

KARINA DA SILVA MAGATÃO

A TUTELA RESSARCITÓRIA ESPECÍFICA DO CONSUMIDOR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO**KARINA DA SILVA MAGATÃO****A TUTELA RESSARCITÓRIA ESPECÍFICA DO CONSUMIDOR**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart (orientador - UFPR)

Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha (UFPR)

Prof. PhD. Francisco Carlos Duarte (PUC-PR)

Curitiba, 08 de fevereiro de 2010.

Ao Dr. Lino Bortolini, que nos deixou no meio deste percurso,
porque ninguém nunca acreditou em mim tanto quanto ele.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao mestre Dr. Sérgio Cruz Arenhart, por tudo que transmitiu e me despertou enquanto professor, e pela atenção, disponibilidade e paciência como meu orientador.

Ao professor Carlos Joaquim de Oliveira Franco, por aceitar que realizasse a prática de docência sob a sua supervisão na disciplina de Direito do Consumidor, o que foi primordial para eu estabelecer a relação necessária entre o processo e a proteção do consumidor frente aos danos.

Ao pessoal da secretaria da pós-graduação e às bibliotecárias Loeri, Eglem e Paula, pois nunca mediram esforços para bem atender.

À Capes, pelo incentivo.

Aos colegas do mestrado pela companhia, em especial à Geovana Oliveira de Assis, à Glenda Gonçalves Gondim, ao Guilherme Augusto Bittencourt Corrêa, ao Homero Figueiredo Lima e Marchese, ao Leandro Aires, à Nicole Pilagallo da Silva Mader Gonçalves, à Renata Polichuk, à Renata Carlos Steiner e ao William Soares Pugliese, porque sem amigos jamais chegaremos aonde sonhamos.

Ao amigo Roberto Altheim, pela disposição na análise do meu trabalho; seus apontamentos e críticas muito contribuíram para minha pesquisa.

À minha família, sem a qual nada seria: meu pai, pessoa simples da roça, que me ensinou a dignidade de arregaçar as mangas e ir à luta; minha mãe, professora, exemplo de dedicação, de quem herdei o gosto pelos livros e pela carreira acadêmica; meu irmão, por ser o melhor irmão do mundo; tia Nair, a avó que eu não tenho; e os agregados, porque *“...família é quem você escolhe pra você. Não precisa ter conta sanguínea, é preciso ter sempre um pouco mais de sintonia.”*

Ao meu noivo, meu grande amor, por me fazer sorrir mesmo nos momentos mais difíceis.

Por fim, a Deus, porque sequer existiria se não fosse Ele e não teria chego até aqui sem Ele.

O direito existe para se realizar.
A realização é a vida e a verdade do direito: é o próprio direito.
O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e no papel,
é só um fantasma de direito, são só palavras.
Ihering

RESUMO

A jurisdição no Estado Constitucional exerce o importante papel de tutelar os direitos de forma efetiva e adequada, como determina o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Sabe-se que essa atuação deve assegurar a proteção dos direitos fundamentais, dentre os quais está a defesa do consumidor, que além de direito fundamental é princípio geral da ordem econômica, e, por isso, permite a compatibilização da tutela do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico. E para que homem e mercado convivam em harmonia, o Estado intervém para assegurar a igualdade material do consumidor diante da relação desigual entre o mesmo e o fornecedor. Assim, e considerando que a insegurança é característica do mercado, o que faz com que o consumidor esteja constantemente exposto ao risco de acidentes de consumo, a responsabilização do fornecedor frente aos danos é preocupação, principalmente da jurisdição, que deve buscar a realização do direito básico do consumidor à efetiva reparação de danos quando da prestação da tutela jurisdicional. E para que seja efetiva essa tutela, a reparação deve se dar *in natura* ou na forma específica, pois este é o modo mais adequado de ressarcimento, uma vez que permite a devida restituição do bem lesado ao estado anterior ao dano. A indenização em dinheiro é modo subsidiário de reparação, pois através do dinheiro apenas se confere a utilidade que o bem lesado representava. Por essa razão, a tutela ressarcitória específica é a tutela efetiva do direito à reparação de danos, ainda que possibilite apenas situação próxima da equivalente, pois, mesmo assim, as coisas são recompostas ao estado anterior, sem a prestação do substitutivo pagamento de dinheiro. E o processo conta com técnicas processuais adequadas para a prestação dessa tutela ressarcitória, não havendo justificativa para prevalecer a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário na contemporaneidade.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional efetiva. Defesa do Consumidor. Vício de qualidade por insegurança. Dano. Acidente de Consumo. Direito básico à efetiva reparação de danos. Reparação *in natura*. Reparação específica. Tutela ressarcitória específica. Técnicas processuais adequadas.

RIASSUNTO

La giurisdizione nello Stato Costituzionale svolge un ruolo importante per la salvaguardia dei diritti in modo efficace ed adeguato, come richiesto dal diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva. È noto che queste azioni dovrebbero garantire la tutela dei diritti fondamentali, tra i quali la difesa del consumatore, che, oltre a diritto fondamentale, è un principio generale dell'ordine economico, e, perciò, permette la conciliazione della tutela dei consumatori con l'esigenza di sviluppo economico e tecnologico. E perché l'uomo ed il mercato vivano insieme in armonia, lo Stato interviene per assicurare l'uguaglianza materiale del consumatore di fronte alla disparità nel rapporto tra esso ed il fornitore. Quindi, considerando che l'insicurezza è una caratteristica del mercato, il che significa che il consumatore sia costantemente esposto al rischio di accidenti di consumo, la responsabilità del fornitore di fronte ai danni è una preoccupazione principalmente da parte della giurisdizione, che deve cercare la realizzazione del diritto fondamentale del consumatore all'effettiva riparazione di danni, quando rende effettiva la tutela giurisdizionale. E affinché sia efficace la tutela, la riparazione deve avvenire in natura o in forma specifica, dato che questo è il modo più adeguato di risarcimento, in quanto consente l'adeguata restituzione del bene leso allo stato precedente a che il danno si fosse verificato. L'indennità in denaro è un modo sussidiario di riparazione, perché con i soldi soltanto si conferisce l'utilità che il bene danneggiato rappresentava. Per questo motivo, la tutela risarcitoria specifica è la tutela effettiva del diritto alla riparazione di danni, sebbene dia possibilità ad una situazione soltanto vicina all'equivalente, perché, ancora così, le cose si ricompongono allo stato precedente, senza la prestazione del sostitutivo pagamento di somma in denaro. Ed il processo conta con delle tecniche processuali adeguate a rendere effettiva questa tutela risarcitoria, non esistendo qualsiasi giustificazione perché deva prevalere la tutela risarcitoria per l'equivalente monetario nella contemporaneità.

Parole chiave: Una tutela giurisdizionale effettiva. La tutela dei consumatori. Vizio di qualità per insicurezza. Danno. Accidente di consumo. Diritto fondamentale all'effettiva riparazione di danni. Riparazione in natura. Riparazione specifica. Tutela risarcitoria specifica. Tecniche processuali adeguate.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	14
2.1 A TRANSFORMAÇÃO DOS PRECEITOS DO ESTADO LIBERAL	14
2.1.1 O princípio da legalidade, a proteção da liberdade dos cidadãos e a concepção de direito	14
2.1.2 A função jurisdicional	18
2.1.3 O princípio da igualdade e a monetização dos direitos	22
2.1.4 O princípio da tipicidade dos meios executivos	24
2.1.5 A tutela ressarcitória pelo equivalente monetário como tutela compatível com os ideais liberais	24
2.1.6 A superação dos dogmas do Estado Liberal de Direito	27
2.1.7 Novos paradigmas a partir do neoconstitucionalismo	31
2.2 A JURISDIÇÃO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	37
2.2.1 Apontamentos sobre os direitos fundamentais	37
2.2.2 A atuação jurisdicional na contemporaneidade	50
2.2.3 O direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva	54
2.2.4 Tutela dos direitos e tutela jurisdicional	58
2.2.5 Tutela jurisdicional dos direitos e técnicas processuais	60
2.2.6 Das diversas espécies de tutela jurisdicional	69
3 A TUTELA DO DIREITO DO CONSUMIDOR EM FACE DOS DANOS NA CONTEMPORANEIDADE	75
3.1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO MODERNO	75
3.1.1 A evolução das relações comerciais a partir da Revolução Industrial	75
3.1.2 O Estado Constitucional frente ao mercado e à economia	78
3.1.3 A proteção do consumidor	81
3.1.4 A defesa do consumidor como direito fundamental	94
3.1.5 O Código de Defesa do Consumidor como microssistema de ordem pública e interesse social	97
3.2 A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR EM FACE DOS DANOS	99
3.2.1 A atuação jurisdicional na defesa dos direitos do consumidor	99

3.2.2 Direitos básicos do consumidor relacionados à efetiva reparação dos danos.....	103
3.2.2.1 Efetiva prevenção e reparação de danos morais e materiais, individuais ou coletivos	104
3.2.2.2 Acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção e reparação de danos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados	108
3.2.2.3 Facilitação da defesa dos direitos do consumidor e inversão do ônus da prova	109
3.2.2.4 Adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral	113
3.2.3 A responsabilidade do fornecedor diante do consumidor	114
3.2.4 A responsabilidade do fornecedor por vícios de qualidade por inadequação (responsabilidade por vício do produto ou serviço) e a tutela jurisdicional em face dos mesmos	118
3.2.5 A responsabilidade por vícios de qualidade por insegurança (responsabilidade pelo fato do produto ou serviço ou responsabilidade por acidentes de consumo) e a tutela jurisdicional em face dos acidentes de consumo	128
4 TUTELA RESSARCITÓRIA ESPECÍFICA DO CONSUMIDOR	140
4.1 O SISTEMA DA REPARAÇÃO DE DANOS	140
4.1.1 O preceito romano <i>neminem laedere</i>	140
4.1.2 Princípio da reparação integral	142
4.1.3 Limites à reparação integral	147
4.1.4 Reparação específica ou <i>in natura</i>	153
4.1.5 Reparação <i>in natura</i> dos danos extrapatrimoniais	160
4.1.6 Inviabilidade da reparação <i>in natura</i>	164
4.1.6.1 Vontade da vítima	164
4.1.6.2 Impossibilidade natural do cumprimento específico da obrigação	166
4.1.6.3 Deveres cujo cumprimento específico é excluído pelo direito	167
4.1.6.4 Onerosidade excessiva	168
4.2 O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR À TUTELA RESSARCITÓRIA ESPECÍFICA	173
4.2.1 Os direitos fundamentais à proteção do consumidor e à tutela jurisdicional efetiva e as formas adequadas de reparação	173
4.2.2 O sentido da tutela específica e do resultado prático equivalente	176

4.2.3 Tutela ressarcitória <i>in natura</i> aproximativa	177
4.2.4 A prioridade da tutela ressarcitória específica sobre a tutela pelo equivalente monetário	180
4.2.5 A questão da condenação ao valor do custo da reparação específica	185
4.2.6 A cumulação da tutela ressarcitória específica com a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário	186
4.2.7 Técnicas processuais adequadas para a efetivação da tutela ressarcitória específica	187
4.2.8 Tutela ressarcitória específica antecipada	193
4.2.9 Tutela ressarcitória específica dos direitos coletivos	194
5 CONCLUSÃO	199
REFERÊNCIAS	204

1 INTRODUÇÃO¹

Os princípios da liberdade e igualdade foram premissas absolutas no Estado Liberal. Em razão disso, as pessoas eram consideradas iguais formalmente e, para garantir a liberdade, o Estado não interferia na esfera jurídica dos particulares, tampouco se preocupava com as peculiaridades do caso concreto.

Essa proibição de qualquer tratamento diferenciado às pessoas e aos bens foi responsável pela unificação do valor dos direitos, de maneira que todos puderam ser expressos em pecúnia, pensando-se que, assim, não haveria discriminação. Daí decorre a noção de monetização dos direitos e reparação do dano em pecúnia.

A lei mantinha a generalidade e a abstração, que asseguravam o respeito à liberdade e à igualdade. E, nesse sentido, atuava a jurisdição, reafirmando esses princípios consagrados com a Revolução Francesa. Portanto, a liberdade concreta e a igualdade substancial não interessavam.

Tanto que, nas teorias clássicas propostas por Carnelutti e Chiovenda, a função jurisdicional definia-se como atuação limitada à supremacia da lei. O juiz dizia o direito posto, sem liberdade para interpretar ou aplicar a norma considerando as realidades do caso concreto.

Mas com o avanço da sociedade, mormente das relações comerciais e do mercado, cada vez mais agressivo na busca de lucros e resultados, emergiram desigualdades sociais e econômicas inevitáveis, o que demonstrou que o tratamento igualitário formal é totalmente inadequado quando se trata de tutela dos direitos, principalmente aqueles direitos pertencentes ao agente econômico vulnerável, o consumidor.

Afinal, não obstante a igualdade formal assegurada pela lei, há uma relação de desigualdade entre fornecedor e consumidor na prática. A partir de então, o Estado, antes omissivo diante dos particulares, passa a intervir no mercado a fim de assegurar a dignidade do consumidor e equilibrar essa relação desproporcional, garantindo, dessa forma, um mercado mais solidário.

Assim, a partir da noção de igualdade material, no Estado contemporâneo, os direitos não podem mais ser concebidos da perspectiva da monetização e os

¹ O presente estudo foi redigido de acordo com as regras do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa em vigor no Brasil desde 01 de janeiro de 2009, porém, todas as citações foram mantidas de acordo com o original.

bens não podem ser considerados enquanto valor monetário. Eles devem ser protegidos na sua integridade e espécie, como um patrimônio único e incomparável a qualquer outro.

Outro ponto importante dessa evolução foi a inserção de direitos fundamentais nas constituições do mundo ocidental, as quais adquiriram posição hierárquica superior em relação à lei, que até então era posta como único instrumento válido para o direito aplicado. A partir desse momento, a lei deixa de ter apenas legitimação formal e passa a exigir uma compatibilidade substancial com os direitos constitucionais.

Daí a constatação de que as teorias clássicas da jurisdição não correspondem aos valores do Estado contemporâneo, porque são escravas do princípio da supremacia da lei e negam a compreensão do caso concreto no raciocínio decisório.

Na jurisdição do Estado Constitucional, não mais se declara o texto da lei ou se cria a norma individual a partir da geral, interpreta-se adequadamente a lei e se controla a sua constitucionalidade, construindo e reconstruindo a norma jurídica a partir da interpretação. Nessas condições, o Judiciário exerce um papel mais ativo e atuante, menos dependente da lei e comprometido com a realização da constituição.

E dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira está o direito à prestação jurisdicional efetiva, que determina a tutela dos direitos de forma efetiva e adequada. Para tal, a jurisdição deve produzir decisões capazes de surtir efeitos no mundo fático e, dessa forma, proteger concretamente os direitos.

Além do direito à tutela jurisdicional efetiva, também foi previsto o direito fundamental à proteção do consumidor, que se realiza, principalmente, quando o Estado adota medidas preventivas em prol do consumidor, quando fiscaliza a atuação dos fornecedores e apura, na esfera administrativa, infrações por eles cometidas, quando legisla em favor do consumidor, mormente quando reconhece direitos indisponíveis ao mesmo, e quando atua frente aos direitos violados.

O referido direito fundamental exige que o Estado proteja o consumidor contra o fornecedor de produtos e serviços, pois se trata de um direito fundamental eficaz nas relações do sujeito consumidor com particulares. E proteção é o que almeja a legislação consumerista, ao se concentrar no sujeito de direito.

Essa garantia, além de erigida à condição de direito fundamental, foi instituída como princípio geral da ordem econômica, no intuito de se compatibilizar a

tutela do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, que é inegável.

Dessa forma, o sistema protetivo do consumidor almeja que produtos e serviços colocados no mercado não acarretem riscos à saúde e à segurança dos consumidores.

Não obstante essa pretensão, o consumidor está constantemente exposto ao risco de acidentes de consumo, pois a insegurança é inerente à atividade econômica.

Diante disso, a lei prevê a responsabilização objetiva (como regra) do fornecedor por acidentes de consumo e a jurisdição, quando provocada a atuar nesses casos, deve assegurar o direito fundamental à proteção do consumidor e o direito básico do consumidor à efetiva reparação de danos, previsto no Código de Defesa do Consumidor.

E para o ressarcimento ser efetivo, como determina o ordenamento, não basta ao Judiciário concluir que o consumidor possui o direito à reparação, é preciso verificar a forma adequada para ressarcir os danos e como dar tutela concreta a esse direito.

Assim, considerando o direito fundamental à proteção do consumidor e o direito fundamental do mesmo, enquanto jurisdicionado, receber do Estado-Juiz uma prestação jurisdicional efetiva em face dos danos, o presente trabalho propõe uma reflexão acerca das formas possíveis de se reparar os danos decorrentes de acidentes de consumo, para então concluir qual é a espécie de tutela ressarcitória mais adequada ao consumidor na perspectiva dos direitos fundamentais.

No primeiro capítulo faz-se uma análise acerca da transformação da prestação jurisdicional entre o Estado Liberal e o Estado Constitucional, com enfoque no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e suas implicações na tutela dos direitos.

Nos capítulos seguintes trata-se a tutela do consumidor no contexto moderno, mais especificamente a tutela jurisdicional em face dos danos e, na sequência, adentra-se no tema da tutela ressarcitória específica, suas peculiaridades e efeitos como tutela adequada em face dos danos do consumidor.

2 A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

2.1 A TRANSFORMAÇÃO DOS PRECEITOS DO ESTADO LIBERAL

2.1.1 O princípio da legalidade, a proteção da liberdade dos cidadãos e a concepção de direito

O direito do início das civilizações confundia-se com a moral e com a religião. Com o transcorrer do tempo, diversos grupos foram construindo suas regras e padrões, principalmente em vista da segurança e da ordem, numa tendência cada vez mais humanista, mas de cunho, quase sempre, individual.

Na Idade Média, quando ainda não se falava no princípio da legalidade, o direito era resultado de uma pluralidade de fontes precedentes de diversas instituições concorrentes, como o império e a igreja. À época, não só a lei, mas também a jurisprudência e as teses doutrinárias eram fontes do direito.²

A partir da Revolução Francesa, o Estado Liberal – um Estado sob o regime de direito - veio à tona como contraposição às antecedentes formas de Estado: sob o regime da força, Estado Absoluto típico do século XVII, e sob o regime de polícia, dito Despotismo esclarecido, característico do século XVIII.

O princípio da legalidade tomou o centro, no intuito de proteger os cidadãos e garantir o respeito às suas liberdades. Não havia nada superior à lei, esta se impunha, de maneira que a definição do direito se resumia à mesma. Quaisquer outras fontes do direito, como a jurisprudência e a doutrina, passaram a ser desconsideradas.³

Justamente porque o Estado era visto como inimigo público, a revolução tratou de assegurar o indivíduo e protegê-lo da interferência estatal, a fim de preservar a liberdade.⁴

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006a. v. 1. p. 25.

³ Segundo elucida Gustavo Zagrebelsky, *O princípio da legalidade expressa a idéia da lei como ato normativo supremo e irresistível ao qual, em linha de princípio, não é oponente nenhum direito mais forte, qualquer que seja sua forma e fundamento [...] A primazia da lei assinala assim a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do Antigo Regime. O Estado de Direito e o princípio da legalidade supunham a redução do direito à lei e a exclusão, ou mesmo a submissão à lei, de todas as demais fontes do direito* (ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de: GASCÓN, Marina. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 24).

⁴ [...] imaginava-se que, para a preservação da liberdade, seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos

Essa ruptura com o antigo regime foi um acontecimento irresistível na história, de uma capacidade transformadora singular, que instaurou, pela vontade constituinte da nação, uma nova ordem, fundada sobre os direitos (em especial os de liberdade, propriedade e igualdade).⁵

Segundo Paulo Bonavides, neste período tem-se o primeiro Estado jurídico guardião das liberdades individuais,⁶ daí a identificação da origem dos direitos fundamentais de primeira geração com este momento da história.

A autonomia dos indivíduos diante do Estado exige o reconhecimento de direitos subjetivos a serem opostos contra o mesmo, que deveria ter sua atuação limitada, não obstante encontrar-se numa posição superior aos indivíduos. Assim, os direitos fundamentais projetaram-se como liberdades públicas exercidas frente ao Estado, decorrência da externalidade desses direitos, e os códigos do século XIX constituíram-se instrumento protetivo da liberdade individual, garantidores da internalidade decorrente, ou seja, do espaço intangível de atuação do indivíduo. O direito público de então cuidava das relações do indivíduo com o Estado e o privado era responsável pela regulação da liberdade exercida dentro das relações existentes entre sujeitos particulares, tidos como formalmente iguais. Essa fragmentação ou distinção entre público e privado é, sem dúvida, elemento constitutivo da primeira geração dos direitos fundamentais.⁷

Devido à limitação da esfera privada, a lei tornou-se o mais absoluto instrumento normativo, o qual imperava sobre qualquer circunstância. Sua supremacia era tal que o próprio Poder Legislativo estava submetido a ela, e os Poderes Executivo e Judiciário eram impedidos de reconhecer qualquer direito que não estivesse contido na legislação.⁸

favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como uma intromissão indevida (MARINONI, 2006^a, p. 40).

⁵ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de: DASTOLI, Carlos Alberto. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 107.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Deol Rey, 1993. p. 5.

⁷ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 89-90.

⁸ Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, [...] *Diante da hegemonia do parlamento, o executivo e o judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la; o legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da*

O direito não poderia ser encontrado senão na própria lei e sua validade independia de qualquer correspondência com a justiça, bastava a conformação do procedimento legislativo para se ter o direito como válido.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

[...] uma norma existe e é válida não porque é intrinsecamente justa e ainda menos “verdadeira”, mas somente porque é proclamada em forma de lei por sujeitos habilitados por ela. Trata-se de uma mudança que se expressa naquela que chamamos costumeiramente de “separação entre direito e moral” e que se realiza através de um lento processo de secularização do direito impulsionado [...] e que atingiu a maturidade com o Iluminismo jurídico francês e italiano e com as doutrinas claramente juspositivistas de Jeremy Bentham e de John Austin. Sobre essa separação baseia-se a concepção formal da validade entendida como logicamente independente da justiça, que é o traço característico do positivismo jurídico.⁹

Nota-se, neste ponto, a influência firme do positivismo jurídico, ciência que define o direito como lei positiva, restringindo sua criação única e exclusivamente ao exercício do Poder Legislativo.

Quanto às características da lei, nesse período, eram a generalidade e a abstração,¹⁰ que significavam a aplicação da lei para todos, sem qualquer distinção, mesmo que necessário no caso, e a sua vigência indefinida, pois prescrita com base em suposições de fato abstratas. Isso permitia a limitação do poder e a observância da igualdade, premissas do Estado Liberal, que assim se protegia das mazelas do Antigo Regime.¹¹

Na prática, como se sabe, prevalecia a hegemonia da burguesia liberal, pois era esta o Poder Legislativo.¹² O Judiciário passou a mero aplicador do direito elaborado pelo Legislativo, sem qualquer atitude ativa, diferente do que ocorria no Antigo Regime.¹³

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, na Europa Continental, o absolutismo do rei foi substituído pelo da assembleia popular, diferentemente do que o ocorreu no

separação de poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo (MARINONI, 2006a, p. 25).

⁹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de: DASTOLI, Carlos Alberto. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 423.

¹⁰ [...] *A generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos – que, por serem seres ‘iguais’, deveriam ser tratados sem discriminação – e a abstração como garantia da estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico* (MARINONI, 2006a, p. 27).

¹¹ ZAGREBELSKI, G. *Op. Cit.*, p. 29-30.

¹² Como Elucida Zagrebelsky, [...] *Sua sistematização poderia considerar-se um dado, um postulado que vinha assegurado pela tendência unidade e homogeneidade das orientações de fundo da força política que se expressava através da lei, sobretudo porque a evolução dos sistemas constitucionais havia assegurado a hegemonia dos princípios políticos e jurídicos da burguesia liberal* (Ibidem., p. 31)

¹³ Ibidem., p. 30.

direito inglês, cuja lei fora conjugada com outros valores, num sistema complexo (dita *common law*) que definiu o direito de maneira totalmente diversa. Daí, segundo o autor, ser inadmissível a comparação do princípio da legalidade do *civil law* com o *rule of law* inglês. A advertência em relação aos dois diferentes sistemas é oportuna, porque o Brasil foi influenciado pelo *civil law*, e isso explica muito do nosso ordenamento.¹⁴

A ciência jurídica, por sua vez, tinha natureza cognitiva, ou seja, atuava como uma ciência explicativa do seu objeto – o direito positivo – separado e autônomo. E a jurisdição, como visto, apresentava a mesma natureza, como poder que examinava e nomeava fatos conforme previsão legislativa.¹⁵

O princípio da legalidade, portanto, era supremo e implicava limitar o poder a fim de assegurar a liberdade dos cidadãos (da burguesia, mais precisamente). Daí a relação entre legalidade e liberdade, que influenciou, sobremaneira, a definição do direito no período liberal clássico. Como decorrência disso, a *lei*, por excelência, era o *código*. Na época representada pelo Código Civil Napoleônico¹⁶, tudo aquilo que ocorria no mundo dos fatos, com base neste deveria ser regulado; sua aplicação e regramentos eram gerais, abstratos e plenos.

Mais tarde, com o surgimento da teoria pura do direito¹⁷, de Kelsen, a estrutura hierárquica do ordenamento foi reconstruída, e sobre o ápice da pirâmide

¹⁴ MARINONI, 2006a, p. 24.

¹⁵ FERRAJOLI, L. *Op. Cit.*, p. 424.

¹⁶ Originariamente chamado de *Code Civil des Français*, reformou o sistema legal francês, até então baseado em diversas leis dependentes dos costumes locais. Foi inspirado nos princípios da Revolução Francesa e outorgado por Napoleão Bonaparte, passando a vigorar em 21 de março de 1.804. É um instrumento de referência pois, não obstante ter sido precedido pelo *Codex Maximilianeus bavaricus civilis* (Baviera, 1.756), pelo *Allgemeines Landrecht* (Prússia, 1.792) e pelo Código Galiciano Ocidental (Galícia, à época parte da Áustria, 1.797), foi o primeiro a obter efetivo êxito na sociedade e a tornar-se instrumento influente, tanto que foi adotado em diversos países ocupados por Napoleão, servindo de base para os sistemas legais modernos da Itália, da Bélgica, da Espanha, de Portugal e de suas antigas colônias, como o Brasil. Também influenciou, sobremaneira, os sistemas legais da Suíça, Alemanha e Áustria.

¹⁷ Ao desenvolver sua teoria pura do direito, Kelsen pretendeu a purificação da ciência jurídica em relação a quaisquer outros elementos da ideologia política ou da ciência natural, as considerações deveriam ser estritamente jurídicas e o objeto de estudo deveria se restringir às normas jurídicas. Uma teoria específica, no que diz respeito à legalidade do seu objeto, completamente diversa das que vinham com a ciência jurídica tradicional dos séculos XIX e XX. Nas suas palavras, [...] *ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico* (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1). Mais tarde, já na segunda edição da obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen teria rompido com a teoria pura clássica, em favor de uma teoria da vontade, ao reconhecer o papel importante, não obstante complementar, dos elementos cognitivo e volitivo na elaboração normativa (PAULSON, Stanley L. **Kelsen e a interpretação jurídica**. Tradução de: CARVALHO NETO, Menelick. Digitado.).

escalonada situa-se a constituição. Não obstante a mudança, a significação do direito não ficou muito distante do que já se tinha proposto. Para o autor:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.¹⁸

O direito, portanto, [...] é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.¹⁹ A justiça, a sociologia ou a ética, por exemplo, não deveriam interessar à ciência jurídica²⁰.

Segundo a teoria kelseniana, o aplicador do direito realiza um processo de relação entre a norma superior e a norma inferior (constituição X lei; lei X sentença judicial²¹), aquela regula o ato de produção e execução desta. Mas não é só, a norma superior também pode determinar o conteúdo da norma inferior ou o seu ato de execução. O que aí se faz é interpretação, denominada autêntica porque realizada pelo próprio aplicador do direito, através da qual se fixa a moldura do direito - um quadro que a lei representa - e se permite conhecer as várias possibilidades de aplicação que dentro desta moldura existem.²²

Logo, mesmo na teoria de Kelsen, o direito continua dependente da produção normativa.

De tudo que foi dito, pode-se resumir que, na tradição liberal, o princípio da legalidade é a base do ordenamento e visa controlar o poder e assegurar o respeito à liberdade dos cidadãos. O direito, por sua vez, é a lei.

2.1.2 A função jurisdicional

Os juízes do Antigo Regime eram conservadores, defendiam o poder feudal e a forma de governo existente.²³ A Revolução Francesa, porque o Judiciário era um poder que se identificava com o regime anterior, tratou de limitar a sua atuação, a

¹⁸ KELSEN, H. *Op. Cit.*, p. 79.

¹⁹ *Ibidem.*, p. 5.

²⁰ Segundo Stanley L. Paulson, o qualitativo *normativista*, conferido à teoria de Kelsen, pode ser entendido como análogo a preservador da norma, pois a teoria pura do direito preserva a natureza independente das normas jurídicas diante da sua redução às questões de fato, o que faz sem recorrer à moral ou ao direito natural (PAULSON, S. L. *Op. Cit.*).

²¹ Pela teoria kelseniana, a sentença é ato de criação do direito, é norma individual.

²² KELSEN, H. *Op. Cit.*, p. 388, 390-391, 395.

²³ O que se explica porque seus cargos eram adquiridos por herança ou mediante venda e compra.

fim de proteger o cidadão (mais precisamente a burguesia). A teoria da separação de poderes aplicava-se neste sentido, na tentativa de impedir a relação parcial entre o Judiciário e o regime.

Por isso, a partir daí, o juiz estava limitado a declarar as palavras contidas na lei, nada, além disso, poderia ele fazer. Nem interpretá-la, nem criar algo novo que não existisse na legislação.

Se não bastasse, o juiz não poderia exercer o poder de *imperium* ou de dar força executiva às suas decisões. A execução das sentenças proferidas pelo Judiciário eram efetivadas pelo Poder Executivo.

As próprias características da lei – generalidade e abstração – impediam que o juiz fizesse qualquer interpretação ou considerações concretas sobre o caso. Se a lei era genérica e abstrata, o juiz não poderia conformá-la à situação em análise, se isso ocorresse, contrariar-se-ia a certeza e a previsibilidade do direito, e, conseqüentemente, a manutenção da liberdade.²⁴

Do positivismo jurídico não apenas decorria a definição do direito como lei e o reconhecimento da supremacia das casas legislativas, mas também a limitação da atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador.²⁵

A escola processualista denominada exegética, atuante no final do século XIX, sofria forte influência do iluminismo e do positivismo. Para essa doutrina, comprometida com os ideais liberais, a jurisdição constituía-se função voltada à proteção dos direitos subjetivos privados violados, mas se limitava à aplicação da lei preexistente, o importante instrumento de amparo desses direitos. Há, portanto, um enfoque privado nesta concepção de jurisdição.

Foi Ludovico Mortara quem primeiro definiu a jurisdição com uma conotação pública. Segundo Mortara, a jurisdição é um poder voltado à atuação do direito objetivo ou do ordenamento jurídico, não servindo apenas à proteção do direito material. O processo, portanto, é um instituto de direito público, sua natureza é pública.²⁶

Entre o final do século XIX e início do século XX, seguindo a transição

²⁴ MARINONI, 2006a, p. 28.

²⁵ Segundo elucida Luiz Guilherme Marinoni, o positivismo jurídico, defensor do império da lei, não se preocupava com o conteúdo da norma e afirmava a plenitude do ordenamento ao desconhecer a existência de possíveis lacunas. Por essas razões, sua filosofia foi responsável pela simplificação das tarefas dos magistrados, promotores, advogados e juristas em geral, que nas suas práticas se limitaram à pura e simples aplicação mecânica das normas (Ibidem., p. 30).

²⁶ Ibidem., p. 32-33.

formulada por Mortara, Giuseppe Chiovenda propõe uma nova teoria da atuação jurisdicional, dando início à escola processualista histórico-dogmática. O contexto histórico ao qual estava inserido o renomado processualista ainda era o positivismo, e por isso não fica difícil compreender o sentido do seu pensamento, bem como a sua correlação com a época correspondente.²⁷

Na sua teoria, o direito preexiste ao processo, a jurisdição somente fará a atuação da lei ao caso. O dever do juiz é afirmar e atuar a vontade da lei que considera existente como vontade concreta, dados os fatos que se afirmam existentes. Para ele, o fim do processo não é a defesa dos direitos subjetivos, como defendia a teoria anterior; no processo desenvolve-se uma função pública que é a atuação da lei, ou seja, do direito em sentido objetivo.²⁸ Nesse ponto, sua teoria reafirma a tendência inaugurada por Mortara e demonstra a autonomia do processo em relação ao direito subjetivo material.

Se a lei, como produto do Poder Legislativo, é o fundamento basilar da atividade jurisdicional, atuar a lei é simplesmente aplicá-la ao caso concreto, sem qualquer questionamento ou interpretação.²⁹ Esse é o enfoque positivista dado ao direito da época e que reflete na teoria de Chiovenda: lei como fonte suprema, fruto exclusivo das casas legislativas.

Não se pode negar o grande passo dado pela ciência jurídica a partir de Chiovenda, contudo, esta ainda mantinha uma fidelidade ao positivismo e preservava uma influência da ideologia liberal, que separa com nitidez as funções do legislativo – criador do direito - e do Judiciário – aplicador do direito.

Outro ponto importante deste momento é que a autonomia do processo implicou indiferença do mesmo em relação ao direito substancial, porque além de autônomo, o processo se mostrou neutro no que diz respeito às várias situações de direito material.

Outra teoria fundamental sobre a jurisdição é a proposta por Francesco Carnelutti, que iniciou suas pesquisas apenas alguns anos após Chiovenda, também

²⁷ Seus estudos iniciais datam de 1.894.

²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tradução de: SANTALÓ, José Casais Y. 3. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922. t. I. Original em italiano. p. 95-96.

²⁹ Para Chiovenda, a interpretação é obra da doutrina e não do juiz; e se a interpretação deve considerar-se fonte do direito, é evidente que o juiz não faz mais do que a formular. Na realidade, o processualista admite que o juiz contribui para a interpretação, mas não se reconhece, por esse motivo, qualquer outro ofício senão a atuação da vontade da lei. Tem-se um direito nem escrito nem contido no escrito, um direito em estado inorgânico que o juiz tem de reconhecer e aplicar. (Ibidem., p. 104-106).

sob o olhar do autoritarismo italiano.

Para Carnelutti, a finalidade do processo é dar razão a quem tem razão, sendo que ele não serve às partes, são elas que servem ao processo. *Paz com justiça*, poderia desta forma ser definido o objetivo do direito processual. Nem paz sem justiça, nem justiça sem paz, porque não interessa qualquer tipo de composição e porque o direito atua sobre o conflito, compondo a lide³⁰ e não tutelando um interesse.³¹

O processo é o meio pelo qual se alcança a composição dos conflitos e seu fim é a justa composição da lide, sendo este também o fim da jurisdição na sua teoria. Justa composição significa a conformidade com uma regra, ou seja, a regra deve ser aplicada ao caso concreto, conforme o direito ou conforme a equidade.³²

Há uma diferença no seu pensamento em relação à Chiovenda, pois este se preocupou com a atividade do juiz e via o processo sob uma perspectiva pública, enquanto Carnelutti preocupou-se com a finalidade das partes e via o processo a partir de um interesse privado.³³

Além disso, para Carnelutti, o direito não preexiste ao processo, o juiz cria o direito quando cria a norma do caso concreto, ou seja, a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, fazendo lei entre as partes. Daí que a sentença, na sua definição, passa a integrar o ordenamento jurídico (teoria unitária), enquanto que, para Chiovenda, a sentença apenas declara o direito, não complementa o ordenamento, é exterior a ele (teoria dualista).

Mas o fato de o juiz, na teoria de Carnelutti, criar a norma do caso concreto não significa que o mesmo não encontra fundamento na lei, pois, ao individualizar a norma superior, o juiz a declara, fazendo apenas um processo de adequação da norma já existente. Se a sentença produz a norma individual, é porque o juiz, depois de raciocinar, concretiza a norma já existente para que esta valha entre as partes.³⁴

Percebe-se, portanto, que as teorias de Mortara, Chiovenda e Carnelutti,

³⁰ Lide, para ele, trata-se do conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida por uma das partes. (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**: funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936 – XIV. v. I. p. 40).

³¹ *Ibidem.*, p. 247.

³² *Justiça é a conformidade com uma regra; portanto, a composição é justa quando conformada a uma regra que deve ser aplicada no processo. Por isso, a depender do caso, pode ser conforme o direito ou conforme a equidade. Deste ponto de vista distingue-se a justiça individual da social: a segunda deve satisfazer a composição da lide, ou seja, a conformidade da solução à regra deve ser reconhecida pela opinião pública* (*Ibidem.* p. 246-247, tradução nossa).

³³ MARINONI, 2006a, p. 35.

³⁴ *Ibidem.*, p. 37.

embora demonstrem perspectivas diversas da atuação jurisdicional, foram influenciadas pela ideologia liberal e, por isso, mantiveram o vínculo com o princípio da legalidade característico do período. A supremacia da lei permanece e o juiz é mero aplicador do direito, apenas declarando a sua previsão ou criando a norma individual a partir da norma geral.³⁵

2.1.3 O princípio da igualdade e a monetização dos direitos

Na teoria liberal, ao lado do princípio da liberdade estava o princípio da igualdade. Referia-se a uma igualdade formal, já que não importavam ao legislador as desigualdades fáticas existentes entre os cidadãos.

O que interessava eram a generalidade e a abstração da lei, que asseguravam o respeito à liberdade e à igualdade (formal). O legislador fazia as leis *[...] com os olhos em um cidadão “sem rosto”, ou que seria igual a todos, independentemente de suas sensíveis diferenças concretas. Diante disso, o princípio da igualdade formal – que não foi feito para o homem de carne e osso – trouxe uma série de discriminações e injustiças.*³⁶

Portanto, a vida real das pessoas não era levada em conta pela lei, com o intuito de evitar discriminações sociais, pois, dessa forma, era possível garantir a igualdade do cidadão e evitar abusos. Essa era a preocupação do Estado, as necessidades sociais não interessavam, tampouco a liberdade concreta, que não era usufruída por todos.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

A impossibilidade de o Estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas, constituía conseqüência natural da suposição de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não discriminar ninguém, pois qualquer tratamento diferenciado era visto como violador da igualdade – logicamente formal.³⁷

Supunha-se, portanto, a homogeneidade da sociedade, pois, desta forma, a lei genérica e abstrata dava conta das situações a serem reguladas; não se

³⁵ A sentença apenas poderia declarar o texto da lei, de maneira que todas as espécies de sentença - condenatória, constitutiva e declaratória - seriam declaratória *lato sensu*. *[...] como atos integrantes do processo de conhecimento clássico, não permitem ao juiz atuar a não ser no plano normativo, e assim apenas objetivariam afirmar a vontade da lei e a autoridade do Estado-legislador* (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b. p. 37).

³⁶ *Ibidem.*, p. 58.

³⁷ MARINONI, 2006a, p. 27-28.

considerava a realidade, tratava-se, apenas, de igualdade formal e não substancial. O que interessava era que todos eram tratados como iguais pelo Estado.

Esta ideia formal de igualdade, proibitiva de qualquer tratamento diferenciado às pessoas, foi a causa da unificação do valor dos direitos, de maneira que todos puderam ser expressos em pecúnia, inclusive os bens, justamente para não haver discriminação. É o que Luiz Guilherme Marinoni denomina de princípio da abstração das pessoas e dos bens.³⁸

Adiante-se, aqui, que foi no momento em que vigorava a doutrina da escola exegética e a teoria da proteção dos direitos subjetivos privados que nasceu a noção de reparação do dano em pecúnia ou pelo equivalente, como medida para suprir a necessidade da sociedade de então, que pretendia o tratamento igualitário formal das pessoas e dos bens. E nada melhor, para tal, do que desconsiderar as diferenças concretas dos indivíduos e quantificar os bens de uma maneira padrão, através da sua atribuição valorativa pecuniária.³⁹

Clayton Maranhão refere-se à tutela jurisdicional que considera os bens enquanto expressão em dinheiro como tutela mercadológica dos direitos, e por isso é uma tutela comprometida com a ascensão do mercado.⁴⁰ João Calvão da Silva considera que havia uma tentativa de monetização dos direitos, inclusive dos direitos não patrimoniais, fala em patrimonialização das obrigações e de lógica patrimonial quantitativista.⁴¹

Não há dúvida, portanto, da influência do princípio da igualdade formal na monetização dos bens e direitos, pois essa valoração padronizada permite um tratamento igualitário entre os sujeitos, ainda que esse seja apenas formal.

A partir da evolução das relações comerciais e do avanço do mercado, entretanto, com a emergência de desigualdades sociais e econômicas decorrentes da sociedade de consumo, a igualdade formal se mostrou totalmente inadequada para a tutela dos direitos, principalmente dos novos direitos, como aqueles decorrentes da reconhecida vulnerabilidade do consumidor.

Como se verá adiante, há uma relação de desigualdade entre fornecedor e consumidor que deve ser, primeiramente, equilibrada. E a ofensa aos direitos

³⁸ MARINONI, 2004b, p. 58.

³⁹ MARINONI, 2006a, p. 32.

⁴⁰ MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde (Art. 83 e 84, CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 7). p. 26.

⁴¹ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2. ed. 2. reimp. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 165; 167-168.

envolvidos não pode ser concebida a partir da idéia de monetização, os bens não podem ser considerados enquanto valor monetário, devem ser protegidos na sua integridade e espécie.

2.1.4 O princípio da tipicidade dos meios executivos

Na época do liberalismo clássico, como resultado da atuação jurisdicional decorriam três espécies de sentença: declaratória, constitutiva e condenatória. As duas primeiras sempre foram consideradas suficientes em si, e a última exige meios de execução para sua efetivação.

Em relação a esses meios de execução, justamente para limitar os poderes jurisdicionais e garantir a segurança jurídica, o direito liberal definiu quais meios de execução eram admissíveis e excluiu, por completo, a possibilidade de utilização de quaisquer outros meios que não estivessem estabelecidos em lei.⁴²

Daí o princípio da tipicidade dos meios executivos, pois só se admitia a utilização de meios executivos que estivessem tipificados na legislação, o rol previsto era taxativo. Assim, era possível limitar a atuação jurisdicional e garantir ao réu o respeito à sua liberdade.

Havia uma segurança que decorria da certeza conferida pelo direito de que o devedor não seria surpreendido com medidas que não estivessem previamente previstas em lei, e aquelas previstas em lei eram, diga-se a respeito, muito pouco interventivas.

2.1.5 A tutela ressarcitória pelo equivalente monetário como tutela compatível com os ideais liberais

À época da escola exegética e da função jurisdicional como proteção dos direitos subjetivos privados, o que se possibilitava era a reparação do dano, porque não se admitia a atuação jurisdicional antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico.

E não poderia ser de outra forma, já que a liberdade era o bem supremo, qualquer intervenção judicial sem que tivesse ocorrido violação do ordenamento

⁴² MARINONI, 2004b, p. 42.

seria uma afronta a esta premissa.⁴³ E mesmo quando existente dita violação, não se admitia a intervenção do Estado na esfera particular para fazer o indivíduo cumprir suas obrigações.⁴⁴

Tanto é assim que, na época, o constitucionalismo liberal-burguês apenas assegurava direitos de defesa contra o Estado; sabe-se que o mesmo deveria não-agir em relação aos indivíduos. Não se falava de prestação estatal no sentido de assegurar direitos, havia uma postura negativa, pois respeitar os direitos era apenas reconhecer que eles existiam e não interferir para afetá-los.

E exatamente por esses motivos o art. 1.142 do Código Napoleônico, que influenciou a maioria dos sistemas jurídicos ocidentais, consagrou o princípio *nemo ad factum praecise cogi potest* ao dispor: “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout em dommages et intérêts em cas d’inexécution de la part du débiteur*”, ou seja, toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em perdas e danos em caso de inexecução pelo devedor.⁴⁵ Isso demonstra a impossibilidade de o juiz intervir na esfera particular para fazer cumprir as obrigações; o poder de império do Judiciário era nulo.⁴⁶

A efetivação dessa tutela reparatória também não deveria permitir a intervenção na esfera jurídica privada de maneira a influir na liberdade do indivíduo. Por isso, o meio adequado para a reparação dos danos era a tutela pelo equivalente ou em pecúnia, pois os bens tinham sua avaliação monetária e transformar o patrimônio do devedor em crédito para a satisfação do credor era um ato que não

⁴³ Ibidem., p. 31.

⁴⁴ A tutela ressarcitória, desde Roma, foi a tutela apropriada para combater o ilícito civil, este e a responsabilidade civil foram unificados, caminharam como categorias idênticas, pois não se admitia a prevenção no processo de conhecimento, apenas era possível a reparação, como de fato, ainda se passou no Estado Liberal. Hoje, ao contrário, a situação concreta permite que se fale em tutela inibitória (para prevenir), tutela de remoção do ilícito (para remover o ato contrário ao direito, que pode ter causado danos ou pode continuar causando danos) e tutela ressarcitória.

⁴⁵ Na França do século XIX, o princípio *nemo ad factum praecise cogi potest* foi consagrado no art. 1.142 do Código Napoleônico, rechaçando a coação mediante coerção indireta sobre a pessoa do devedor e abolindo, completamente, os resquícios do Antigo Regime (CHIARLONI, Sergio. **Medidas coercitivas y tutela de los derechos**. Tradução de: VILLEGAS, Aldo Zela. Lima: Palestra, 2005. p. 116).

⁴⁶ Segundo João Calvão da Silva, o brocardo que assegura que ninguém seja coagido, de forma absoluta, a realizar um fato, porque isso não pode ser feito sem violência ou opressão, desde a sua origem, quando condensada a doutrina dos glosadores e comentadores dos fins da Idade Média por Favre no século XVI, tem por razão de ser impedir a violência ou coação ao fazer sobre a pessoa do devedor. Posteriormente consagrado no Código Civil Francês, consagrou a tradicional incoercibilidade do fato humano, no intuito de precaver quaisquer atentados à liberdade tão arduamente conquistada pelos revolucionários. Para o autor, este princípio não excluía, entretanto, a possibilidade de execução das obrigações, desde que não houvesse violência e opressão contra a pessoa do devedor, a fim de salvaguardar a liberdade e a dignidade da pessoa humana (SILVA, J. C. *Op. Cit.*, p. 217-219; 224-226).

afetava a liberdade do indivíduo.⁴⁷

Como forma de prestação da tutela jurisdicional, processo e procedimento foram desenhados para possibilitar a reparação em pecúnia, desde a fase inicial até o seu término, especialmente a execução. Daí que a sentença condenatória era a técnica processual adequada para prestar a tutela pelo equivalente, pois possibilitava a indenização em dinheiro através dos meios de execução correlacionados.

Somente em 1.972, após reiteradas decisões judiciais permitindo a coerção mediante multa, foi editada a Lei Francesa n.º 72-226, que rompeu a tendência do Código Napoleônico ao trazer o fundamento legal para a *astreinte*. Antes disso, não havia técnica capaz de permitir a ingerência do Estado Juiz na esfera privada para efetivar o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, tudo se resolvia em perdas e danos.⁴⁸

No Brasil não foi muito diferente. No Código de Processo Civil de 1.939, escrito sob a influência dos lusitanos, o respeito aos preceitos liberais foi mantido. Com o diploma de 1.973 nada mudou; influenciado pelas doutrinas de Liebman, Calamandrei e Chiovenda, o mesmo preservou alguns vícios da codificação napoleônica e deficiências da legislação italiana em relação à tutela específica.⁴⁹

O interessante é observar que o Código Civil de 1.916 não priorizou a tutela pelo equivalente, pelo contrário, o art. 1.534, que tratava da responsabilidade contratual, determinava a substituição da prestação na espécie ajustada pelo seu valor no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo devedor.

Já o que tratava da responsabilidade extracontratual – art. 159 -, tão somente previa que aquele que viola direito ou causa dano a outrem tem a obrigação de reparar o dano.

O que se percebe, portanto, é que foi o processo civil brasileiro, sob a

⁴⁷ *Se os bens são equivalentes, e assim não merecem tratamento diversificado, a transformação do bem devido em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas o de sancionar o faltoso, ripristinando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às necessidades sociais, nada mais natural do que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado valor em dinheiro. Se todos são iguais – e essa igualdade deve ser preservada no plano do contrato -, não há razão para admitir uma intervenção mais incisiva do juiz diante do inadimplemento, para que então seja assegurada a tutela específica (ou o adimplemento in natura). Se o princípio da igualdade formal atua da mesma forma diante do contrato e do processo, o juiz somente poderia conferir ao lesado a tutela pecuniária* (MARINONI, 2004b, p. 59).

⁴⁸ Marinoni afirma que a doutrina francesa, contrária à imposição da *astreinte* pelo Judiciário, argumentava que a medida não se enquadrava no princípio da separação de poderes e permitir que o juiz julgasse e executasse suas decisões colocaria em risco a liberdade dos cidadãos (Ibidem., p. 41).

⁴⁹ MARANHÃO, 2003, p. 34.

influência dos preceitos do Estado Liberal, que transformou a obrigação de reparar os danos em tutela pelo equivalente, pois não previu medidas adequadas para a prestação da tutela específica.⁵⁰

2.1.6 A superação dos dogmas do Estado Liberal de Direito

Num Estado de Direito o valor indicado é a eliminação da arbitrariedade do Estado, e a direção a que se aponta é a inversão da relação poder-direito, prevalecendo, então, o direito. Daí que o Estado Constitucional é um típico Estado de Direito, quase que uma versão particular deste.⁵¹ Foi da decadência da burguesia, dentre outros fatos históricos, e da descoberta da fragilidade dos preceitos liberais, após a Segunda Guerra, que este veio à tona.⁵²

Luis Roberto Barroso afirma a existência de um novo direito constitucional, surgido na Europa Continental após o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e Itália, e no Brasil após a Constituição de 1.988 e o processo de redemocratização que a mesma ajudou a formular. Na Europa, em específico, redefiniu-se o lugar da constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições, sendo que a aproximação da ideia de constitucionalismo e democracia fez surgir uma nova forma de organização política, denominada de várias maneiras: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático. No Brasil, o papel principal da constituição em 1.988 foi promover a transição do país de um regime autoritário para um regime democrático, nasceu um novo sentimento constitucional.⁵³

⁵⁰ Com exceção da tutela específica das obrigações de emitir declaração de vontade (“Art. 639: Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado;” “Art. 640: Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível;” “Art. 641: Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”), cujos dispositivos foram revogados em 2.005, e da tutela específica das obrigações de desfazer (“Art. 642: Se o devedor praticou o ato, a cuja abstenção estava obrigado pela lei ou pelo contrato, o credor requererá ao juiz que lhe assinie prazo para desfazê-lo;” “Art. 643: Havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos. Parágrafo único: Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos”).

⁵¹ ZAGREBELSKI, G. *Op. Cit.*, p. 21-22.

⁵² *Idem.*

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível

Para Luigi Ferrajoli, da mudança de paradigma do direito, que determinou a subordinação da própria lei a uma lei hierarquicamente superior, garantida por uma específica jurisdição de legitimidade, decorreram três alterações no modelo do Estado Legislativo de Direito: no plano da natureza do direito, pois se positivaram também as normas que regulam o conteúdo da lei, separando-se validade e vigor, numa nova relação entre forma e substância; no plano da interpretação e da aplicação da lei, que redefine o papel do juiz, já que a incorporação de princípios e direitos fundamentais nas constituições coloca o julgador numa posição de sujeição à constituição, devendo primar pelo seu respeito; e no plano da ciência jurídica, que não mais se limita à descrição da lei, mas passa a exercer um papel crítico e projetual em relação ao seu próprio objeto.⁵⁴

A constituição é o instrumento que consagra os princípios de justiça e, assim, toda produção normativa precisa estar adequada a ela e aos direitos fundamentais nela previstos. Não mais vale a formalidade pura e simples da lei, ela precisa ter substância e encontrar seus limites nos direitos e princípios constitucionais, pois está *amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição*. O princípio da legalidade, portanto, também tem conteúdo substancial, pois requer a conformação da lei à constituição.⁵⁵

No Estado Constitucional, não mais se pode afirmar que há preponderância da legislação sobre as demais fontes do direito. O direito, hoje, além de não mais estar adstrito à lei, deve considerar outros elementos que possibilitem o reconhecimento e a conservação dos valores da sociedade, consagrados na constituição.

Ainda, esse Estado trouxe consigo direitos fundamentais de prestação social, proteção e participação, frutos da percepção de que a igualdade formal não basta para garantir os direitos e a dignidade de todos, inclusive porque aqueles sem oportunidade de acesso a bens e serviços não têm como usufruir da liberdade que se defende. Fala-se, a partir de então, de dignidade da pessoa humana.⁵⁶

Ademais, o Estado passou a influenciar a ordem econômica, uma vez que o velho liberalismo não foi capaz de resolver os problemas gerados pela economia,

em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

⁵⁴ FERRAJOLI, L. *Op. Cit.*, p. 424-426.

⁵⁵ MARINONI, 2006a, p. 44.

⁵⁶ A Constituição Federal Alemã do pós-guerra, por exemplo, por força de um pensamento jurídico humanitário, traz a dignidade da pessoa humana como um bem intangível em seu art. 1.º.

como a multiplicação do proletariado e as contradições sociais, e entrou em crise. E o sufrágio universal, conquistado pelo povo no século XX, não apenas reforçou a crise, mas significou o fim da teoria liberal clássica burguesa e a perda do controle pela burguesia, que na época fazia o governo e a lei em prol dos seus próprios interesses e no intuito de manter o Estado afastado da economia. O que se conservou da era liberal clássica foi a valoração da personalidade, que permanece quando se fala de liberdade moderna.⁵⁷

Daí se fala de Estado Social,⁵⁸ que nasce da passagem do controle estatal pela burguesia para o Estado de todas as classes, democrático estruturalmente e comprometido com a superação da contradição existente entre igualdade política e desigualdade social.⁵⁹

A ideia de direitos sociais inverte, portanto, o papel do Estado, que no Estado Liberal era completamente afastado do indivíduo, a fim de não invadir a sua esfera particular. A partir de então, além de o Estado dever respeitar os direitos do homem, exige-se uma intervenção, principalmente nas esferas econômica, social e cultural, para garantir a realização dos direitos fundamentais.⁶⁰

Assim, elucida Paulo Bonavides:

O liberalismo de nossos dias, como liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este, acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade.

⁵⁷ BONAVIDES, P. *Op. cit.*, p. 212-213.

⁵⁸ Para Pietro Costa, este fenômeno pôde ser constatado em diversos países europeus, principalmente na Alemanha, cuja Lei Fundamental explicitamente trata do Estado de Direito Social. Pietro Costa, entretanto, faz a ressalva daqueles que discordam do novo Estado de Direito ser também um Estado Social, como Ernst Forsthoff e Friedrich von Hayek e Bruno Leoni (COSTA, P. *Op. cit.*, p. 188-190). Paulo Bonavides também cita o exemplo francês, cuja Constituição de 1.946 foi bastante prolixa na discriminação dos direitos sociais, demonstrando a indiscutível tendência das constituições contemporâneas na manutenção do ideal social (BONAVIDES, P. *Op. cit.*, p. 233-234).

⁵⁹ Vale aqui a ressalva em relação à confusão, muitas vezes cometida, entre os termos Estado Social e Estado Socialista. Reconhece-se a influência ideológica do socialismo no aparecimento do Estado Social, entretanto, isso não significa dizer que as duas coisas têm o mesmo sentido. Na verdade, o Estado Social, além de representar o resultado da transformação estrutural do Estado Liberal, mantém laços com o capitalismo, que se sabe totalmente avesso à doutrina socialista. Ademais, o Estado Social se conforma com regimes políticos antagônicos. Para Paulo Bonavides, são exemplos de Estado Social tanto a Alemanha nazista e a Itália fascista como os Estados Unidos desde Roosevelt, a França com a Quarta República e o Brasil a partir da Revolução de 30 (Ibidem., p. 205). Adverte o autor, ainda, que a presença do Estado, concorrendo com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias, pode significar a passagem do Estado Social ao socialismo parcial, e a partir do momento que este mesmo Estado for capaz de anular a presença do Estado capitalista, estaria concluída a passagem do Estado social ao Estado socialista (Ibidem., p. 208-209).

⁶⁰ *O Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas* (Ibidem., p. 228).

Recompô-lo em nossos dias, temperá-lo com os ingredientes da socialização moderada, é fazê-lo, não apenas jurídico, na forma, mas econômico e social, para que seja efetivamente um liberalismo que contenha a identificação do direito com a justiça.⁶¹

A partir do Estado Social, nascem grupos de setores determinados, defensores dos seus interesses próprios e na busca de leis diferenciadas. O Poder Legislativo torna-se campo de disputas e de divergências diversas, que culminam na aprovação de leis complexas decorrentes de ajustes entre esses grupos. Desde então, a impessoalidade e a coerência, defendidas pelo positivismo jurídico do Estado Liberal, desapareceram, e com ela foi também a vontade homogênea e coerente do parlamento.⁶² Isso se nota, hoje, pelos *lobbies* dos grupos de pressão que atuam nos bastidores do Legislativo.

As características clássicas da lei (generalidade e abstração) foram sendo mitigadas, em razão das próprias características da sociedade de então, marcada pela presença de grupos e setores sociais diversos, que passam a influenciar na criação da lei, embasados no princípio da igualdade do Estado Social presente e munidos da força de pressão sobre o legislador, exercida por interesses corporativos. Previsões setoriais e específicas, de caráter temporal diversificado, mostraram-se exigência devido à rápida transformação social; normas adequadas para atender apenas as necessidades imediatas tornaram-se comuns.⁶³

Assim, foi inevitável que a pluralidade de interesses, discutida pelos diversos setores sociais que pretendiam o reconhecimento dos seus direitos na legislação, transformasse a lei num instrumento confuso e contraditório, que engloba todas as vontades apresentadas e, muitas vezes, transacionadas, mesmo em relação aos mais valiosos direitos e valores. Uma luta de interesses, não mais do povo e pelo povo, mas de particulares com poderes para tal.⁶⁴

Nesse cenário o papel da constituição é fundamental, pois prevê um direito mais alto e unificador, ao qual estão submetidos todos, inclusive o próprio legislador.⁶⁵ O que se preceitua é que direitos fundamentais não podem ser

⁶¹ *Ibidem.*, p. 33.

⁶² MARINONI, 2006a, p. 44; p. 41-42.

⁶³ ZAGREBELSKI, G. *Op. cit.*, p. 37.

⁶⁴ *A lei, neste ponto da história, já não é a expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, senão manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social... É, ao contrário, um ato personalizado (no sentido que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares* (*Ibidem.*, p. 38).

⁶⁵ O princípio da constitucionalidade é responsável pela manutenção da união e da paz dentro da sociedade, que, de fato, vive em constante disputa (*Ibidem.*, p. 30-40)

ofendidos – seja por ação, seja por omissão estatal -, essa é uma garantia do cidadão.

Daí que se diz, em contraposição ao regime anterior, Estado Constitucional de Direito ou apenas Estado Constitucional. Esse Estado tem o dever de respeitar, assegurar e efetivar os direitos fundamentais consagrados na constituição, nas suas três esferas de poder, não apenas deixando de agir contra eles para não ofendê-los, mas também aplicando-os concretamente, através de atitudes positivas em prol da sua realização.

2.1.7 Novos paradigmas a partir do neoconstitucionalismo

Segundo Gustavo Zagrebelski, a atual concepção dos direitos reconhece uma dignidade constitucional própria tanto à lei quanto aos direitos e, no caso de conflito entre lei e direitos, prevalecem os direitos.⁶⁶

Essa fundamentação mais sólida dos direitos, como se sabe, surgiu após a Segunda Guerra Mundial, naqueles Estados onde foi necessário fundar instituições constitucionais devido à história totalitária precedente.⁶⁷

Ademais, fixaram-se princípios de justiça material como normas constitucionais, cujo objetivo é a informação de todo o ordenamento jurídico, sendo que antes se constituíam proclamações políticas sem aplicação jurídica prática e, na época do Estado Liberal, apenas limitavam a esfera da autonomia privada. Hoje, esses princípios de justiça material são objetivos a serem perseguidos pelos poderes públicos, formando um quadro dinâmico e aberto ao futuro. O Estado deve, além de impedir sua ofensa, promover esses princípios positivamente, com suas próprias forças e dos sujeitos privados.⁶⁸

Por isso Gustavo Zagrebelski afirma que o direito, hoje, não é mais [...] o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro segundo uma lei universal de liberdade [...],⁶⁹ mas sim [...] o conjunto de condições para as quais necessariamente devem mover-se as atividades públicas e

⁶⁶ Ibidem., p. 58-59.

⁶⁷ Como já se falou, isso é uma decorrência do fascismo e do nazismo, o que também ocorreu nos anos 70 na península ibérica e hoje está acontecendo com a renovação das instituições dos países do leste europeu (Ibidem., p. 65).

⁶⁸ Daí o surgimento da preocupação com a economia, com as condições da vida social em geral e com o meio ambiente, por exemplo. São políticas específicas que garantem a existência de condições objetivas de ordem estrutural (Ibidem., p. 93).

⁶⁹ Esta é a famosa conceituação kantiana.

*privadas para a salvaguarda de interesses materiais não disponíveis. É uma ordem objetiva prevista para limitar a instabilidade das vontades. Assim, há exigências de justiça geral, uma ordem que está acima tanto das vontades individuais como da vontade da maioria expressada pelo Legislativo.*⁷⁰

O que se deve considerar, neste íterim, é que um ordenamento justo não pode ser reduzido aos direitos, ignorando os deveres, pois o postulado da justiça pertence a um *ethos*⁷¹ dominado pelos deveres e não pelos direitos individuais. Daí que a vida coletiva é o conjunto dos direitos individuais e dos atos que constituem seu exercício, bem como uma ordem objetiva que visa à justiça impondo deveres. E como são numerosos ditos princípios⁷², diversos vetores operam em sentidos distintos de maneira que o resultado constitucional vem construído, pois se exige o cálculo da resultante dessas forças concorrentes.⁷³

Portanto, diferentemente do que ocorria no positivismo jurídico, a justiça não se reduz à lei. Hoje estão [...] *expressas as combinações possíveis entre os princípios constitucionais, que se limitam a estabelecer os pontos irrenunciáveis de qualquer combinação. A lei mantém seu caráter de ato criador do direito e não vem degradada a mera execução da Constituição.*⁷⁴

Nesse contexto, surge a necessidade de tratar do tema normas de direito fundamentais, principalmente da diferença estrutural entre as mesmas.

Resumidamente, norma constitui algo que deve ser ou produzir-se. Dentro desse conceito de norma estão as regras e os princípios.⁷⁵

A diferença entre regra e princípio encontra-se no fato de as regras esgotarem-se em si mesmas, enquanto descrevem o que deve e o que não deve ser ou o que se pode fazer em determinadas situações, enquanto que [...] *os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou critérios que devem*

⁷⁰ ZAGREBELSKI, G. *Op. cit.*, p. 94.

⁷¹ A palavra tem origem grega e significa valores, hábitos, ética e harmonia.

⁷² A Constituição pluralista apresenta a estrutura de um pacto no qual cada uma das partes envolvidas introduz aqueles princípios que correspondem aos seus ideais de justiça. Deste modo, ditos princípios vêm resgatados do âmbito do pré-jurídico e são inseridos plenamente como tais no direito. Esta operação é um elemento tão relevante para as concepções jurídicas que constitui inclusive a condição do êxito da própria obra constituinte como obra de todos e como imposição unilateral de uma parte sobre a outra. (ZAGREBELSKI, G. *Op. cit.*, p. 96-97).

⁷³ *Ibidem.*, p. 95.

⁷⁴ *Ibidem.*, p. 97.

⁷⁵ No entendimento de Gustavo Zagrebelski, [...] *as normas legislativas são prevalentemente as regras, enquanto que as normas constitucionais sobre direitos e sobre a justiça são prevalentemente princípios* (*Ibidem.*, p. 109-110).

*orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas.*⁷⁶

No mesmo sentido, elucida Gustavo Zagrebelski:

[...] somente os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, ou seja, “constitutivo” do ordenamento jurídico. As regras, ainda que escritas nas constituições, não são mais do que leis reforçadas por sua forma especial. As regras, de fato, se esgotam em si mesmas, ou seja, não têm nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam.

[...] Somente as regras se aplicam aos variados e virtuosos métodos de interpretação jurídica que têm por objeto a linguagem do legislador. Nas formulações dos princípios há pouco que interpretar desse modo. No geral, seu significado jurídico é auto-evidente e não há nada que deva ser descoberto raciocinando sobre as palavras. As fórmulas “de princípio” são pequenas expressões um tanto banais, “produto de uma recepção jurídica de terceira ou quarta mão”, porém, não por isso menos veneráveis, que remetem às tradições históricas, contextos de significado etc, e que, mais do que “interpretadas” através da análise da linguagem, devem ser entendidas em seus *ethos*.⁷⁷

A base desses entendimentos é a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, para o qual o conceito de norma de direito fundamental pode ser mais amplo que o próprio conceito de direito fundamental, pois sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito, enquanto que podem existir normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos.⁷⁸

A partir daí, identificam-se dois grupos: o daquelas normas estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e o daquelas atribuídas, que são as normas necessárias para a aplicação concreta da norma expressa pelo texto constitucional.⁷⁹

Segundo Alexy, há muitas teorias sobre o tema, mas a mais importante para a teoria dos direitos fundamentais é a que divide estruturalmente as normas de direito fundamental em regras e princípios. Afirma que é bastante importante porque serve de base para uma teoria da fundamentação e de chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.⁸⁰

Tanto as regras como os princípios são normas,⁸¹ porque dizem o que deve

⁷⁶ Segundo Marinoni, os princípios positivaram o que estabelecia o direito natural sobre os direitos do homem, do que decorre uma outra configuração do positivismo, então denominada de positivismo crítico ou pós-positivismo (MARINONI, 2006a, p. 47; 51).

⁷⁷ ZAGREBELSKI, G. *Op. cit.*, p. 110.

⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: SILVA, Virgílio A. da. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Original em alemão. p. 51.

⁷⁹ *Ibidem.*, p. 72-73.

⁸⁰ *Ibidem.*, p. 85.

⁸¹ Regras e princípios são razões para normas e, como tal, razões para ações. Enquanto razões para normas podem ser razões para normas universais (gerais-abstratas) e/ou razões para normas individuais (juízos concretos de dever ser) (*Ibidem.*, p. 106-108).

ser, admitindo formação por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.⁸²

A distinção, para Alexy, deve ser feita baseada num critério que reúne características dos critérios tradicionais: [...] *princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...]*, são mandamentos de otimização cuja característica é sua satisfação em graus variados; [...] *regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas [...]*, contém determinações em relação àquilo que é fática e juridicamente possível, deve-se fazer exatamente o que está previsto. Trata-se de uma distinção qualitativa.⁸³

No caso dos princípios, como existe uma pluralidade por eles representada, pois expressam vários valores e contextos, é possível afirmar uma pluralidade de princípios que, por sua vez, admitem inúmeras discussões quando da busca dos seus conteúdos.

Diferentemente do que ocorre com as regras, que se aplicam na medida do tudo ou nada, os princípios apresentam uma dimensão que as regras não possuem: do peso e da importância.⁸⁴

Como não há hierarquia formal entre os mesmos, deve haver prudência na ponderação entre princípios quando em conflito, ou seja, deve-se realizar um balanço entre os bens jurídicos conflitantes com base no princípio da proporcionalidade.⁸⁵ É impossível conferir caráter absoluto aos princípios, se assim fosse, estar-se-ia permitindo o retorno do totalitarismo e não haveria qualquer possibilidade de coexistência entre eles.⁸⁶

Note-se que as concepções de interpretação que não admitem o recurso aos princípios sempre o fizeram em prol da certeza do direito, sob o pretexto de que a interpretação por princípios permite o arbítrio dos intérpretes. Ocorre que a sociedade de hoje, pluralista, não estável, de contextos políticos e culturais completamente heterogêneos, cria problemas de princípios, sendo impossível resolvê-los apenas com um direito por regras.

⁸² Ibidem., p. 87.

⁸³ Ibidem., p. 90-91.

⁸⁴ Daí se extrai que a dimensão do direito por princípios é mais adequada para uma sociedade plural, vez que permite um contínuo reequilíbrio através de transações de valores (ZAGREBELSKI, G. *Op. cit.*, p. 125).

⁸⁵ Adiante será tratado sobre o tema.

⁸⁶ ZAGREBELSKI, G. *Op. cit.*, p. 124-125.

Portanto, há uma desintegração da interpretação⁸⁷ e uma crise de certeza no direito, que não podem ser vistas, entretanto, como um problema, mas como consequência dos sistemas jurídicos atuais.

Como se sabe, no positivismo tradicional, a aplicação do direito constituía-se mecanismo lógico de aplicação concreta das regras sem discricionariedade, excluindo-se, assim, qualquer influência do caso quando da interpretação. Num processo de subsunção, o fato qualificado juridicamente apenas constituía-se a premissa menor enquanto que as regras, a premissa maior. A tarefa da jurisdição, como já dito, resumia-se à dicção do direito, que era nada mais do que a lei criada pelo legislador.⁸⁸

Com o contínuo surgimento de exigências de aplicação do direito, através de uma interpretação evolutiva para o alcance das necessidades do Estado Constitucional, nasce o paradoxo *excesso de concreção x excesso de abstração*. Eliminar ambos, entretanto, é o mesmo que negar a vinculação da atividade jurisdicional ao direito positivo e o seu caráter prático.⁸⁹

Para Gustavo Zagrebelski, o caso concreto é o motor que impulsiona o intérprete e orienta a direção a seguir. A partir dele se alcança o direito para obter dele uma resposta, num movimento circular, que finaliza quando satisfatoriamente se compõem as exigências do caso e as pretensões das regras jurídicas.⁹⁰

Neste íterim, é importante frisar que a lei ainda mantém papel importante no sistema, tanto que a legislação tem fundamento constitucional próprio e é expressão de direitos políticos assegurados constitucionalmente. Em razão disso, não se pode qualificá-la apenas como técnica para a atuação da constituição, segundo Zagrebelski, *à lei deve reconhecer-se um valor em si mesma, com independência de seus conteúdos e de seus vínculos de derivação a partir dos*

⁸⁷ Ver Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKI, G. *Op. cit.*, p. 131-153).

⁸⁸ *As separações lei-direitos-justiça e os princípios-regras encontram sua unidade na aplicação judicial do direito, uma ação dúplici (actio duplex) da qual as concepções positivistas da jurisdição têm ocultado durante muito tempo uma das partes. Em tais concepções, a realidade a que o direito se aplica aparece sempre como ensombrecida e privada de todo valor, já sem razão em termos de silogismo judicial, onde o "fato" que se qualifica juridicamente constitui a "premissa menor" e a regra jurídica a premissa "maior", ou em termos de "subsunção" do suposto de fato concreto no suposto de fato abstrato, ou em outros termos similares. [...] hoje, nas mais diversas sedes relacionadas com o direito, criação, execução, aplicação ou estudo, são muitos os que concebem o direito como um arsenal de moldes jurídicos – as normas – que se aplicam sobre a realidade. Não obstante, é evidente que tudo isso contrasta substancialmente com a configuração do direito que se esmiuçou [...] (Ibidem., p. 131).*

⁸⁹ Ibidem., p. 132-133.

⁹⁰ É da relação de tensão entre o caso e a regra que introduz, inevitavelmente, um elemento de equidade na vida do direito. (Ibidem., p. 133; 148).

*preceitos constitucionais. [...] a lei vale em linha de princípio porque é lei, não pelo que dispõe.*⁹¹

De tudo que foi dito, é possível afirmar que, a partir do Estado Constitucional, o jurista deve compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, de maneira que a lei, antes objeto, agora é um componente que vai levar à construção de uma nova norma decorrente do significado da sua própria interpretação.⁹²

Projeta-se uma nova norma, corrigida e adequada conforme os princípios de justiça e os direitos fundamentais. Não se pode negar a eficácia normativa dos princípios, antes vistos apenas como meros valores.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como “conformação da lei”.

Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de simples revelação –, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.⁹³

O pluralismo numa constituição democrática não permite que a mesma seja vista como um instrumento austero, mas deve ser um instrumento aberto, um compromisso de possibilidades que permita, dentro das limitações constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a disputa política.

E para se adequar a esta mudança de paradigma, Gustavo Zagrebelsky afirma que *[...] já não pode se pensar na Constituição como centro do qual tudo deriva por irradiação através da soberania do Estado em que se apóia, mas como centro sobre o qual tudo deve convergir; ou seja, mais como centro a alcançar que como centro do qual partir.* A política constitucional não deve buscar a execução da constituição, mas a sua realização.⁹⁴

Interpretar o direito sob os olhos da constituição é buscar realizar seus valores, seus preceitos, suas determinações, por isso ela deve funcionar como centro para o qual se deve partir.

O papel da constituição, na sociedade contemporânea, não é predeterminar

⁹¹ Ibidem., p. 151.

⁹² MARINONI, 2006a, p. 45.

⁹³ Ibidem., p. 46.

⁹⁴ ZAGREBELSKI, G. *Op. cit.*, p. 14.

um projeto de vida em comum, mas permitir a realização das condições para possibilitar a própria vida.⁹⁵ O processo de constitucionalização do direito viabiliza o alcance desse objetivo, enquanto o aplicador do direito interpreta as normas infraconstitucionais para realizar a constituição.

Por isso que nenhuma das teorias clássicas sobre a jurisdição –Mortara, Carnelutti e Chiovenda - responde aos valores do Estado contemporâneo, não apenas porque são escravas do princípio da supremacia da lei, mas também porque negam a compreensão do caso concreto no raciocínio decisório.⁹⁶

2.2 A JURISDIÇÃO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.2.1 Apontamentos sobre os direitos fundamentais

Falar de direitos fundamentais exige analisar a função que a ciência jurídica da atualidade empresta aos mesmos. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, isso implica estudar a construção da teoria que reconhece os direitos fundamentais não apenas como limite para as atividades do Poder Público, mas também como um arsenal destinado:

[...] i) a conferir à sociedade os meios imprescindíveis para o seu justo desenvolvimento [direitos a prestações sociais]; ii) a proteger os direitos de um particular contra o outro, seja mediante atividades fáticas da administração, seja através de normas legais de proteção (direitos a proteção); e iii) a estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos (direitos a participação).⁹⁷

Nosso ordenamento estabelece regramento especial aos direitos fundamentais, tamanha a sua importância. Primeiramente, o §1.º do art. 5.º da Constituição Federal prevê aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Mais adiante, o art. 60 da Constituição arrola os direitos fundamentais como cláusula pétrea, de maneira que os mesmos não podem ser atacados pelo legislador ordinário, tampouco pelo Poder Constituinte Reformador.

⁹⁵ Segundo Gustavo Zagrebelsky, *A assunção do pluralismo numa Constituição Democrática é simplesmente uma proposta de soluções e coexistências possíveis, ou seja, um compromisso de possibilidades, e não um projeto rigidamente ordenado capaz de se apresentar como um a priori da política com força própria, de cima para baixo[...]* Para dar conta desta transformação, já não se pode pensar na Constituição como centro do qual tudo deriva por irradiação através da soberania do Estado no qual se apóia, senão como centro sobre o qual tudo deve convergir; ou seja, muito mais como centro a alcançar do que como centro do qual partir (Ibidem., p. 13-14).

⁹⁶ MARINONI, 2006a, p. 92.

⁹⁷ Ibidem., p. 63.

Além disso, o §2.º do mesmo art. 5.º prescreve um sistema aberto para os direitos fundamentais, assegurando que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais. Portanto, o rol de direitos fundamentais inseridos dentro do Título II da Constituição Federal não é taxativo, outros direitos e garantias podem estar previstos em outras partes da constituição, inclusive fora dela.

Daí a caracterização dos direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material: os primeiros são aqueles que se encontram no Título II da Constituição Federal, na parte que trata expressa e especificamente dos direitos e garantias fundamentais; os segundos são aqueles direitos e garantias que estão fora do Título II ou mesmo fora da constituição, mas não deixam de ser fundamentais porque [...] *repercutem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, quando se diz que possuem uma fundamentalidade material.*⁹⁸ No último caso, para a caracterização do direito ou da garantia como fundamentais, é indispensável a análise do conteúdo que os constitui.⁹⁹

Diante dessas considerações, pode-se passar à teoria propriamente dita dos direitos fundamentais. Já de início esclarece-se que não há apenas uma teoria formulada; segundo Roberto Alexy cinco teorias sobre os direitos fundamentais podem ser elencadas: a liberal ou burguesa do Estado de Direito; a democrático-funcional; a do Estado Social; a axiológica; e a institucional.¹⁰⁰

A partir delas, Alexy propõe uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais – uma teoria de princípios, cujo objetivo é integrar, de maneira ampla,

⁹⁸ Ibidem., p. 64.

⁹⁹ Ibidem., p. 65.

¹⁰⁰ Cite-se, também, a teoria republicana dos direitos fundamentais, tratada por Canotilho. Tomando como paradigma a sistematização da doutrina alemã, segundo o autor, não há lugar para uma teoria republicana dos direitos fundamentais, os vários esquemas teóricos apresentam, dentre seus elementos, algum traço da mesma, mas nenhum se intitula expressamente republicano. Trata-se de uma teoria autônoma e coerente, que não se confunde com o arquétipo clássico grego ou ao paradigma liberal. Fundamenta-se no espaço e tempo concreto do oitocentismo. Direitos e liberdades são direitos funcionalmente vinculados à garantia da própria liberdade política e à prossecução dos ideais de solidariedade e de fraternidade. Sua base antropológica é o indivíduo, e sofre alguma influência da modernidade dos direitos naturais e do iluminismo, aproximando-se da modernidade liberal, contudo, diferentemente desta, o indivíduo republicano não é inativo politicamente, é combatente a favor do progresso e outras causas políticas. Há, de fato, um ativismo político, não como limitador do poder e garantidor da liberdade individual ou da independência da sociedade civil, mas como busca da evolução espiritual da liberdade filosófica, política e civil. O fim da sociedade, da luta política e a expressão moderna dos direitos do homem é o reconhecimento da fraternidade. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 12; 15-16; 30-34).

enunciados gerais, verdadeiros ou não, passíveis de serem formulados no âmbito de três dimensões da dogmática jurídica – analítica, empírica e normativa -, e combinados de forma otimizada. Sua teoria é uma teoria ideal, como o próprio autor reconhece, mas permite a contribuição e reconhece o valor de todas as demais teorias sobre direitos fundamentais.¹⁰¹

Um primeiro ponto importante da sua teoria trata das normas de direito fundamental, o que já foi trabalhado em tópico precedente. Apenas para fins didáticos, repita-se que tanto as regras como os princípios são normas, porque dizem o que deve ser, admitindo formação por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. A mais adequada distinção entre as duas espécies de normas citadas está no fato de os princípios serem mandamentos de otimização, cuja característica é a satisfação em graus variados, enquanto que as regras contêm determinações em relação àquilo que é fática e juridicamente possível, deve-se fazer exatamente o que está previsto.

Evidente que, no caso concreto, conflitos existem, principalmente porque há uma pluralidade de princípios. Daí a importância da teoria de Alexy, que propõe soluções para a resolução desses conflitos: quando há conflito entre regras, uma deverá ser declarada inválida ou se inserirá uma cláusula de exceção para eliminar o conflito, o que pode ocorrer, inclusive, em virtude de um princípio – dimensão da validade;¹⁰² quando há colisão entre princípios, um deles terá precedência sob determinadas condições em detrimento do outro que deverá ceder – dimensão do peso.¹⁰³

Os princípios, como devem ser realizados na maior medida do possível, não contêm um mandamento definitivo, mas *prima facie*. Estabelece-se uma relação de prioridade mediante técnica de ponderação que permite, como já foi dito, um balanço entre os bens jurídicos conflitantes com base no princípio da proporcionalidade ou máxima da proporcionalidade, como denomina Alexy.¹⁰⁴ Essa decisão deverá ser fundamentada mediante argumentação racional que demonstre a primazia de um princípio em face de outro.¹⁰⁵

¹⁰¹ MARINONI, 2006a, p. 39-40.

¹⁰² Para o caso de prevalecer um princípio em detrimento de uma regra, é necessário superar aqueles princípios que estabelecem que as regras foram criadas legitimamente e por isso devem ser seguidas - são os denominados princípios formais (ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 105).

¹⁰³ *Ibidem.*, p. 92-94.

¹⁰⁴ *Ibidem.*, p. 116-120.

¹⁰⁵ O sopesamento permite, de um lado, dizer o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da

Nessa relação de prioridade, os princípios da liberdade e igualdade possuem, de antemão, uma prioridade *prima facie*, daí a necessidade de uma argumentação mais robusta para se sustentar a prioridade de outro princípio sobre um destes.¹⁰⁶

Outro tema a ser salientado neste momento é a dupla dimensão dos direitos fundamentais - subjetiva e objetiva. A primeira dimensão refere-se à pertinência subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, à garantia de direitos subjetivos. A segunda refere-se ao atingimento de todos aqueles que pertencem à sociedade, pois fundam princípios objetivos orientadores do ordenamento.

Os valores afirmados pelos direitos fundamentais refletem sobre todo o ordenamento e influenciam a atuação do Estado, nas três esferas de poder. Por isso que a atividade de criação, aplicação e interpretação da lei deve respeitar esses direitos, devido à sua dimensão objetiva. Esta também determina a proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, mediante prestações normativas (criação de normas) e fáticas (ações concretas).¹⁰⁷

Além dessa perspectiva, é comum a classificação dos direitos fundamentais conforme a sua funcionalidade. Aqui se optou pela classificação feita por Alexy, embora outras se destaquem, como a de Canotilho e de Ingo Sarlet.¹⁰⁸

Como já elucidado, de acordo com a interpretação liberal clássica, os direitos fundamentais eram vistos apenas como direitos de defesa, ou seja, o direito de não sofrer interferência estatal. São direitos do cidadão a ações negativas (abstenções) contra o Estado; pertencem ao status negativo.¹⁰⁹

Na atualidade, entretanto, também estão presentes os direitos a prestações. Segundo Alexy, são estes os dois grandes grupos de direitos fundamentais conforme a sua funcionalidade: direitos de defesa e direitos a prestações.

O que primeiro se deve ressaltar é que, enquanto direitos subjetivos, os direitos a prestações constituem-se relações tríades (*titular do direito fundamental x Estado x ação positiva estatal*). E, como tal, o titular tem o direito de exigir judicialmente a prestação desses direitos fundamentais (têm natureza de princípio e

afetação de um princípio, e de outro, o grau de importância da satisfação do outro princípio, tudo mediante fundamentação racional (Ibidem., p. 92-94; 166-176).

¹⁰⁶ MARINONI, 2006a, p. 68.

¹⁰⁷ Ibidem., p. 69.

¹⁰⁸ As três classificações são tratadas por Luiz Guilherme Marinoni, que destaca a multifuncionalidade dos direitos fundamentais como o fazem os três doutrinadores (Ibidem., p. 70-73).

¹⁰⁹ ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 433.

trata-se de uma exigibilidade perfeita, como denomina Alexy).¹¹⁰

Os direitos à prestações são todos aqueles direitos que exigem um ato positivo do Estado, uma ação, exatamente o inverso do que ocorre com os direitos de defesa. Alexy divide-os em três grupos: a) os direitos à proteção; b) os direitos à participação na organização e através de procedimentos; e c) os direitos a prestações em sentido estrito, que são os direitos relacionados às prestações sociais.¹¹¹

Os direitos à proteção são aqueles que exigem do Estado uma proteção do cidadão contra intervenções de terceiros. Estes direitos podem ter os mais diversos objetos, como a vida, a saúde, a dignidade, a liberdade, a família, a propriedade, bem como tudo aquilo que é digno de proteção. Por isso, proteger o cidadão contra homicídios, contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear etc. Essa proteção pode ocorrer de diversas formas como, por exemplo, através de normas, de atos administrativos ou ações fáticas.

Nas palavras de Alexy, [...] *são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação.*¹¹²

O direito à organização e ao procedimento se relaciona à fórmula *realização e asseguuração dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento*. Ocorre que, no uso frequente da fórmula, não se distinguem direitos à organização e direitos aos procedimentos. Na realidade, ambos referem-se à ideia de procedimento como sistema de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado que deve, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, estar de acordo com os direitos fundamentais, conceito este que engloba tudo que pertence à fórmula citada. Por isso que é possível fazer referência apenas a direitos procedimentais ou direitos a procedimentos, desde que se parta de um conceito amplo.¹¹³

Esses direitos, que visam garantir ao cidadão proteção jurídica efetiva,

¹¹⁰ Ibidem., p. 445-446.

¹¹¹ [...] *Todo o direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. [...] A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens [...]* (Ibidem., p. 442; 444).

¹¹² Ibidem., p. 459-451.

¹¹³ Ibidem., p. 472-474.

podem determinar a criação de determinadas normas procedimentais (nesse caso, o destinatário é o legislador), ou uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais, como ocorre quando se interpretam normas procedimentais conforme a constituição (nesse caso, são destinatários os tribunais).¹¹⁴

Alexy divide os direitos fundamentais à organização e ao procedimento em quatro grupos, conforme o objeto a que se relacionam. Resumidamente: 1) competências de direito privado: são direitos em face do Estado que exigem que o mesmo crie normas constitutivas para a fundamentação, a modificação e a eliminação de posições jurídicas de direito privado, como por exemplo, as normas de direito contratual, de propriedade, matrimonial etc;¹¹⁵ 2) procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito): são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva, pois é condição para tal que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais envolvidos;¹¹⁶ 3) organização em sentido estrito: diz respeito às exigências que os direitos fundamentais impõem a áreas jurídicas, pois estas regulam a ação conjunta de diversas pessoas na persecução de determinadas finalidades, como ocorre com o direito do ensino superior, por exemplo;¹¹⁷ 4) formação da vontade estatal: são os direitos em face do Estado que determinam que o mesmo crie, através de legislação ordinária, procedimentos que possibilitem uma participação do cidadão na formação da vontade estatal.¹¹⁸

Por fim, tratemos dos direitos a prestações em sentido estrito, que são os direitos relacionados às prestações sociais. Alexy os define como [...] *direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares*.¹¹⁹ São exemplos citados pelo autor os direitos fundamentais sociais à assistência de saúde, ao trabalho, à moradia e à educação.

Alexy designa todos os direitos a prestações em sentido estrito como direitos fundamentais sociais, e no interior desses diferencia os que são expressos pela

¹¹⁴ Ibidem., p. 474.

¹¹⁵ Ibidem., p. 484.

¹¹⁶ Ibidem., p. 488.

¹¹⁷ Ibidem., p. 490.

¹¹⁸ Ibidem., p. 498.

¹¹⁹ Ibidem., p. 499.

constituição e aqueles atribuídos por meio de interpretação.¹²⁰ A questão sobre quais direitos fundamentais sociais os indivíduos definitivamente possuem é uma questão de sopesamento de princípios.¹²¹

Outro assunto a ser tratado é a eficácia dos direitos fundamentais, que pode ser em relação ao Poder Público ou e em relação aos particulares entre si.¹²² O assunto deriva da fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais, pois estas se encontram no ápice da estrutura do ordenamento, como direitos que vinculam o Estado, e da fundamentalidade substancial das normas de direitos fundamentais, uma vez que as mesmas definem a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, independentemente do seu conteúdo.¹²³

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação ao Poder Público, denominada eficácia vertical, não há muito que se discutir, é cediço que os direitos fundamentais vinculam a atuação do legislador, do administrador e do julgador.

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, denominada eficácia horizontal, eficácia externa ou efeitos em relação a terceiros, muito já se discutiu sobre o tema.¹²⁴ O que se vai abordar aqui apenas reflete entendimento já superado no sentido de que os direitos fundamentais aplicam-se a estas relações, pois se o objetivo é uma sociedade mais justa, deve o Estado promovê-la regulando as atividades dos próprios particulares. Não teria lógica os direitos fundamentais incidirem apenas nas relações entre particulares e Estado.¹²⁵

¹²⁰ Ibidem., p. 500.

¹²¹ Ibidem., p. 512.

¹²² [...] *A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais* (Ibidem., p. 528).

¹²³ Ibidem., p. 520-523.

¹²⁴ Em princípio, esta eficácia foi negada pelo liberalismo tradicional, e no pós-guerra esses direitos apenas serviam para que o indivíduo se defendesse contra o Estado. As discussões se iniciaram após decisão do Tribunal Constitucional Alemão no famoso caso Luth, de 1.950: Erich Luth, na época presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, mobilizou um boicote junto aos distribuidores e donos de cinemas para que não consentissem com a estréia de um filme de um cineasta que, no regime anterior, havia apoiado os nazistas; em razão disso, o diretor e distribuidor da obra processou-o por perdas e danos, e no primeiro grau Luth foi condenado e proibido de manifestar-se sobre o filme; apresentada reclamação constitucional com fundamento no direito à liberdade de expressão, foi vencedor no Tribunal Constitucional, que reformou a decisão. Nesse momento foi cunhada a expressão *efeito de irradiação* dos direitos fundamentais sobre o direito privado (ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 272. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 107-108).

¹²⁵ MARINONI, 2006a, p. 74.

Assim afirma José Joaquim Gomes Canotilho:

Os direitos, liberdades e garantias e a ordem jurídica privada não se encontram numa situação de “separação” ou de “divórcio”. Qualquer distância do direito privado em relação à constituição não significa a existência de um terreno livre de direitos fundamentais nos órgãos jurídico-civis.¹²⁶

Há uma discussão, entretanto, em relação à maneira que opera essa eficácia.¹²⁷

Tradicionalmente, alguns defendem que esta eficácia seria mediata, ou seja, os direitos fundamentais dependeriam da intervenção ou mediação estatal por meio das normas e dos princípios de direito privado para serem aplicados (posições dualistas). Durig é o representante dessa típica concepção.¹²⁸

Para esta vertente, o Estado deve proteger os direitos fundamentais contra os ataques por entes privados, mas essa proteção deve ser feita mediante normas de direito privado. Nesse caso, quando muito, os preceitos constitucionais seriam princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ou colmatariam lacunas em casos extremos, mas sempre sob o viés do direito privado.¹²⁹

Outros, como Nipperdey e Leisner, advogam em defesa da eficácia imediata, de modo que os direitos fundamentais se aplicam independente de qualquer atuação reguladora ou interventiva do Estado (posições monistas).¹³⁰

Segundo essa posição, os direitos fundamentais seriam normas de valor e deveriam valer para toda a ordem jurídica, inclusive para o direito privado. Por isso são aplicados diretamente nas relações entre particulares.¹³¹

Pode-se verificar, ainda, uma posição intermediária, como a defendida por Schwabe, que distingue os direitos de liberdade, cuja ofensa seria imputável somente ao Estado, dos direitos de igualdade, que exigem a intervenção dos poderes públicos na relação entre particulares no caso de ofensa grave, ou por Hesse, para o qual a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares não deve ocorrer se causar restrição à liberdade permitida pelo direito

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Op. cit.* p. 94-95.

¹²⁷ Segundo Alexy, [...] a idéia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem (ALEXY, R. *Op. cit.* p. 520-528).

¹²⁸ ANDRADE, J. C. V. *Op. cit.* p. 275-276.

¹²⁹ *Ibidem.*, p. 276.

¹³⁰ *Ibidem.*, p. 276.

¹³¹ *Ibidem.*, p. 277.

privado.¹³²

A discussão sobre a eficácia horizontal tem importância no tratamento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos em face de entidades privadas, indivíduos que têm posição de supremacia em relação aos demais ou mesmo entre indivíduos comuns.¹³³

Segundo Nipperdey, os direitos fundamentais devem valer como direitos subjetivos em face de entidades privadas ou indivíduos que se encontrem numa posição real de poder, tal qual o Estado ou o empregador. No caso de cidadãos comuns em situação paritária, da mesma forma, mas se aplicariam diretamente como valores comunitários.¹³⁴

No que se refere às relações privadas de poder,¹³⁵ José Carlos Vieira de Andrade defende que apenas nestes casos é possível aceitar a transposição direta dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos,¹³⁶ nos casos de igualdade deve-se respeitar a liberdade dos homens.¹³⁷ E mesmo nos casos de entidades privadas em situação de poder, a aplicabilidade imediata não será idêntica à que ocorre quando se trata de Poder Público, pois também esses entes possuem direitos, liberdades e garantias, que devem ser consideradas quando da análise do caso, por isso o autor fala de uma ponderação de direitos ou valores em conflito.¹³⁸

Quanto às relações privadas típicas, José Carlos Vieira de Andrade entende que os particulares não deveriam ser considerados sujeitos passivos dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos. Isso não quer dizer que as relações interprivadas sejam imunes aos preceitos constitucionais, eles atingem de modo indireto os sujeitos privados, a ideia de mediatidade teria sido mal defendida pelos seus seguidores, que se mantiveram presos aos preceitos liberais-individualistas.

Segundo o autor, deve haver uma mediação, sim, mas no sentido de conciliar os valores constitucionais com a liberdade negocial e autonomia privada. Trata-se de uma adaptação e harmonização quando da aplicação dos direitos

¹³² *Idem.*, p. 277.

¹³³ MARINONI, 2006a, p. 74-75.

¹³⁴ *Apud* ANDRADE, J. C. V. *Op. cit.* p. 277.

¹³⁵ O poder a que se alude trata-se de poder jurídico ou fático que seja inequívoco e objetivamente determinável, não se incluindo aqui relações de dependência psicológica subjetiva ou momentânea. Podem se encontrar numa posição de poder pessoas coletivas ou, excepcionalmente, indivíduos (*Ibidem.*, p. 284-285).

¹³⁶ Mesmo havendo uma relação de poder, somente o caso concreto vai determinar o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (*Ibidem.*, p. 285).

¹³⁷ *Ibidem.*, p. 284.

¹³⁸ *Ibidem.*, p. 286.

fundamentais às relações privadas típicas, se houver uma norma privada regulando a situação, esta deve ser respeitada pois presume-se que mantém o equilíbrio entre as partes, presunção que pode ser afastada no caso de se provar a inconstitucionalidade da mesma; caso não haja essa norma, deve-se recorrer aos conceitos abertos próprios do direito privado e preenchê-los com os valores constitucionais, e se isso também não for possível, deverá o juiz decidir com base nos princípios gerais, aplicando a harmonização. Portanto, deve-se aceitar a liberdade de atuação do particular, desde que esta não prejudique intoleravelmente a dignidade da pessoa humana.¹³⁹

Para José Carlos Vieira de Andrade, na situação atual do ordenamento português, não obstante a prevalência da doutrina que defende a aplicação mediata, há uma tendência em sentido oposto, devido ao dever de proteção estatal dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais dirigem-se, primeiramente, contra o Estado e este, para além do dever de respeitar esses direitos e de criar condições necessárias para a sua realização, tem o dever de proteger os particulares de qualquer ameaça, inclusive daquelas provenientes de atos de outros particulares. Embora esta propensão da doutrina se relacione com a tese da aplicabilidade mediata, ela alarga a aplicabilidade dos direitos fundamentais, pois não se limita ao preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, exige uma proteção efetiva desses direitos, mesmo em face de sujeitos privados.¹⁴⁰

Adverte o autor, entretanto, que entre os juristas há um ponto em comum quando se trata da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: deve-se distinguir a relação privada quando há num dos pólos um sujeito com poder, pois este não pode ser tratado como os demais, sendo que as diferenças de tratamento ou restrições que atinjam a dignidade das pessoas devem

¹³⁹ Ibidem., p. 288-293. Ainda, semelhante o entender de Juan Maria Bilbao Ubillos, que critica a doutrina da eficácia mediata, pois esta não assume a inevitável insegurança e imprevisibilidade de um ordenamento presidido por uma constituição normativa e pelos direitos fundamentais. Para o mesmo, é preciso reconhecer isso e aceitar a importante função do juiz em tal sistema. Por isso, desconsiderar a eficácia imediata, ainda que residual, seria um erro, as normas que preveem direitos fundamentais têm aplicação direta, sem necessidade de intervenção legislativa. Na realidade, o autor não defende uma eficácia imediata absoluta, ele reconhece a existência de limites específicos à eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros - os princípios estruturais e os valores próprios do direito privado -, por isso trata-se de uma aplicação atenuada, e ressalva que ainda que se trate da eficácia frente ao Poder Público, esta também não é ilimitada, pois nenhum direito se impõe de forma absoluta, em qualquer circunstância (UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em que medida vinculam a los particulares los derechos fundamentales? In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 311-312; 332-333).

¹⁴⁰ ANDRADE, J. C. V. *Op. cit.*, p. 279-280.

ser consideradas ilícitas; por outro lado, a liberdade negocial deve ser respeitada. Daí que cada caso vai admitir solução concreta específica, a fim de alcançar equilíbrio e justiça.¹⁴¹

Outro estudioso que trata do tema é o alemão Claus-Wilhelm Canaris, a partir da diferenciação relacionada aos destinatários dos direitos fundamentais, ao objeto de exame dos direitos fundamentais e à sua função primordial. Considere-se o primeiro ponto: somente o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, não obstante estes também produzam efeitos mediatamente sobre as relações entre sujeitos privados; isso se afirma vez que os direitos fundamentais carecem de implementação pelo sistema de regras do direito privado, com exceção de quando a própria constituição determine a aplicação imediata de determinado direito às relações entre particulares.¹⁴²

Sobre o segundo ponto: são objetos de exame, com base nos direitos fundamentais, os atos emanados do Poder Público; isso não ocorre com os atos privados, como os contratos, pois os particulares não são destinatários dos direitos fundamentais, não obstante sobre os mesmos esses direitos também exerçam influência.¹⁴³

Por fim, o último ponto: em relação à função dos direitos fundamentais, servem, primeiramente, como defesa em face das intervenções estatais – proibições de intervenção e direitos de defesa -, e adicionalmente, como dever do Estado de proteção dos cidadãos – mandamentos de tutela ou deveres de proteção -, do que decorre a produção de efeitos em face dos particulares, pois embora não se dirijam diretamente contra o cidadão, o Estado tem o dever de proteger um cidadão em face do outro nas relações interprivadas, daí o que se denomina eficácia externa mediata.¹⁴⁴

De tudo que foi dito acima, não obstante as divergências doutrinárias, ficou claro que, quando há norma prevendo a proteção de um particular em face do outro, não é difícil a resolução do problema, pois não há o que impeça um dos indivíduos de exigir o respeito ao seu direito fundamental. Contudo, quando não há essa

¹⁴¹ Ibidem., p. 283.

¹⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de: PINTO, Paulo Mota; SARLET, Ingo Wolfgang. Coimbra: Almedina, 2003a. p. 53-55.

¹⁴³ Ibidem., p. 55-56.

¹⁴⁴ Ibidem., p. 56-75. CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. p. 238.

norma, será que é correto afirmar que não incide o direito fundamental?

De forma alguma, acertada é a doutrina que defende a aplicação imediata do direito fundamental no caso de conflito, pois a omissão legislativa, por si só, pode caracterizar ofensa ao próprio direito fundamental de proteção.¹⁴⁵

Para Luiz Guilherme Marinoni, há sim uma incidência imediata do direito fundamental que deve ser reconhecida pelo julgador. Aceitar a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é essencial no momento atual, independentemente, inclusive, da atuação jurisdicional, como se pode notar quando se está diante dos direitos fundamentais nas relações entre empregados e empregadores, o que somente pode significar uma eficácia imediata e direta sobre os privados.¹⁴⁶

E conclui:

[...] a teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela (ou da proteção) outorgada pelo legislador, facilita de forma extraordinária a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais.

Por isso Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk reconhecem a possibilidade de os direitos fundamentais serem aplicados às relações interprivadas como o cerne da constitucionalização do Direito Civil, pois a constituição deixa de ser apenas uma carta política para tornar-se elemento integrador do ordenamento jurídico, enquanto que os direitos fundamentais constituem-se normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao aludido ordenamento.¹⁴⁷

Por fim, resta tratar do último assunto sobre direitos fundamentais necessário para o desenvolvimento do presente trabalho: a eficácia vertical com repercussão lateral dos direitos fundamentais. O ponto é importante porque está diretamente ligado ao direito fundamental à prestação jurisdicional.

Quando se disse acima que a eficácia vertical incide sobre as três esferas de poder, inclusive sobre o Judiciário, o qual, na omissão do legislador, deve tutelar o

¹⁴⁵ É neste sentido a opinião de Eugênio Facchini Neto, para o qual [...] a Constituição pode ser aplicada diretamente, inclusive em relações interprivadas, ao menos sempre que a controvérsia de que se trata não possa ser resolvida com base na lei, seja por ser a lei lacunosa, seja porque a lei oferece uma solução aparentemente injusta (FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 44-45).

¹⁴⁶ MARINONI, 2006a, p. 75-79.

¹⁴⁷ FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P. *Op. cit.* p. 98.

direito fundamental, fez-se referência a um direito fundamental na sua função de mandamento de tutela, um direito de proteção.¹⁴⁸

Para Alexy, especialmente quando se trata de direitos a prestações, [...] *direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.*¹⁴⁹

O Judiciário deve proteger os direitos fundamentais porque sobre ele estes incidem verticalmente. E da tutela de um direito fundamental pelo Judiciário surtem efeitos sobre os particulares; é a eficácia entre particulares mediada pela decisão jurisdicional, uma eficácia horizontal mediata. Note-se que, primeiro, falou-se de eficácia vertical decorrente do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, um direito processual ou instrumental que incide sobre a jurisdição a fim de conformar o seu modo de atuação. Quando o Judiciário tutela o direito fundamental material da parte, sua decisão surte efeitos entre os particulares, tratando-se de eficácia horizontal mediada pela atuação jurisdicional.¹⁵⁰

É o Judiciário que aplica os direitos fundamentais materiais afetando os particulares, mas são os direitos fundamentais processuais que vinculam o Judiciário e o procedimento estatal, de maneira que não incidem, em momento algum, sobre os particulares, vinculam apenas o Estado, que deve tutelar os direitos fundamentais materiais e quaisquer outros direitos.

Nas palavras de Marinoni, [...] *o direito fundamental à tutela jurisdicional, exatamente porque incide sobre o juiz, está preocupado com a efetividade da tutela de todos os direitos, e não apenas com a proteção dos direitos fundamentais.*¹⁵¹

Portanto, o que decide o julgador são as questões que envolvem direitos fundamentais materiais ou outros direitos. A atuação jurisdicional, por sua vez, que está vinculada pelo direito fundamental processual à tutela jurisdicional, e este não incide sobre as partes, vincula apenas o Judiciário.

Mas, ao incidir sobre o juiz, esse direito fundamental processual poderá atingir as partes lateralmente, conforme o grau de afetação da técnica processual

¹⁴⁸ Mais adiante será abordada a questão do Judiciário suprir omissão de proteção devida pelo legislador.

¹⁴⁹ ALEXY, R. *Op. cit.* p. 446.

¹⁵⁰ A jurisdição toma em conta o direito fundamental material para que ele incida sobre os particulares, mas considera o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva para que a sua atividade seja cumprida de modo a efetivamente tutelar os direitos, sejam eles fundamentais ou não (MARINONI, 2006a, p. 82).

¹⁵¹ *Ibidem.*, p. 83.

adotada ao caso. Daí não se admitir a confusão entre eficácia horizontal mediatizada pela decisão jurisdicional, que se relaciona com direitos fundamentais materiais, e eficácia vertical com repercussão lateral, que está diretamente ligada ao direito fundamental processual à tutela jurisdicional.¹⁵²

E no que diz respeito ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, frise-se, desde já, que não há colisão entre o mesmo e o direito de defesa. Como afirma Marinoni, [...] *Cada um deles incide num plano distinto, sem que se produza qualquer espécie de antinomia.*¹⁵³

Quando se falou de ponderação entre princípios em conflito, ainda não se havia feito menção de que este balanceamento se dá no caso de direitos fundamentais materiais. Os direitos fundamentais processuais não se submetem a este procedimento, pelo fato de o Estado se submeter diretamente a esses direitos há um teste de adequação e de necessidade ou menor lesividade na escolha do meio idôneo para a tutela do direito, já que o direito à tutela jurisdicional repercute lateralmente sobre a esfera dos particulares.¹⁵⁴

2.2.2 A atuação jurisdicional na contemporaneidade

No capítulo anterior, quando se tratou da superação dos dogmas liberais e dos novos paradigmas a partir do neoconstitucionalismo, algumas características do Estado, na atualidade, foram demonstradas: a diversa concepção de direito, o novo princípio da legalidade, a subordinação das leis à constituição e a sua aplicação de acordo com a mesma, a função unificadora da constituição e a plena eficácia das normas constitucionais, inclusive dos princípios. Diante dessas características é possível compreender a importância do constitucional, que ficou, evidente, principalmente quando se tratou dos direitos fundamentais.

Partindo do pressuposto de que os preceitos do Estado Liberal são pontos vencidos e tudo que foi tratado até aqui serve de introdução ao presente trabalho, adentre-se, finalmente, no tema da jurisdição no Estado Constitucional.

Numa sociedade plural é primordial que o juiz se mantenha próximo da realidade, para que seja capaz de atribuir sentido ao caso que deve conhecer e

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Ibidem., p. 84.

¹⁵⁴ Ibidem., p. 85.

julgar. E aí está uma grande diferença entre o Judiciário e o Legislativo: este é quase sempre incapaz de acompanhar a evolução da sociedade, enquanto que o juiz, diante do caso concreto, deve e tem legitimidade para [...] *construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos.*¹⁵⁵

O direito, portanto, deve ser compreendido através dos fatos sociais. Isso, contudo, não significa que a lei possa ser dispensada, pelo contrário, ela deve ser levada em consideração, [...] *é necessário considerar de que modo o caso se insere em face da lei e da interpretação que lhe é dada pelos tribunais.*¹⁵⁶

A partir do esboço do caso concreto, o juiz vai fazer a regulação do mesmo através da lei, lembrando que esta se submete às normas constitucionais. Portanto, ao juiz cabe a definição dos litígios e a realização em concreto dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Por este motivo que, diante do caso concreto, encontradas as hipóteses possíveis de solução por meio dos critérios clássicos de interpretação, deve o juiz escolher aquela que assegure maior efetividade à constituição.¹⁵⁷

Além disso, ao atribuir sentido ao caso diante da realidade social e da constituição, o juiz deve considerar as necessidades do direito material, já que o processo deve respeitar sua finalidade instrumental em relação ao direito material.¹⁵⁸

Decidir a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais é analisar a validade da lei a partir dos mesmos e interpretá-la da mesma forma, de maneira que a vontade do legislador esteja submetida à constituição e aos direitos fundamentais. Quando uma lei não está de acordo com a constituição, deve ter controlada a sua constitucionalidade a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Na sequência, também é possível se falar de controle de constitucionalidade por omissão.¹⁵⁹ Para Luiz Guilherme Marinoni, quando normas constitucionais impõem um dever de legislar e direitos fundamentais dependem, para sua efetivação ou proteção, destas normas, é possível que o juiz, no caso concreto, supra esta

¹⁵⁵ Ibidem., p. 93.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Ibidem., p. 94.

¹⁵⁸ Ibidem., p. 109.

¹⁵⁹ Esse tema é bastante discutido pela doutrina, já que muitos não admitem que o Judiciário atue para suprir a falta do legislador, sob a alegação de que não haveria legitimidade democrática para tal. Não se entrará em mais detalhes já que o assunto é digno de tese de doutorado, como, aliás, muitos pesquisadores têm feito.

omissão se o legislador não atuou para a tutela desses direitos, pois o dever de tutela e proteção dos direitos fundamentais é do Estado e não apenas do Legislativo.¹⁶⁰

Se os direitos fundamentais incidem verticalmente, determinam o compromisso das três esferas de poder: Legislativo, Executivo e Judiciário. Se o Legislativo se omite, desconsiderando a medida de proteção imposta pela constituição, ele próprio viola o direito fundamental de tutela, o que deverá ser suprido pelo julgador já que também este é obrigado pelo dever de proteção. Sua ação, entretanto, será mais restrita.¹⁶¹

Mas como ocorre essa atuação jurisdicional? Na verdade, o juiz não cria o direito nesses casos, apenas faz valer a constituição mediante o preenchimento do vazio normativo que impede a tutela do direito fundamental. Aplica-se o direito com o intuito de zelar pela tutela dos direitos de acordo com as normas constitucionais. Essa atuação jurisdicional está subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.¹⁶²

Portanto, decidir a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais é interpretar a lei de acordo com a constituição, analisar a sua constitucionalidade, suprir as lacunas da lei para possibilitar a tutela do direito e fazer a ponderação quando direitos fundamentais estão em conflito, com o intuito de estabelecer uma relação de prioridade e proteger um direito fundamental em face de outro.

Ao conformar a lei ou a legislação à constituição¹⁶³ o juiz cria uma norma jurídica no sentido de interpretação do texto legal, inclusive como resultado do controle de constitucionalidade. Diferente do que afirmam os clássicos, não se trata de norma individual que particulariza a geral e regula o caso concreto; trata-se de norma criada diante do caso concreto, que se destina a fundamentar o dispositivo da decisão e explicar não apenas a conformação da lei em isolado, mas da legislação aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais.¹⁶⁴ Essa norma,

¹⁶⁰ MARINONI, 2006a, p. 95.

¹⁶¹ Ibidem., p. 81.

¹⁶² Ibidem., p. 102.

¹⁶³ Marinoni faz a ressalva de que o termo *conformação da lei* pode ser entendido de maneira mais restrita do que o termo *conformação da legislação*. Quando se fala de interpretação de acordo ou adequação da lei à constituição entende-se conformação da lei, enquanto que declaração de inconstitucionalidade e supressão de omissão constitucional significa mais, trata-se de conformação da legislação à constituição, e não apenas da lei (Ibidem., p. 96).

¹⁶⁴ Ibidem., p. 97.

fruto da atuação jurisdicional, jamais será uma norma geral, diferentemente da norma criada pelo legislador, que tem eficácia vinculante, obrigando todos.

Em relação à norma jurídica criada pelo julgador, que tutela um direito fundamental em face de outro, resultado da ponderação, o significado é outro. Não se conforma a lei ou a legislação, concretiza-se a própria constituição sem levar em conta o plano da legislação.¹⁶⁵

Em todos esses casos, a decisão jurisdicional, para ser legítima, depende de justificação racional com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção em relação aos fatos e ao direito, ou seja, o juiz deve demonstrar as razões do seu convencimento, pois, desta forma, será possível o controle da atividade jurisdicional. É uma exigência constitucional, prevista no art. 93, IX da Constituição Federal.

E quando se fala de atividade jurisdicional e tutela dos direitos, não se pode ignorar a tutela dos direitos transindividuais, cuja existência e reconhecimento são de tamanha importância nos dias de hoje. São direitos que ultrapassam a esfera individual, pertencem a vários sujeitos, como é o caso do direito ao meio ambiente.

Para a tutela desses direitos, a lei instituiu técnicas e procedimentos diferenciados para atender às necessidades específicas que envolvem os mesmos. À jurisdição compete, quando deparada com conflitos correspondentes a esses direitos, não apenas reconhecer essas técnicas e procedimentos diferenciados, mas compreender e atuar levando em conta os ideais almejados para a tutela desses novos direitos.¹⁶⁶

O Judiciário precisa considerar que as ações coletivas são os principais instrumentos para a tutela dos direitos transindividuais, e sua importância se eleva especialmente diante dos direitos fundamentais prestacionais, tanto no caso de direitos a prestações sociais como no caso de direitos a proteção. Mais que isso, as ações coletivas [...] *constituem condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar os seus direitos fundamentais materiais.*¹⁶⁷

Isso nos remete, novamente, à questão da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, especialmente à função de permitir a participação dos sujeitos na estrutura social e no poder mediante instrumentos adequados, o que se mostra

¹⁶⁵ Ibidem., p. 98.

¹⁶⁶ Ibidem., p. 110.

¹⁶⁷ Idem.

possível a partir do manuseio das ações coletivas. Aqui também se pode pensar naquelas ações coletivas movidas em face do Poder Público, que permitem um controle sobre a gestão da coisa pública. Assim, a jurisdição, além do que lhe é comum, se constitui num espaço para o exercício da participação popular, instrumento importante para a democracia.¹⁶⁸

De tudo que foi dito, conclui-se que os juízes têm um papel fundamental para a realização dos direitos, a jurisdição do Estado Constitucional tem sério compromisso com a constituição.

Adverte-se, entretanto, que isso não significa que os juízes sejam senhores do direito, como eram os legisladores da época liberal. São, segundo Zagrebelski:

[...] os garantes da complexidade estrutural do direito no Estado constitucional, ou seja, os garantes da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça. [...] O direito não é um objeto de propriedade de um, senão que deve ser objeto do cuidado de todos.¹⁶⁹

No tópico seguinte tratar-se-á do direito fundamental à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, que dá continuidade ao assunto da atuação jurisdicional no Estado contemporâneo. Do que aqui foi dito, é importante que não reste dúvida acerca do papel do juiz na atualidade e da importância conferida à jurisdição num Estado Constitucional de Direito como é o atual.

2.2.3 O direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva

Neste item do trabalho é primordial analisar a relação entre o direito fundamental à tutela jurisdicional e a atuação da jurisdição, ou seja, a relação entre o direito fundamental processual do particular de receber a tutela jurisdicional e a capacidade de o Estado efetivamente prestar essa tutela jurisdicional.¹⁷⁰

Essa análise é necessária porque não basta que o Judiciário compreenda e conforme a lei a partir das normas constitucionais e conclua que a parte possui um direito material para ser tutelado, é preciso dar tutela concreta aos direitos, e não apenas dizer o direito.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva está previsto no art. 5.º,

¹⁶⁸ Segundo Marinoni, haveria um *plus* na função jurisdicional, que além de tutelar direitos transindividuais e o patrimônio público, toma seu lugar para a efetivação da democracia (Ibidem., p. 111).

¹⁶⁹ ZAGREBELSKI, G. *Op. cit.*, p. 153.

¹⁷⁰ O próximo item abordará o tema da tutela jurisdicional dos direitos, suas diferenças em relação à tutela dos direitos e respectivas caracterizações.

inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Desse direito decorre uma nova feição do direito de ação¹⁷¹ (ambos se relacionam diretamente), que assegura à parte não apenas o direito de propor a demanda, mas o desenvolvimento da ação em busca de um julgamento de mérito e, no caso de reconhecimento do direito material, a possibilidade de usufruir de meios executivos adequados à satisfação do direito.¹⁷²

Por isso são usados os termos efetividade e adequação para qualificar o direito fundamental à tutela jurisdicional, tendo em vista que o mesmo precisa ser prestado de forma efetiva e adequada. Esses adjetivos determinam, perfeitamente, o modo de ser desse direito.

Dar tutela a um direito, segundo Marinoni, é outorgar proteção a esse direito.¹⁷³ E outorgar proteção a um direito é muito mais do que decidir o caso que envolve o mesmo, pois o ato de sentenciar um processo não é suficiente para realmente proteger o direito, com exceção dos casos em que o requerente pretende sentença declaratória ou constitutiva, as quais, por si só, são suficientes para proteger o direito.

No caso de sentenças que dependem de um *algo mais* para conferir real tutela ao direito, não se pode dizer que o Judiciário prestou a tutela jurisdicional quando julgou o caso. Nessa situação, é impossível falar de tutela do direito sem considerar a atividade executiva, necessária quando a prolação da sentença, por si só, não protege o direito. Somente com a real produção de efeitos no mundo fático, capaz de proteger concretamente o direito, que se estará prestando efetivamente a tutela jurisdicional.

E é o modo da atuação jurisdicional (por isso que esse direito incide sobre o juiz) principalmente quando da atividade executiva, que vai implicar atendimento ou não do direito fundamental à prestação da tutela jurisdicional, pois é o mesmo que vai possibilitar a real e efetiva proteção do direito. E que se adiante, desde já, que a

¹⁷¹ Não obstante a atual concepção, importante fazer menção que o Código de Processo Civil de 1.973 adotou a teoria eclética ou mista do direito de ação, estruturada por Liebman, que reconhece a existência desse direito independentemente da procedência do mérito, basta, para tanto, a sua análise. Esta concepção da teoria eclética surgiu com a superação da teoria concretista do direito de ação, segundo a qual o direito de ação só existia quando proferida uma decisão favorável ao demandante.

¹⁷² Sobre o direito de ação ver Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2006a).

¹⁷³ [...] *A função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo [...]* (Ibidem., p. 112; 134).

boa atuação jurisdicional vai depender de uma dinâmica processual implementada por meios instrumentais adequados para atender às necessidades do caso.

Segundo Marinoni, são dois os caminhos que devem ser trilhados para tornar possível a tutela jurisdicional dos direitos:

[...] um primeiro que aponta para a necessidade de a técnica processual executiva ser estruturada pela lei conforme o direito material, e um segundo que obriga o juiz a pensar a regra processual definidora das técnicas processuais com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e segundo as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto.¹⁷⁴

Portanto, primeiramente o legislador deve preocupar-se com a criação de leis que estruturam técnicas processuais conforme o direito material, pois o direito fundamental à tutela jurisdicional dos direitos está direta e imediatamente ligado ao mundo fático.

Num segundo momento o Judiciário é responsável pela proteção dos direitos, pois deve interpretar as regras processuais que tratam das técnicas para a efetivação da tutela jurisdicional com base no direito fundamental aludido, lembrando, ainda, das necessidades do caso concreto, principalmente porque o legislador não atua de forma ideal, se o fizesse, não haveria necessidade de atuação jurisdicional visando à compreensão do processo à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional através da percepção da natureza instrumental da norma processual. Nesse caso, o juiz deve encontrar a técnica processual idônea para a tutela do direito¹⁷⁵ e quando não houver na legislação regra processual ou técnica processual adequada para tal, deve ele suprir a omissão.¹⁷⁶

O juiz tem o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade aos direitos – materiais ou fundamentais -, bem

¹⁷⁴ Ibidem., p. 113.

¹⁷⁵ Segundo Marinoni, há uma obrigação do juiz em relação a isso, e é esta obrigação que confere ao mesmo um poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção do direito material. Para tal, o juiz precisa interpretar a norma processual de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou, para evitar declaração de inconstitucionalidade, usar a técnica da interpretação conforme e da declaração de nulidade sem redução de texto. No primeiro caso, faz-se com base nas técnicas tradicionais de interpretação que encontram mais de uma solução possível, devendo o magistrado optar pela interpretação que permita maior efetividade da tutela. Quando se tratar de interpretação conforme, o juiz deve adequar o significado da regra processual, conformando-a com a constituição. Por fim, no caso de declaração parcial de nulidade sem redução de texto, o juiz deverá declarar a inconstitucionalidade de algumas interpretações, determinando a prevalência daquela que esteja de acordo com o caso concreto, não obstante outras serem abstratamente viáveis (Ibidem., p. 114-115).

¹⁷⁶ É o que se denomina técnica de controle da inconstitucionalidade por omissão. Nesse caso, como não há lei, a tutela jurisdicional deve restringir da menor maneira possível a esfera jurídica do demandado (Ibidem., p. 116; 127).

como a obrigação de suprir as lacunas que eventualmente impeçam a prestação efetiva da tutela jurisdicional.¹⁷⁷

José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar dos direitos processuais, faz alusão ao direito ao procedimento. Trata-se de direito e dever. É um sistema de regras e/ou princípios que visam à obtenção de um determinado resultado. A justa conformação do procedimento gera a presunção de que o resultado obtido através da observância do *iter* procedimental é provavelmente razoável e suficientemente adequado aos direitos fundamentais. Daí que [...] *o direito ao procedimento implica fundamentalmente: (1) o direito à criação, pelo legislador, de determinadas normas procedimentais ou processuais; (2) direito à interpretação e à aplicação concreta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais ou processuais.*¹⁷⁸

A partir dessas considerações, especialmente em relação à atuação do Estado para assegurar o direito ao procedimento, que Canotilho afirma que aos direitos de defesa está ínsito um direito a prestações do Estado, que deve conformar e ordenar as relações privadas, de modo a evitar a violação desses direitos, e criar instrumentos processuais ou procedimentos adequados à garantia dos mesmos.¹⁷⁹ Ele afirma: [...] *o dever de abstenção do Estado não dispensa este de criar órgãos, agentes, procedimentos e processos para o cidadão assegurar e garantir perante o próprio Estado o seu espaço de autodeterminação e de liberdade de decisão.*¹⁸⁰ E adiante conclui: [...] *De qualquer forma, configurado subjetivamente como direito o objetivado obrigatoriamente através do cumprimento de um dever pelo Estado, o processo torna-se indispensável para assegurar uma proteção eficaz dos direitos fundamentais.*¹⁸¹

Daí a conclusão de que o Judiciário não é o único responsável pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, também o legislador tem obrigações em relação a esse direito, pois é dele a competência legislativa, é ele quem cria procedimentos e técnicas processuais que permitem a tutela dos direitos.

E o legislador brasileiro tem caminhado neste sentido, como o fez, por exemplo, com a criação de normas processuais abertas que permitem a utilização pelo jurisdicionado de um modelo processual adequado e a adoção pelo juiz de

¹⁷⁷ Ibidem., p. 133.

¹⁷⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Op. cit.* p. 75-76.

¹⁷⁹ Ibidem., p. 77.

¹⁸⁰ Ibidem., p. 78.

¹⁸¹ Ibidem., p. 78-80.

vários instrumentos e técnicas a fim de permitir a tutela efetiva do direito.¹⁸²

Evidente, como já se alertou noutra passagem, qualquer decisão judicial, incluindo-se a decisão sobre a técnica processual adotada, somente será legítima se justificada mediante argumentação racional, baseada na lei (se existir), na constituição e nas peculiaridades do caso concreto. Somente assim é possível fazer o controle da decisão judicial.

Lembre-se que, no caso de omissão de regra processual ou de inexistência de técnica processual adequada, deve o juiz demonstrar a necessidade da adoção da medida para a tutela do direito, bem como que a mesma é a que traz menor restrição possível à esfera jurídica do réu.¹⁸³

Como já foi dito, não há colisão entre os direitos fundamentais à efetiva tutela jurisdicional e o de defesa, inclusive no caso de adoção de técnica processual. O direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional exige a escolha, pelo julgador, de meio idôneo para tutelar o direito postulado, e o direito de defesa exige que, dentre os meios adequados, o julgador escolha o menos lesivo à esfera do particular que será afetado.

Por fim, um último elemento importante que deve acompanhar o direito fundamental à tutela jurisdicional: a definitividade. O monopólio da jurisdição somente se justifica se a decisão jurisdicional resolver o conflito definitivamente e tiver força impositiva, tornando-se imutável e indiscutível. O jurisdicionado tem o direito de ver seu litígio finalizado definitivamente, mediante decisão respeitada pela outra parte e pelos demais. Por isso se afirma que a coisa julgada material constitui-se pilar do Estado Democrático de Direito e corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.¹⁸⁴

2.2.4 Tutela dos direitos e tutela jurisdicional

Afirmou-se que o direito de ação não assegura apenas a propositura da demanda, ele garante à parte que invoca a jurisdição o desenvolvimento da ação em busca de um julgamento de mérito e, no caso de reconhecimento do direito material, a possibilidade de usufruir de meios executivos adequados à satisfação do direito.

¹⁸² Mais adiante o tema será tratado novamente.

¹⁸³ MARINONI, 2006a, p. 116; 129.

¹⁸⁴ *Ibidem.*, p. 131-132.

Por isso, são corolários do direito de ação a possibilidade de participação das partes, de maneira a influir sobre o convencimento do juiz, o revestimento adequado da sentença, que permita a proteção do direito, e a disponibilidade de meios executivos apropriados para assegurar a realização da sentença, pois somente desta forma é possível prestar efetiva tutela jurisdicional ou efetiva proteção ao direito material.¹⁸⁵

Até agora foram inúmeras as referências ao termo *tutela*, mas ainda não se fez qualquer conceituação mais detalhada. A partir daqui, isso é necessário para não existir confusão entre algumas expressões.

Quem presta tutela aos direitos é o Estado, que pode fazê-lo através: a) da atuação da administração; b) da criação de normas de direito material pelo legislador; e c) do exercício jurisdicional quando o Estado-Juiz presta o que até aqui se denominou tutela jurisdicional. Portanto, a tutela jurisdicional é uma espécie do gênero tutela dos direitos.¹⁸⁶

No caso concreto, a tutela jurisdicional pode ou não tutelar, de fato, o direito material, vez que, para haver tutela do direito, é necessária uma sentença de procedência que reconheça a existência desse direito. Enquanto isso não ocorre, ou quando não ocorre, há prestação da tutela jurisdicional, mas não tutela do direito propriamente dita.¹⁸⁷

Falou-se, ainda, em tutela jurisdicional efetiva, que nada mais é do que a tutela do direito mediante atuação jurisdicional de maneira efetiva e adequada, de modo que o direito realmente seja protegido no mundo fático. Por isso que se afirma que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o direito fundamental de ação exigem mais do que a prolação da sentença para serem garantidos, pois quando a decisão é proferida há apenas tutela do direito, para que esta seja efetiva são necessárias técnicas processuais adequadas que realmente protejam o direito

¹⁸⁵ *Ibidem.*, p. 216.

¹⁸⁶ Sobre o tema tutela dos direitos, ver Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (MARINONI, 2004b, p. 145 e ss. ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6 ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 427 e ss).

¹⁸⁷ Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart: *Trata-se, na verdade, da noção de tutela jurisdicional adequada à realidade do direito material. O que não implica necessariamente dizer que somente há tutela (tutela jurisdicional) quando a pretensão é acolhida. Ainda que o autor não tenha razão, apenas por recorrer ao Judiciário tem ele direito a um adequado tratamento por parte do Estado – o mesmo valendo para o réu. Neste caso, todavia, é necessário reconhecer que, embora tenha havido tutela jurisdicional adequada, pode não haver tutela do direito (porque, por exemplo, o direito afirmado pelo autor inexistir)* (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 2). p. 40).

no plano material.

Feitas essas considerações, é possível avançar no assunto.

2.2.5 Tutela jurisdicional dos direitos e técnicas processuais

Tratar de tutela jurisdicional efetiva remete ao tema técnicas processuais, que já foi alvo de algumas considerações em tópico precedente. Técnicas processuais são *o modo pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos*.¹⁸⁸

É importante diferenciar a tutela jurisdicional da técnica processual porque a primeira relaciona-se com o fim a ser alcançado pela segunda, que são os meios. São técnicas processuais, por exemplo, o processo, o procedimento, a sentença, a decisão interlocutória e os meios executivos, pois são formas para se tutelar os direitos jurisdicionalmente.

São os direitos materiais que têm necessidade de tutela, por isso é imprescindível analisar o plano do direito material para se alcançar a efetividade da tutela jurisdicional. Devido a essa peculiaridade e justamente porque há uma diversidade de direitos carentes de tutela que as técnicas processuais devem a elas se adaptar.¹⁸⁹

O dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional efetiva compromete significativamente o processo, que, como técnica, se constitui instrumento voltado à proteção dos direitos.¹⁹⁰ É através do processo que o Estado cumpre o seu poder-dever de prestação jurisdicional, por isso não é equivocado afirmar que ele é o âmago das técnicas processuais, é o instrumento maior que objetiva a tutela do direito, por meio dele se desenvolve o procedimento, se obtêm as decisões judiciais necessárias, se aplicam os meios executivos adequados etc., tudo para se chegar à tutela efetiva do direito.

No que se refere ao procedimento, da sua fixação em abstrato pelo legislador e da sua aplicação ao caso concreto pelo juiz depende a atuação da

¹⁸⁸ MARINONI, 2004b, p. 146.

¹⁸⁹ *Ibidem.*, p. 148.

¹⁹⁰ A perspectiva é diversa em relação ao período de descoberta do caráter público do processo, quando este servia apenas de instrumento de atuação da lei enquanto o procedimento era considerado mera sequência formal de atos. Vale ainda lembrar que no Estado Democrático de Direito atual é imprescindível que o processo, como instrumento de manifestação do poder-dever do Estado de dar tutela aos direitos, preze pelos valores democráticos, por isso a participação das partes no processo deve ser garantida e respeitados os direitos fundamentais.

jurisdição, pois somente de posse de um procedimento adequado, que permita a concreta e efetiva tutela do direito, se atenderá o referido direito fundamental.¹⁹¹

Para Luiz Guilherme Marinoni, o processo é um procedimento que deve estar adequado aos fins do Estado Constitucional, é o instrumento através do qual o Estado tutela os direitos *na dimensão da Constituição*. O procedimento, por sua vez, deve ter a capacidade de atender às situações materiais carentes de tutela, sempre comprometido com os direitos fundamentais.¹⁹²

A importância da conformação do procedimento para a tutela dos direitos ficou evidenciada quando da criação de normas processuais abertas que permitem o uso de medidas executivas apropriadas para o caso, tornando possível um modelo processual adequado para a tutela efetiva do direito. Foi com a criação dessas normas que se superou um dogma imposto pelo Estado Liberal que tanto prejudicava a efetiva atuação jurisdicional: a tipicidade dos meios executivos. Para uma melhor compreensão do tema, segue um retrospecto.

O ordenamento jurídico brasileiro, cujo Código de Processo foi editado em 1.973, adotou o sistema típico de tutela executiva. A dita tipicidade dos meios executivos, inspirada no princípio da legalidade e nos ideais do Estado Liberal, pretende fixar na lei todas as formas, medidas e procedimentos possíveis de serem aplicados quando da efetivação dos provimentos jurisdicionais. Disso decorre um processo *engessado*, que não possuiu técnicas suficientes capazes de suprir as necessidades do caso concreto.¹⁹³

Alguns anos após a promulgação da Constituição de 1.988, já dentro de um clima de revolução na ciência processual brasileira, se estabeleceu o entendimento de que a tipicidade é totalmente ineficiente num sistema jurídico, já que a lei não é capaz de evoluir na mesma medida que a sociedade e é impossível que a mesma preveja todas as técnicas processuais necessárias para cada situação material.

Assim, editou-se o Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1.990, que inaugurou um sistema aberto de meios executivos com a

¹⁹¹ [...] o legislador deve estruturar o procedimento – aí compreendido como técnica processual – de modo a permitir as tutelas prometidas pelo direito material, sendo que o juiz, ao considerar o caso concreto, deve compreender as regras processuais atinentes ao procedimento de forma a viabilizar a realização do direito material (MARINONI, 2006a, p. 403).

¹⁹² Ibidem., p. 467.

¹⁹³ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 61

redação do seu art. 84:

“Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

Mais tarde o referido texto foi basicamente repetido quando da alteração do art. 461 do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 8.953 de 13 de dezembro de 1.994, e foi adotado também para os casos de entrega de coisa, com a inclusão do art. 461-A no Código de Processo Civil por meio da Lei n.º 10.444 de 7 de maio de 2.002.

Os dispositivos, em suma, relacionam-se com as prestações de obrigações de fazer, não-fazer e entrega de coisa, e preveem que o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará a adoção de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, tais como a imposição de multa diária ao demandado, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento da ordem,¹⁹⁴ a busca e apreensão, a remoção de pessoas ou coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividades nocivas, se necessário com requisição de força policial.

Com a aplicação dessas medidas ou outras não previstas que se apresentem adequadas, as obrigações de fazer, de não-fazer e de entrega de coisa, reconhecidas por sentença, deixaram de exigir processo de execução autônomo,

¹⁹⁴ Os preceitos se assemelham à injunction do direito anglo-americano, que [...] são ordens emanadas da autoridade judiciária, que prescrevem, segundo a discricionariedade do julgador, garantias para seu cumprimento (enforcements). A recusa em obedecer ditas ordens constitui-se a denominada contempt of court, que pode ser sancionada de duas maneiras: o recolhimento à prisão do infrator ou o pagamento de pena monetária, até que concorde em obedecer a ordem. Esta restrição da liberdade é que mantém a autoridade e o prestígio das cortes judiciais (ARENHART, 2000, p. 204-206). Segundo Michele Taruffo, [...] A injunction tem, na verdade, o efeito típico de impor a specific performance da obrigação de fazer ou de não fazer e, assim, de bloquear a eventualidade substitutiva do ressarcimento do dano, que deriva do não cumprimento da obrigação (TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 72-97, jul./set. 1990. p. 77).

bastando mera fase executiva para sua conclusão, que se constitui num processo sincrético, com função predominantemente executiva.¹⁹⁵

Segundo Luiz Guilherme MARINONI, [...] *a quebra da dualidade conhecimento-execução também implica na ruptura do princípio da tipicidade das formas executivas [...]*. Assim, não há como negar que a unificação do conhecimento com a execução, posta nos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, teve a intenção de dar ao juiz maior mobilidade para a adequação da medida executiva ao caso concreto.¹⁹⁶

Ademais, além da ruptura do princípio da tipicidade dos meios executivos, os arts. 84 do Código de Defesa do Consumidor, 461 e 461-A do Código de Processo Civil influenciaram, sobremaneira, a regra da adstrição do juiz ao pedido. Anteriormente, o juiz sempre esteve adstrito aos limites da lide, que são impostos pelas próprias partes,¹⁹⁷ bem como impedido de proferir sentença de natureza diversa da pedida ou condenar o réu em valor superior ou objeto diverso do que foi solicitado pelo autor.¹⁹⁸

A partir desses, o juiz pode determinar a utilização de medida executiva diversa da solicitada pela parte, bem como conceder ou determinar algo diverso do solicitado, como, por exemplo, a concessão de sentença mandamental ao invés da sentença executiva pleiteada, porque mais eficiente para a tutela do direito. Essa amplitude de poderes, no intuito de dar mais efetividade à tutela dos direitos, não está livre de controle, evidentemente, pois deve-se respeitar a proporcionalidade.¹⁹⁹

Com a possibilidade de o juiz poder se desvincular do pedido, concedendo a tutela solicitada ou o resultado prático equivalente, ao aplicar a medida necessária para a prestação efetiva da tutela, superou-se a ideia absoluta da adstrição entre o pedido e a sentença, mitigando-se, também, o princípio da congruência. Isso decorre da tomada de consciência de que a efetividade da tutela depende da

¹⁹⁵ GUERRA, M. L. *Op. cit.*, p. 34-35.

¹⁹⁶ MARINONI, 2004b, p. 291.

¹⁹⁷ É o que estatui o art. 128 do Código de Processo Civil: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

¹⁹⁸ É a redação do Art. 460 Código de Processo Civil: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

¹⁹⁹ MARINONI, 2004b, p. 136-137.

elasticidade dos poderes do juiz. Por isso a sua ampliação, eliminando a adstrição entre a decisão e o pedido.²⁰⁰

Na verdade, a preferência por certo meio executivo ou modalidade de provimento não constitui mera opção, mas sim resultado da aplicação das sub-regras da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação é a legitimidade do meio para atingir a tutela pretendida. A necessidade se desdobra nas ideias de meio idôneo (aquele que é eficaz, pois tem aptidão para proporcionar concretamente a tutela) e da menor restrição possível. E a proporcionalidade em sentido estrito determina que a sentença não pode, para dar tutela ao direito, gerar um gravame despropositado ao demandado.²⁰¹

Foi da necessidade de tutelar os direitos, mediante técnicas processuais adequadas, que surgiram as referidas regras processuais abertas, que não se vinculam a qualquer situação pré-determinada de direito substancial. Essas normas são decorrentes do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, na medida em que possibilitam o uso de técnicas processuais adequadas, capazes de proteger os direitos materiais originados de diferentes casos concretos.

Marinoni afirma que, nesses casos, há concretização da norma processual, de maneira que a norma é aplicada no caso concreto ou identificada e utilizada a técnica processual adequada às necessidades concretas.²⁰²

Aproveitando o ensejo, já que se falou de medidas executivas, deve-se aqui diferenciar o que a doutrina denomina de medidas de coerção indireta, de coerção direta e de sub-rogação.

Medidas de coerção indireta são assim chamadas porque não alcançam diretamente a tutela do direito; elas influenciam psicologicamente o demandado para que este cumpra seu dever a fim de que o direito seja tutelado. Neste caso, há execução indireta.

Essas medidas podem ter caráter pessoal, no caso da prisão civil,²⁰³ ou

²⁰⁰ Ibidem., p. 295.

²⁰¹ Ibidem., p. 138.

²⁰² O legislador atua nesse sentido porque sabe que a jurisdição precisa ter poder e mobilidade para atender os diversos casos concretos, o autor atua para identificar as necessidades concretas e modelar a ação processual, e o juiz atua em razão do poder-dever de individualizar a técnica processual capaz de permitir a efetiva tutela do direito (MARINONI, 2006a, p. 116).

²⁰³ Sabe-se que a Constituição Brasileira, no art. 5.º, inciso LXVII, veda a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Em relação à primeira situação, esta é a medida mais usual e eficaz no

patrimonial, no caso da multa, e são fundamentais quando se está diante de obrigações infungíveis, que não podem ser tuteladas pelo uso de outra medida de coerção.

As medidas de coerção direta e de sub-rogação possibilitam a execução direta da obrigação, pois o direito é tutelado independentemente da vontade do demandado. A diferença entre essas medidas está na possibilidade ou não de substituição da prestação do demandado.

Há sub-rogação quando a execução que se realiza substitui prestação que deveria ser realizada pelo demandado. Do contrário, há coerção direta, quando não há prestação do demandado a ser substituída, [...] *pois nada precisa ser feito pelo vencido para ocorrer a realização do direito [...]*.²⁰⁴ A coerção direta é ínsita às ações relativas a direitos reais, como a reintegração de posse e a reivindicatória, nas quais, reconhecida a ilegitimidade da posse do demandado, expede-se um mandado executivo.²⁰⁵

Ainda, abordando o tema das técnicas processuais, é apropositado falar um pouco sobre sentença, já que esta é uma técnica processual.

Sabe-se que por muito tempo, sob influência principalmente da doutrina italiana, a classificação das sentenças era ternária, pois se previa a existência de três tipos de sentença: declaratória,²⁰⁶ constitutiva²⁰⁷ e condenatória.²⁰⁸ De regra,

cumprimento de sentença que condena ao pagamento de alimentos. No caso do depositário infiel, devido à previsão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1.992, que apenas admite a prisão civil do devedor de alimentos, a doutrina e a jurisprudência muito debaterem acerca da constitucionalidade das normas infraconstitucionais que preveem a prisão do depositário infiel. Não faz muito tempo o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão, entendendo pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, tanto do voluntário quanto do necessário (denominado depositário judicial). Há na doutrina, entretanto, uma ressalva em relação à admissibilidade da prisão civil como meio de coerção, pois se afirma que o que é vedado pela Constituição é a prisão que tem origem em dívida, e não aquela aplicada como meio de coerção para o cumprimento de determinações judiciais, pois estas não têm caráter obrigacional, pelo contrário, derivam do poder de império do Estado e visam proteger a dignidade da justiça, o que é assegurado pelo art. 5.º, inciso XXXV do mesmo texto constitucional. Mas, embora viável, deve ser medida usada em caso extremo, quando se apresente como único meio de obter o cumprimento da decisão judicial. Não se ignora, contudo, os problemas práticos em relação à aplicação desta medida de coerção, como a debilidade do sistema prisional brasileiro e a falta de regulamentação legal. (ARENHART, 2000, p. 211-213). Pela admissibilidade da prisão como medida coercitiva, pois do o descumprimento da ordem acarreta ofensa à dignidade da justiça, Kazuo Watanabe (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 867).

²⁰⁴ MARINONI, 2004b, p. 133.

²⁰⁵ *Ibidem.*, p. 132-133.

²⁰⁶ *A sentença declaratória apenas “declara” a existência, a inexistência, ou o modo de ser de uma relação jurídica* (ARENHART; S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.* p. 420).

²⁰⁷ *A chamada sentença constitutiva pode criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Nesse*

nenhuma delas conferia poderes ao juiz para intervir na vida privada, tampouco possibilitava a coerção do devedor. Dita classificação revelou-se autêntico fruto do liberalismo.

Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart: [...] *Todas as três cingem-se a atuar no plano abstrato, limitando-se a reconhecer a existência do direito e alterando apenas o mundo jurídico, sem jamais afetar, diretamente, o mundo sensível.*²⁰⁹

Tampouco a sentença condenatória é dotada de coercibilidade, pois incapaz de alterar o mundo fático por si ou compelir alguém a fazer algo. Isso é um reflexo da aplicação do princípio do Estado Liberal segundo o qual *nemo ad factum praecise cogi potest*.

É do consenso de todos, entretanto, que o momento histórico afeta, significativamente, o direito. Em razão disso, muitas coisas são transitórias no direito, inclusive a classificação das sentenças. Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, [...] *as sentenças nada mais são do que instrumentos ou técnicas processuais, que variam conforme as necessidades do direito material expressas em cada momento histórico. [...] depende da consideração do Estado, do momento social e político, e sobretudo do ordenamento jurídico nos quais operam.*²¹⁰

Na década de 90, percebida a necessidade de instrumentos adequados para a efetiva tutela dos direitos, principalmente dos novos direitos, surgiram as sentenças executiva e mandamental,²¹¹ após a quebra da tipicidade dos meios executivos com as previsões do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil. A classificação atual, portanto, é quinária.

A sentença mandamental relaciona-se com o *imperium* ou a ordem no intuito

sentido, ela pode ser uma sentença constitutiva positiva ou sentença constitutiva negativa, também ditas, em outra terminologia mas no mesmo sentido, sentença constitutiva e desconstitutiva.(Ibidem., p. 422).

²⁰⁸ A sentença condenatória é aquela que reconhece uma obrigação de pagar quantia certa, vinculada a um procedimento tipificado de execução para a satisfação do direito, como se verá adiante.

²⁰⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6). p. 75.

²¹⁰ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.* p. 414.

²¹¹ Na realidade, alguns procedimentos específicos já previam estes tipos de sentença, como, por exemplo, o interdito proibitório, a reintegração de posse, o mandado de segurança e a busca e apreensão. Ocorre que as sentenças mandamental e executiva surgiram, dentro de uma classificação geral das espécies de sentença em nosso sistema, na década de 90, pois, a partir desta, não mais se limitam aos procedimentos que especialmente as previam, são concedidas em todos os casos que suscitam o seu uso para a tutela efetiva dos direitos, invertendo a idéia padrão de incoercibilidade das obrigações.

de coagir o demandado a observar o direito declarado.²¹² A sentença executiva é aquela que determina medidas executivas para a realização do direito independente da vontade do devedor.²¹³

Em 2.005, com o advento da Lei n.º 11.232, foi introduzido um novo sistema para a execução da sentença condenatória de pagar quantia certa, que não mais prescinde de processo de execução autônomo, basta o prosseguimento do processo mediante fase para cumprimento da sentença, como já ocorria no caso das sentenças mandamental e executiva.

Com essa lei, também o conceito de sentença previsto no art. 162 do Código de Processo Civil foi alterado. Antes sentença era o ato que punha termo ao processo, decidindo ou não o mérito. Depois da mudança, passou a ser “[...] o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”²¹⁴

A partir dessas alterações (de 1.994 a 2.005), pode-se concluir que há sentenças que não põem fim ao processo, quais sejam, a condenatória de pagar quantia certa, a mandamental e a executiva. Por isso o conceito de sentença foi alterado, vez que, em alguns casos o processo não finda com a prolação da sentença.²¹⁵

²¹² A sentença mandamental é caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu. Seu escopo é convencer o réu a observar o direito por ela declarado (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.* p. 426). Para forçar o cumprimento desta ordem, a decisão judicial é comumente acompanhada da multa coercitiva, fixada em caso de descumprimento da obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Em razão disso, há quem relacione o conceito citado com a multa e equivocadamente critique a definição de sentença mandamental proposta por Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, sob o argumento de que a multa não é elemento característico da sentença mandamental (MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. MALACHINI, Edson Ribas. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 125, p. 15-60, 2005). Como ensina Sérgio Cruz Arenhart, não se trata apenas de uma ameaça de invasão ao patrimônio do devedor, é ato de império do juiz. A tutela então deixa de operar no plano normativo para surtir efeitos no mundo fático (ARENHART, 2003, p. 84).

²¹³ A sentença executiva se realiza através dos meios de execução direta adequados à tutela específica do direito e ao caso concreto, que devem ser utilizados pelo autor e pelo juiz segundo as regras do meio idôneo e da menor restrição possível, ou segundo a lógica de que a modalidade executiva deve ser idônea à tutela do direito sem deixar de ser a menos gravosa ao réu. O fundamento [...] está no §5.º do art. 461 [...] (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.* p. 427).

²¹⁴ Ressalte-se, como elucidam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, que o [...] ato judicial que trata do mérito no curso da fase de conhecimento do processo não pode ser admitido como sentença. Como exemplo, citam a decisão incidente sobre a decadência de um dos pedidos cumulados. Neste caso, há decisão interlocutória, pois não houve extinção do processo, de maneira que só há sentença se uma das situações elencadas implicar extinção do processo ou encerramento da fase de conhecimento (Ibidem., p. 403-404).

²¹⁵ Destas considerações deflui a diferença entre sentenças satisfativas e não satisfativas: aquelas, por si só, são suficientes para a tutela dos direitos substanciais – é o que ocorre com as sentenças declaratória e constitutiva -, enquanto que estas necessitam de atos posteriores ou meios de execução para tal – é o que ocorre com as sentenças condenatória de pagar quantia certa, mandamental e executiva. Por isso que no caso de sentenças satisfativas a prolação da sentença encerra o processo e no caso de sentenças não satisfativas o processo continua após a sentença

A natureza de uma sentença somente será definida após a constatação da forma que se vai executá-la. É nesse sentido o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para os quais a sentença que reconhece uma obrigação deve ser qualificada segundo os meios de execução que lhes conferem particularidade (o critério é processual). Se assim não for, todas e quaisquer sentenças que reconheçam uma obrigação terão natureza idêntica, o que dispensaria a classificação quinária.²¹⁶

Portanto, as sentenças mandamental e executiva, que admitem o uso de técnicas diversas para sua satisfação, sempre objetivando a tutela específica ou seu resultado prático equivalente, têm essa natureza devido aos meios de execução que lhes conferem particularidade.²¹⁷

Quanto à sentença condenatória de pagar quantia certa, esta teve sua natureza conservada, pois, mesmo com a alteração legislativa, continua previsto para ela forma de execução tipificada em lei, que determina meios de sub-rogação na busca do pagamento da quantia, contentando-se, portanto, com a tutela pelo equivalente monetário.²¹⁸

De tudo que foi dito, depreendem-se três categorias distintas de sentença: as satisfativas, que independem de execução (a constitutiva e a declaratória); as não satisfativas que visam à tutela específica ou ao resultado prático equivalente, caracterizadas pelo alto poder de execução (a mandamental e a executiva); e as não satisfativas que preveem como única forma de satisfação a execução por expropriação, sem deixar qualquer outra alternativa ao juiz, e que visam ao pagamento de quantia certa (a condenatória).²¹⁹

Por fim, é importante lembrar que a sentença, como todas as demais técnicas processuais citadas, está no plano do direito processual. A tutela dos direitos, por sua vez, está no plano substancial e é alcançada através das técnicas, que são instrumentos capazes de gerar resultados na esfera material. Conclui-se, assim, que somente fazendo uso de técnicas processuais adequadas, pode o Judiciário prestar efetiva tutela aos direitos.

(Ibidem., p. 430).

²¹⁶ Ibidem., p. 415.

²¹⁷ Ibidem., p. 418.

²¹⁸ Ibidem., 418.

²¹⁹ Ibidem., p. 419.

2.2.6 Das diversas espécies de tutela jurisdicional

Do ponto de vista estrutural, algumas tutelas jurisdicionais operam apenas no mundo jurídico, pois lidam somente com a realidade jurídico-normativa, sem alterar o plano fático; eventuais efeitos produzidos *in concreto* são acidentais e reflexos. Essas são as tutelas tradicionais, das quais decorrem provimentos declaratório, constitutivo e condenatório, sendo que os dois primeiros pertencem naturalmente a este domínio, enquanto que o último aqui se inclui porque se limita, tão somente, a reconhecer o direito do credor e alterar a situação jurídica do devedor (se diz, inclusive, que a condenação é uma síntese dos outros dois provimentos).²²⁰

Ainda sob o aspecto estrutural, há tutelas que, quando prestadas, extrapolam o mundo jurídico e operam também no mundo fático, atingindo-o diretamente e realizando neste alguma alteração. Nesses casos, a produção de efeitos é o objetivo que se persegue. Aqui se incluem os provimentos mandamentais e executivos.²²¹

Esta classificação estrutural leva em conta, tão somente, as eficácias concernentes à resposta jurisdicional oferecida à pretensão à tutela jurídica. Ocorre que é possível enxergar as tutelas sob outro aspecto - o do direito material -, que vai considerar não apenas o tipo de provimento concedido, mas a construção de um procedimento adequado à tutela do direito.²²²

Não há dúvidas de que esse é o melhor aspecto a ser considerado, pois se a tutela jurisdicional visa à proteção do direito material, é possível e ideal que se pense na mesma conforme o resultado que o processo produz na esfera do direito material.

Sob essa perspectiva, ao lado das tutelas tradicionais, que operam exclusivamente no mundo do direito, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, analisando especificamente o plano material, identificam dois grupos de tutelas de prestação: a tutela específica e a tutela pelo equivalente.

A tutela específica é aquela que confere ao autor o cumprimento da obrigação contratual devida pelo réu, seja obrigação de fazer, de não fazer, de

²²⁰ ARENHART, 2003, p. 93-96.

²²¹ *Ibidem.*, 96-99.

²²² *Ibidem.*, p. 100.

entregar coisa ou de pagar quantia. Também há tutela específica quando se impede o inadimplemento de uma obrigação, quando se inibe ou se reintegra um ilícito, ou ainda quando há um dano patrimonial ou extrapatrimonial e este é reparado *in natura*, seja pelo próprio devedor, seja mediante a entrega de dinheiro para o custeio da reparação por terceiro.²²³

Para que os direitos fundamentais sejam respeitados, em especial os direitos à proteção, a tutela específica assume uma grande importância, constitui-se [...] meio de dar aos cidadãos o que efetivamente as normas lhe proporcionam.²²⁴

Afinal de contas, se o indivíduo é titular de um direito que depende de uma prestação específica do devedor e este não cumpre o devido, deve o Poder Judiciário usar de meios capazes de fazer cumprir essa obrigação. A proteção dos direitos e a realização das normas que objetivam a sua proteção determinam a possibilidade de outra prestação jurisdicional além da reparação pecuniária, exigem uma tutela que use meios idôneos para permitir a prestação específica no caso.

Do gênero tutela específica, considerando-se as diferentes situações referidas acima, derivam espécies como a tutela inibitória, a tutela de remoção do ilícito, a tutela específica da obrigação inadimplida e a tutela ressarcitória na forma específica.

Em todos esses casos, para a prestação específica da tutela, a aplicação dos já mencionados arts. 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 e 461-A do Código de Processo Civil é essencial. São eles que disciplinam as técnicas aptas para o alcance do que se objetiva com essas tutelas.

Contrariamente à tutela específica, há a tutela pelo equivalente,²²⁵ que é prestada quando o cumprimento na forma específica não é possível, quando o dever de cumprimento específico é excluído pelo direito material, quando não há interesse do credor na tutela específica ou quando houver onerosidade excessiva para a prestação da mesma.²²⁶

A tutela pelo equivalente monetário será prestada toda vez que houver uma situação de dano ou de obrigação contratual inadimplida que não seja possível de

²²³ Ressalte-se que no caso de haver solicitação de soma de dinheiro para custear a reparação *in natura* ou se o pedido é para ressarcir os danos que já foram reparados à custa do credor, não há tutela específica, mas tutela pelo equivalente (MARINONI, 2004b, p. 153).

²²⁴ *Ibidem.*, p. 61-62.

²²⁵ Lembre-se que nem sempre a tutela que se relaciona ao dinheiro é tutela pelo equivalente, como se advertiu em nota anterior.

²²⁶ Os casos de inviabilidade de prestação da tutela específica serão tratados no último capítulo.

ser tutelada na forma específica.²²⁷

Note-se que no Estado Liberal foi esta a tutela prestada, uma vez que se conferia valor monetário aos bens e se protegia os direitos mediante pagamento em dinheiro (as condenações em dinheiro eram satisfeitas mediante expropriação) como forma de respeitar a igualdade (formal) e preservar a liberdade, de maneira a não interferir na autonomia privada; não se coagia o devedor a pagar, apenas transformava-se o seu patrimônio em dinheiro para quitar o débito.

No Estado contemporâneo, entretanto, não deve ser este o escopo da prestação jurisdicional. Se a constituição assegura a prestação de uma tutela efetiva, deve-se buscar a proteção mais adequada aos direitos, evitando compensações monetárias. A tutela específica é primordial.

Em relação às espécies de tutela específica, trate-se inicialmente da tutela inibitória. Esta é uma grande novidade no ordenamento brasileiro, que durante muito tempo apenas conferiu tutela no caso de lesão a direitos e não no caso de ameaça a direitos.²²⁸ A Constituição, no já citado art. 5.º, XXXV, faz referência expressa à ameaça a direitos, de maneira que não apenas a lesão receberá atenção jurisdicional, mas também ameaça aos mesmos, ou, como denominam Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, [...] *a probabilidade da prática de ato contrário ao direito*.²²⁹

Em suma, a tutela inibitória destina-se a impedir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito.²³⁰

No tocante ao escopo da tutela inibitória de impedir a continuação do ilícito, é necessário ressaltar que se trata de impedir um ilícito continuado, pois se trata de conduta que se perpetua no tempo, *se repete diária e incessantemente*, sendo viável a prevenção para evitar o protraimento da conduta ilícita para o futuro.²³¹

Contrariamente, diante do ilícito de eficácia continuada, não há prevenção, pois a conduta (ação ou omissão) está no passado, apenas os efeitos do ilícito estão no futuro. Nesse caso, a tutela não será inibitória, mas de remoção do ilícito ou do adimplemento, como se verá adiante.²³²

²²⁷ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.* p. 451.

²²⁸ Como exceções, cite-se a nunciação de obra nova e o interdito proibitório, procedimentos especiais essencialmente preventivos que foram previstos no Código de Processo Civil de 1.973.

²²⁹ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.* p. 435.

²³⁰ *Ibidem.*, p. 435-436.

²³¹ ARENHART, 2003, p. 136. ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.* p. 446.

²³² ARENHART, 2003, p. 136.

Afinal, [...] existe diferença entre impedir o agir ilícito e remover o ilícito cujos efeitos ainda repercutem.²³³

Quanto ao ilícito, é necessário construir um novo conceito na atualidade para ser aplicado no âmbito do direito processual, pois entendê-lo como sinônimo de fato danoso ou exigir a presença de dolo ou culpa para caracterizá-lo, como o faz a responsabilidade civil, não é adequado quando se trata de tutela inibitória. Como deve haver uma tutela contra o ilícito, a sua prestação não pode depender da ocorrência do dano, este é apenas uma consequência do ilícito, pode ou não ocorrer.

O pressuposto da tutela inibitória, portanto, é a probabilidade de ocorrência do ilícito ou ato contrário ao direito. Se o dano não necessita estar presente para a prestação desta tutela preventiva, a culpa e o dolo também não devem ser considerados, estes são elementos necessários para a prestação da tutela ressarcitória, que se volta contra o dano, e não da tutela inibitória.

Note-se, ainda, que o ilícito contra o qual se volta a tutela inibitória pode ser comissivo ou omissivo. Logo, diz-se que a tutela inibitória pode ser negativa, ao impor um não fazer, ou positiva, ao impor um fazer, sempre no intuito de evitar o ilícito, sua repetição ou continuidade.²³⁴

Em relação às técnicas que podem ser utilizadas para a satisfação da tutela inibitória, pode-se considerar a multa, com certeza, a principal medida para sua efetivação, sendo que, neste caso, se estará diante de uma tutela inibitória mandamental. Mas, pode-se aplicar as demais medidas executivas, tratando-se, então, de tutela inibitória executiva.²³⁵

Tem-se tutela inibitória também para prevenir o inadimplemento, que se denomina tutela inibitória do inadimplemento. Pode ser aplicada no caso de obrigações positivas ou negativas, o difícil será demonstrar a probabilidade do inadimplemento, mas isso não pode se constituir obstáculo para a prestação da tutela preventiva.²³⁶

Outra espécie de tutela específica é a tutela para a remoção do ilícito ou tutela reintegratória. Da mesma forma que a tutela inibitória, esta tutela volta-se

²³³ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.* p. 446.

²³⁴ *Ibidem.*, p. 438.

²³⁵ Após as respectivas considerações, Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni citam como exemplo a nomeação de administrador provisório para impedir determinada ilicitude numa empresa (*Ibidem.*, p. 441).

²³⁶ MARINONI, 2004b, p. 261-262.

contra o ilícito, podendo ou não relacionar-se com o dano, o que vai acontecer somente se este decorrer do ilícito. Pelos mesmos motivos, não se consideram a culpa e o dolo.²³⁷

Neste caso, não há mais ameaça, o ato contrário ao direito foi efetivamente praticado e se busca o retorno do estado anterior a este ilícito, para que da sua prática não decorram danos ou, caso estes já tenham ocorrido, que cesse a sua ocorrência e efeitos.

Ainda como tutela específica, tem-se a tutela específica da obrigação inadimplida ou cumprimento de modo imperfeito. Como já se disse, há uma tendência em se prestar a tutela efetivamente e evitar a resolução dos litígios pelo equivalente.²³⁸ No caso de existir obrigação contratual, se esta foi inadimplida ou cumprida parcialmente, a tutela jurisdicional deve possibilitar que o credor usufrua da prestação prometida pelo devedor caso isso ainda seja possível.²³⁹

A ideia de prestar uma tutela efetiva neste caso está relacionada ao cumprimento das obrigações no âmbito material. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, [...] *Se o cumprimento, no plano do direito material, é consequência lógica da existência do contrato, o processo civil não pode se descuidar da tutela jurisdicional capaz de garantir esse resultado.*²⁴⁰

É uma tutela repressiva, que leva em conta o inadimplemento da obrigação. É isso que a diferencia da tutela de remoção do ilícito, pois esta considera apenas o ato contrário ao direito.

Por fim, a tutela ressarcitória na forma específica, que, diferente das demais espécies tratadas, se volta contra o dano. Ela contrapõe-se à tutela pelo equivalente, que busca dar ao lesado quantia de dinheiro equivalente à lesão ou dano sofrido, pois visa à reparação de maneira diversa, através da [...] *entrega de uma coisa ou com a prestação de uma atividade (ou de uma prestação de fato) que resulte*

²³⁷ A tutela reintegratória visa remover ou eliminar o próprio ilícito, vale dizer, a causa do dano; ela não visa a ressarcir o prejudicado pelo dano. No caso de tutela reintegratória, é suficiente a transgressão de um comando jurídico, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou ocorreu dano (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. Op. cit. p. 445-446).

²³⁸ Nas palavras de João Calvão da Silva: *Conseguir que o credor obtenha aquilo que foi estipulado é, na verdade, o resultado perfeito e ideal que a Justiça, face ao devedor recalcitrante, pode proporcionar àquele. Pelo que o cumprimento, prestação daquilo que é devido (praestatio quod est in obligatione), e a execução específica aparecem, antes de tudo, como uma prioridade natural e temporal, lógica e teleológica* (SILVA, J. C. Op. cit. p. 141).

²³⁹ Não há dúvida que o contrato se destina a permitir ao contratante usufruir da prestação que lhe foi prometida. Não é outra a razão da prioridade da tutela específica do adimplemento sobre a tutela pelo equivalente (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. Op. cit. p. 447-448).

²⁴⁰ Ibidem., p. 447.

*adequada, em vista da situação concreta, para eliminar as conseqüências danosas (portanto, o dano) do fato lesivo.*²⁴¹

A temática das tutelas será recorrente no presente trabalho, em especial a da tutela ressarcitória específica. Por enquanto, bastam essas considerações com a advertência, desde já, que a tutela específica é a tutela adequada para os direitos e, por isso, assegura o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

²⁴¹ *Ibidem.*, p. 449.

3 A TUTELA DO DIREITO DO CONSUMIDOR EM FACE DOS DANOS NA CONTEMPORANEIDADE

3.1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO MODERNO

3.1.1 A evolução das relações comerciais a partir da Revolução Industrial

Antes do século XVIII não se conhecia outro meio de produção que não fosse o artesanal. Foi depois da metade desse século, a partir da Revolução Industrial, que sobrevieram mudanças tecnológicas impactantes no processo produtivo, as quais influenciaram, sobremaneira, as esferas econômica e social. Esse processo se iniciou na Inglaterra e expandiu-se pelo mundo com o passar dos tempos. De forma simplificada, pode-se estudá-lo a partir da divisão em três períodos denominados primeira, segunda e terceira revolução industrial.

A primeira Revolução Industrial ocorreu na Inglaterra no final do século XVIII e logo mais atingiu países como a Alemanha, França, Rússia e Estados Unidos. Foi marcada por duas grandes invenções a partir da descoberta do carvão como fonte de energia: a máquina a vapor e a locomotiva, que foram responsáveis pela circulação de matéria-prima, pessoas e mercadorias. Intensificou-se a forma de produção (denominada produção em série ou fenômeno conhecido como *standartização* da produção) e industrializaram-se produtos em grande quantidade para destinatários não identificados. Muitos deixaram o campo para trabalhar nas indústrias das cidades, provocando expressivo crescimento nos centros urbanos. Assim tem início o sistema capitalista.²⁴²

Na segunda metade do século XIX inicia-se a segunda Revolução Industrial, marcada pela necessidade crescente de novas tecnologias para a ampliação dos lucros. Além do surgimento da figura do intermediário entre o produtor e o adquirente, nascem a energia elétrica, o motor à explosão, os corantes sintéticos e o telégrafo, que permitiram a exploração de novos mercados e a aceleração da industrialização. A ciência se volta à busca de novas tecnologias que reduzam custos e aumentem a produção. Também a descoberta da lâmpada incandescente ocorre neste período, no ano de 1.879, marcando a sociedade ao modificar a forma

²⁴² LIMA, Adamastor. **Introdução ao direito comercial**. 2. ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 49-53.

de iluminação nos grandes centros urbanos e nas indústrias da época.²⁴³

O petróleo mostrou-se útil com a invenção do motor à combustão, e outros minérios começaram a ser utilizados como matéria-prima, como ocorreu com o aço e o alumínio. Também durante o século XIX construíram-se muitas estradas de ferro, o que aumentou esse ramo de transporte e a contratação de trabalhadores para a sua operacionalização.²⁴⁴

Já no século XX, mas ainda nesta segunda fase da Revolução Industrial, novos aspectos do capitalismo surgem com o industriário Henry Ford e o engenheiro Frederick Winslow, que incentivaram a criação de métodos de produção aperfeiçoados, permitindo uma redução do tempo e o aumento da eficiência do processo produtivo.

Com todas essas inovações, o processo de produção foi dinamizado e as indústrias aumentaram significativamente os seus lucros, intensificando ainda mais a evolução do sistema capitalista. Com a massificação da produção e da distribuição de bens de consumo, mudaram os hábitos da sociedade e dos próprios trabalhadores, que mais bem pagos, começaram a consumir os produtos que eles mesmos produziam.

Essa nova forma de produção, muito mais intensa do que a do início da Revolução Industrial, suscitou planejamento por parte do empresariado, o que exigiu, por sua vez, a elaboração de modelos contratuais com as mesmas características da produção: desenvolvidos unilateralmente e com disposições padrões para todos aqueles que consumiam os bens produzidos. Da mesma maneira que a produção, os contratos passaram a ser de massa.²⁴⁵

No Brasil, o processo de industrialização iniciou-se depois da crise de 1.929 e surgiu, efetivamente, a partir da segunda metade do século XX, especialmente no sudeste do país. Antes disso, o café tinha grande importância para a economia do país, pois era o único produto de exportação. Após a crise, muitos cafeicultores faliram e investiram em novas alternativas produtivas, fazendo com que toda a estrutura utilizada para o café se voltasse para a indústria. No início, a produção ainda se limitava ao uso de pouca tecnologia, aplicada no setor têxtil e alimentício,

²⁴³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

²⁴⁴ LIMA, A. *Op. cit.* p. 53-54.

²⁴⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4.

além de fábricas de sabão e velas.²⁴⁶

A intensificação da indústria brasileira ocorreu após o crescimento acelerado dos centros urbanos, com o êxodo rural decorrente da falência do café, principalmente porque, com esta migração, o consumo aumentou e mostrou-se necessária a produção de bens para suprir as necessidades da população.

Também contribuíram para a intensificação da industrialização o uso das ferrovias e dos portos, antes utilizados para a comercialização do café, bem como a abundante quantidade de mão-de-obra estrangeira, sobretudo dos imigrantes italianos que, anteriormente à crise, trabalhavam no campo. O Estado, por sua vez, realizou elevados investimentos nas indústrias de base e infra-estrutura, como ferrovias, rodovias, portos, energia elétrica entre outros.

Além disso, com a Europa devastada pela Segunda Guerra, o Brasil incrementou o seu parque industrial a fim de exportar produtos necessários para o mundo. E, mais ou menos no mesmo período, com a vinda de indústrias estrangeiras, como as automobilísticas, farmacêuticas e químicas, o país se consagra centro industrial e urbano, deixando de ser um produtor essencialmente primário.²⁴⁷

A partir da globalização da economia e da informatização ocorrida nos últimos anos, o mundo vive a Terceira Revolução Industrial. A rápida integração econômica, a informática e a tecnologia nuclear são as conquistas deste período.²⁴⁸

Diante de tudo isso, é inquestionável que todas essas inovações tecnológicas trouxeram conforto à sociedade, mas também aspectos negativos surgiram, como os problemas ambientais, a violência urbana e a marginalização e exclusão de indivíduos, consequência da globalização e da industrialização e vida em massa.

O direito, frente a esse processo evolutivo da economia, passou por dificuldades de diversas ordens. No início se mostrou completamente incapaz de dar respostas às questões sociais de direito privado. Na segunda fase da revolução, essas questões se agravaram, com a intensificação do conflito entre os mais fortes e os mais fracos, mormente aqueles envolvendo os destinatários dos bens de consumo. Com a terceira revolução industrial e a globalização da economia, o direito

²⁴⁶ LIMA, A. *Op. cit.* p. 54-56.

²⁴⁷ *Ibidem.*, p. 58.

²⁴⁸ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 39.

também se mostrou incapaz de responder às questões culturais envolvendo o desenvolvimento econômico à nível de mundo.²⁴⁹

Note-se que com a Terceira Revolução Industrial e o surgimento da era virtual, a fragilidade do consumidor aumentou significativamente, como elucida Claudia Lima Marques: [...] *o mundo virtual modificou os hábitos de consumo, mudou o tempo de consumo, agilizou as informações e expandiu as possibilidades de publicidade, agravando os conflitos de consumo e a própria vulnerabilidade informacional, técnica e jurídica do consumidor.*²⁵⁰

Por isso a relevância da análise do tratamento que o direito confere contemporaneamente ao consumidor dos bens produzidos pelo mercado, principalmente quando vítima desse processo produtivo, pois é para este que se volta o mercado, sempre de forma agressiva na busca de lucros e resultados.

3.1.2 O Estado Constitucional frente ao mercado e à economia

O Estado, durante esses mais de trezentos anos de evolução tecnológica, atuou de formas diversas em relação à economia, ora regulando e intervindo no mercado, ora abstendo-se e deixando o mesmo à sua própria regulação.

A concepção liberal clássica reconhecia na concorrência o poder regulador do mercado, visto que esta, como mesmo dizia Adam Smith, funcionava como mão invisível que faz a regulação dos mecanismos da economia naturalmente.²⁵¹

No século XX, já durante a segunda Revolução Industrial, o Estado Constitucional intentou a apropriação do econômico pelo político, no intuito de recuperar a tradição contra a pretensão do capitalismo do século XIX de silenciar o político. As constituições do pós-guerra conferiram aos Estados os instrumentos e a competência de regular a economia, bem como pretendiam tornar compatível o desenvolvimento econômico com uma ordem social justa, cujas conotações constitucionais definiam-se antes mesmo da competição concreta das forças econômicas.²⁵²

A premissa é a seguinte: se direitos fundamentais foram assegurados pelas

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ Idem.

²⁵¹ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de: LIMA, Maria Teresa de Lemos. Juruá: Curitiba, 2006.

²⁵² ZAGREBELSKI, G. *Op. Cit.*, p. 101-102.

constituições, sua realização deve ser preocupação, por isso regular o mercado, para garantir o respeito aos direitos fundamentais do homem, a fim de que mercado e homem convivam em harmonia.

Essa regulação, que se pretendeu a nível de mundo, contudo, não impediu o reconhecimento do mercado e da autonomia do econômico, tanto que as referidas constituições garantem a propriedade privada, a livre iniciativa, a liberdade contratual etc.²⁵³ O que difere, nas palavras de Gustavo Zagrebelski, é que o econômico não pode ser o único objetivo, como ocorria anteriormente, não apenas porque é incapaz de se autoregular totalmente, mas também porque o desenvolvimento econômico não considera outros valores que devem ser somados aos seus para a formação de um sistema justo.²⁵⁴

Nas palavras de Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, [...] *a nova economia de mercado depende essencialmente da regulação pública não somente para assegurar o funcionamento do próprio mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante.*²⁵⁵

É o que denominam, ao lado da necessária cultura da concorrência, de valorização da cultura da regulação, na atualidade muito mais desenvolvida pelas agências reguladoras específicas do que diretamente pela atividade estatal.²⁵⁶

Também nesse sentido, pela regulação, Claudia Lima Marques: [...] *para realizar a igualdade, como ideal de justo, o direito privado necessita de um pouco de imperium ou da intervenção do Estado, típica do direito público, de hierarquia de suas normas (normas de ordem pública) e da força igualizadora dos direitos humanos.*²⁵⁷

²⁵³ Na realidade, primeiramente houve uma forte intervenção direta e regulação estatal na economia e depois, nas últimas duas décadas, o regresso ao paradigma da economia de mercado, que não significou, contudo, o regresso ao *laissez-faire* e ao antigo capitalismo liberal, mas um reforço geral na atividade reguladora do Estado por cinco razões: para garantir os próprios mecanismos do mercado e da concorrência, para tratar dos limites e falhas do mercado (situações de funcionamento anormal do mercado), para cuidar das externalidades negativas do funcionamento da economia (como os custos sociais e os danos ambientais, por exemplo), para proteger os consumidores na sua relação desigual com os fornecedores e, por fim, para assegurar as obrigações de serviço público depois das privatizações e o afastamentos dos antigos exclusivos ou monopólios públicos (MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão visível: mercado e regulação.** Coimbra: Almedina, 2003.p. 13-14).

²⁵⁴ Para o mesmo, exatamente por isso que na definição de Estado Social de Direito se expressa uma dupla caracterização de regulação constitucional: de uma lado a garantia do econômico, de outro a valoração de exigências de justiça, seja mediante a proteção de direitos, seja mediante a afirmação imediata das necessidades objetivas de alcance geral (ZAGREBELSKI, G. *Op. Cit.*, p. 102).

²⁵⁵ MARQUES, M. M. L.; MOREIRA, V. *Op. cit.* p. 15.

²⁵⁶ *Ibidem.*, p. 14-15.

²⁵⁷ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 35.

Antonio Lirosi, a partir de uma análise do novo quadro político institucional da Comunidade Européia, reconhece que:

A globalização dos mercados, os processos de liberalização, o desenvolvimento da sociedade, a introdução do Euro e a plena realização da união econômica e monetária são fatores *macro* que hoje determinam a exigência de reforçar a política para os consumidores e de criar mecanismos de regulação que girem em torno da figura e dos interesses dos consumidores.²⁵⁸

Fica claro, portanto, que a igualdade formal, característica do liberalismo, não mais prevalece. O Estado intervém na busca da igualdade material que, para ser alcançada, depende da limitação da liberdade de alguns, de postura firme em prol de um mercado mais solidário e da garantia de direitos imperativos ou indisponíveis aos mais fracos (que são de ordem pública, por isso, não disponíveis pela vontade das partes).²⁵⁹

Ademais, na sociedade contemporânea a pretensão do mercado ultrapassa o mero consumo de bens necessários, instiga-se o consumo desenfreado de coisas desnecessárias. O consumidor é levado a consumir cada vez mais e de maneira desproporcional às suas reais necessidades, há uma insatisfação permanente, que é o que faz o mercado girar em favor de si mesmo. Cultua-se o novo, que rapidamente se torna descartável e é substituído por outro novo.²⁶⁰

E o comportamento adotado pelo consumidor, sujeito principal da sociedade de consumo, é imposto pelo próprio mercado que produz os bens de consumo, todos os destinatários dos produtos e serviços participam do jogo do mercado, mesmo que inconscientemente. Ou o indivíduo participa da sociedade de consumo, ou está fora da sociedade.

Assim, não há que se falar em liberdade do consumidor, este é induzido e persuadido constantemente pelo mercado. Não se vislumbra o aludido destinatário

²⁵⁸ ISTITUTO PER LO STUDIO E LA DIFFUSIONE DELL' ARBITRATO E DEL DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE (ISDACI). Collana di diritto e prassi degli scambi internazionali diretta da Ugo Draetta e Cesare Vaccà. n. 12. **Consumatori, contratti, conflittualità: diritti individuali, interessi diffusi, mezzi di tutela.** Milano: Edizioni giuridiche economiche aziendali dell' Università Bocconi e Giuffrè Editori, [2000?]. p. 19.

²⁵⁹ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 35.

²⁶⁰ Segundo Ricardo Henrique Weber: *A obsolescência cria a cultura do descarte de produtos, o que fomenta a produção massificada e desenfreada de coisas desnecessárias. Ela foi engendrada pelo mercado no intuito de garantir-lhe lucratividade cada vez maior. A obsolescência é planejada pelo mercado para que as mercadorias se tornem inúteis no menor tempo possível, considerado o ciclo da aquisição, uso e descarte. O que fará o consumidor adquirir novas mercadorias e continuar, assim, a participar do jogo imposto pelos detentores do capital* (WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas.** 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009).

dos bens de consumo como um sujeito livre, embora seja o centro da sociedade de consumo, seu principal agente, ele é a parte mais fraca e vulnerável.²⁶¹

Afinal, nem sempre ele pode, de fato, fazer escolhas, é o mercado que diz o que se consome, ou, o que é ainda pior, muitas vezes nem sequer tem o poder de adquirir o que é necessário para suas necessidades básicas. Quem age nessas condições, obviamente, não exerce uma ação livre.

Por esse motivo, o Estado pode e deve intervir, tanto na produção como na distribuição dos bens, a fim de assegurar um mínimo de liberdade e garantir a distribuição de bens essenciais às pessoas quando estas não têm poder para a aquisição (controle na distribuição de produtos essenciais, controle de preços, garantia de acesso a serviços públicos etc.).²⁶²

Outrossim, desde o início das inovações tecnológicas, a partir da produção e do consumo em massa, que a violação dos direitos do consumidor é frequente e banalizada pelo mercado. Por isso, somente com a atuação estatal, em diversos sentidos, que se pode alcançar o equilíbrio nessas relações tão desiguais.

A dignidade da pessoa humana²⁶³ não deve ser apenas um valor disposto no papel. Tudo isso é necessário para que a dignidade do agente econômico mais fraco seja assegurada faticamente. O papel do consumidor na sociedade e na economia é fundamental, mas a sua proteção é mais fundamental ainda e deve ser reconhecida pelo mercado e efetivada pelo Estado.

3.1.3 A proteção do consumidor

Dentre os interesses públicos e sociais relevantes que justificam a regulação e intervenção estatal na economia está a proteção do consumidor. Não é fácil delimitar, entretanto, quando esta surgiu.

²⁶¹ Aquele que era considerado o centro, o *rei* do mercado, perdeu a centralidade, desconstruíram e manipularam sua vontade (ou desejos), sua liberdade de consumo é mera ilusão, este consumidor ideal tornou-se mero símbolo, a ser usado como metáfora de linguagem, no imaginário e no jogo coletivo e paradoxal do mercado de consumo e de marketing globalizado dos dias de hoje (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 38). O uso da expressão *rei do mercado*, característica do liberalismo econômico, devia-se à faculdade do consumidor livremente escolher o produto que desejasse entre os vários concorrentes (SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 5. ed. rev., e ampl. São Paulo: LTr, 2002. p. 53).

²⁶² NUNES, R. *Op. cit.* p. 27-28.

²⁶³ *É ela, a dignidade, o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional* (Ibidem., p. 24).

Sabe-se que desde os tempos mais antigos havia troca ou venda de mercadorias. Na Roma Antiga o direito regulava essas relações, assegurando ao adquirente da coisa com defeito oculto as ações redibitória e *quanti minoris*. No governo de Justiniano, o vendedor tinha a obrigação de ressarcir o comprador pelos prejuízos decorrentes de eventuais vícios da coisa, ainda que não conhecidos por ele.²⁶⁴

Há quem afirme, entretanto, que a preocupação com o consumidor surgiu apenas com a sociologia do fim do século XIX e há pouco foi sendo fortalecida, principalmente nas décadas de 60 e 70 do século XX.²⁶⁵

Nos Estados Unidos, país centro do capitalismo contemporâneo, a Lei Sherman de 1.890 - lei antitruste americana - já havia iniciado a proteção do consumidor. Mas a consciência social e cultural em relação à necessidade de sua proteção surgiu somente a partir de 1.960, especialmente com o aparecimento das associações de consumidores de Ralf Nader.²⁶⁶

Em 1.962, depois de um discurso proferido por John F. Kennedy tratando de direitos do consumidor, que lançou-se o tema e a sua necessidade de discussão ao mundo. Na ocasião, o Presidente dos Estados Unidos considerou esses direitos como o novo desafio do mercado, pois todos adquirem o *status* de consumidor em algum momento da vida.²⁶⁷

Em 17 de maio de 1.973 a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, por meio da Resolução n.º 543, aprova a Carta de Proteção do Consumidor. Nesse documento foi definido o conceito de consumidor (a pessoa física ou jurídica para a qual são fornecidos bens ou prestados serviços para uso privado) e manifesta a preocupação em relação aos danos causados ao mesmo por produtos perigosos. A carta também recomenda a criação de associações de empresários para a formulação de um código de práticas comerciais, o qual deveria ser submetido à aprovação das organizações nacionais de consumidores.

Dois anos depois, em 14 de abril de 1.975, o Conselho da Comunidade Econômica Europeia aprova um programa de política de proteção e de informação dos consumidores que, embora em caráter preliminar, elucida cinco categorias de direitos fundamentais dos consumidores: direito à proteção da saúde e da

²⁶⁴ Idem.

²⁶⁵ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 25.

²⁶⁶ NUNES, R. *Op. cit.* p. 2.

²⁶⁷ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 26.

segurança, direito à proteção dos interesses econômicos, direito à reparação dos prejuízos, direito à informação e à educação e direito à representação.

Um segundo programa foi aprovado em 18 de maio de 1.981. Este manteve os objetivos já estabelecidos no primeiro programa, apenas alterou diretrizes de caráter operacional.

Mais tarde, em 1.985, a Organização das Nações Unidas cria a Diretiva da Comunidade Econômica Europeia – CEE, que estabeleceu diretrizes para a proteção do consumidor e reconheceu que o direito do consumidor é um direito humano de nova geração, um direito social e econômico do mais fraco em face dos poderosos agentes produtores da economia. Típico das sociedades capitalistas, esse novo ramo do direito visa à compensação dos riscos do progresso por meio de uma legislação protetiva e específica.²⁶⁸

Considerando-se todo o histórico do desenvolvimento econômico, a preocupação em relação aos consumidores tardou, mas chegou. Mundialmente há uma tendência de proteção do consumidor dentro do sistema capitalista, pois este, ao mesmo tempo em que se mostra beneficiário da economia, pois usufruiu dos bens produzidos, constitui-se vítima do mercado capitalista.

No Brasil, onde o processo de industrialização teve início efetivo a partir da década de 30 do século passado, o direito do consumidor não demorou tornar-se preocupação, se comparado com o desenvolvimento da economia em nível mundial. Ele nasce efetivamente em 1.988, com a promulgação da Constituição Cidadã.

Antes disso, entretanto, já existiam relações de consumo, mas pode-se dizer que estas não eram reconhecidas como tal, e o sujeito que consumia não era visto como consumidor, a depender da relação em que estava envolvido, era considerado contratante, comprador, cliente, mutuário etc.

Contudo, isso não significa que esse sujeito não recebia proteção da lei antes de 1.988, pelo contrário, a legislação brasileira conferia alguma proteção, ainda que limitada, tímida e específica para determinadas relações.²⁶⁹

No Livro V das Ordenações Filipinas, por exemplo, estava prevista pena de morte para a pessoa que falsificasse qualquer mercadoria cuja falsificação valesse

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Tupinambá Nascimento adverte para o equívoco de se pensar que a necessidade de proteção concentrada e específica ao consumidor só apareceu em 1.988, pelo contrário, a legislação anterior representava alguma proteção, ainda que não fosse ampla e global do consumidor (NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. **Comentários ao código do consumidor (Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990)**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 11-12).

um marco de prata. Também estava prevista pena de morte para aquele que pesasse ou medisse falsamente mercadoria, se esta falsidade valesse um marco de prata; caso valesse menos, a pena era de degradação do Brasil.

No Código Comercial de 1.850 e no Código Civil de 1.916, todavia, não foi prevista nenhuma proteção específica, embora já fossem reconhecidos alguns direitos de natureza consumerista, como a previsão do art. 631 do Código Comercial, que assegurava direitos aos passageiros de embarcações no caso de interrupção da viagem depois de começada, por demora de conserto de navio, situação que permitia que o passageiro tomasse passagem em outro navio, pagando o preço correspondente à viagem feita, ou aguardasse o conserto, ocasião em que o capitão não estaria obrigado ao seu sustento, salvo se não houvesse outro navio em que comodamente se pudesse transportar, ou o preço da nova passagem excedesse o da primeira, na proporção da viagem andada.

Cite-se, como exemplo, também o art. 1.245 do Código Civil de 1.916 que previa a responsabilidade do empreiteiro de materiais e execução, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, tanto em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra.

Já em 1.951, foi aprovada a lei dos crimes contra a economia popular – Lei n.º 1.521/51 -, que se volta à proteção do consumidor na maioria dos seus preceitos, como o art. 2.º que previa pena de seis meses a dois anos de detenção e multa no caso de exposição e venda de mercadorias ou produto alimentício fabricado em desatendimento a determinações oficiais quanto ao peso e composição, de fraude de pesos ou medidas padronizadas em lei ou regulamentos etc.

Em seguida, a Lei Delegada n.º 4 de 26 de setembro de 1.962, que vigorou até 1.998, previa a intervenção da União no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, estabelecendo ilícitos administrativos e cominando sanções. Como exemplo, o art. 11, que reconhecia infrações administrativas os atos de produzir, expor ou vender mercadorias cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição, transgridam determinações legais, ou não correspondam à respectiva classificação oficial ou real, efetuar vendas ou ofertas de venda, e compras ou ofertas de compra que incluam, sob qualquer forma, uma prestação oculta, subordinar a venda de um produto à compra simultânea de outros produtos ou à compra de uma quantidade

imposta.

O ano de 1.976 também foi importante para os avanços da proteção do consumidor, pois foi criado pelo Governo do Estado de São Paulo o primeiro órgão público de proteção ao consumidor, denominado Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, conhecido como Procon.

Também nessa década foram promulgadas e implementadas normas direcionadas aos segmentos de alimentos (Decreto-Lei n.º 986/69), saúde (Decreto-Lei n.º 211/70) e habitação (Leis n.º 6.649/79 e n.º 6.676/79).

Não se pode ignorar, entretanto, que ao mesmo tempo em que o país rumava para social, ao tentar superar a contradição existente entre a igualdade política e a desigualdade social, também seguia por um caminho inverso, como ocorreu na década de 70, com o ingresso das teses orientadas pelo empresariado na política governamental, como a adoção de medidas prejudiciais à classe trabalhadora, o desrespeito aos contratos e aos direitos dos mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, dos poupadores, dos pensionistas da previdência privada etc.²⁷⁰

Mais tarde, com a redemocratização do país em 1.985, foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC) junto ao Ministério da Justiça, na mesma data em que foi aprovada a Lei n.º 7.347 que disciplinou a ação civil pública, um grande avanço para a proteção do consumidor, pois previu ação de responsabilidade no caso de dano coletivo aos consumidores. Esse mesmo Conselho foi responsável por reunir o grupo de especialistas que apresentou o Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor.²⁷¹

Nota-se, portanto, que a legislação brasileira, mesmo que indiretamente, reconhecia a necessidade de proteção do consumidor de bens de consumo.

Mas foi com a promulgação da Constituição de 1.988 que a proteção do consumidor veio à tona com força e grandes pretensões. A partir desse diploma pode-se dizer que foi criado o *status consumido*²⁷² e que tem origem a sua codificação tutelar: a defesa do consumidor foi reconhecida como direito

²⁷⁰ Ibidem., p. 60.

²⁷¹ Este grupo foi formado pelos professores Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Kazuo Watanabe e Zelmo Denari, pelos membros do Ministério Público de São Paulo Daniel Fink e José Geraldo Filomeno, e como assessores Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodré, Mariângela Sarrubo, Regis Rodrigues Bonvicino e Nelson Nery Junior (GRINOVER, A. P. *et al. Op. cit.* p. 1)

²⁷² Não se trata de um *status* transitório, vez que todos são permanentemente consumidores de produtos e serviços.

fundamental (art. 5.º, XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, V).

Além disso, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veiculou a obrigação do Congresso Nacional elaborar um Código para a defesa e proteção do consumidor no prazo de cento e vinte dias a contar da data de promulgação da Constituição.

É uma tendência que se nota com a constitucionalização do direito privado. O marco divisor de águas, sem dúvida, é a Carta de 1.988, que permitiu a reconstrução de um direito privado mais social e preocupado com os vulneráveis, no caso, o consumidor. Um direito privado solidário que parte da comparação entre os agentes econômicos para constatar que há uma diferença significativa entre fornecedor e consumidor na relação de consumo.

Nas palavras de Claudia Lima Marques, [...] *o direito privado sofre hoje uma influência direta da Constituição, da nova ordem pública por ela imposta, e muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm uma relevância jurídica nova e um conseqüente controle estatal, que já foi chamado de “publicização do direito privado.”*²⁷³

E não se trata, apenas, de reconhecer a proteção do consumidor como direito fundamental, ela também é princípio geral da ordem econômica, no intuito de compatibilizar a tutela do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, o que é essencial.²⁷⁴

Lembrando, ainda, que a consagração da defesa do consumidor como princípio fundamental da ordem econômica determina a sua função de princípio conformador da ordem econômica, no sentido de intervir e promover a observância dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e como princípio.²⁷⁵

Em 1.990, não obstante a determinação do ADCT em relação ao prazo, foi aprovado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078 de 11 de setembro de 1.990), que começou a vigorar em 1.991.²⁷⁶

²⁷³ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 29.

²⁷⁴ GRINOVER, A. P. *et al. Op. cit.* p. 18.

²⁷⁵ Este é o entendimento de Bruno Miragem (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 110-132, jul./set. 2002. p. 129-131).

²⁷⁶ Os autores do anteprojeto foram influenciados, principalmente, pelo *Projet de Code de la Consommation*, regidido sob a presidência do professor Jean Calais-Auloy, da França, e também pelas legislações de proteção ao consumidor da Espanha (1.984), de Portugal (1.981), do México (1.976) e do Québec (1979), pela Diretiva européia 84/540 no tocante à publicidade, fato do produto e vendas, pelas leis norte americanas e pelos direitos alemão e português na parte que trata de cláusulas abusivas (GRINOVER, A. P. *et al. Op. cit.* p. 10).

Com a criação desse diploma, a proteção do consumidor passa a ser específica, ou seja, há uma lei especial para tratar do tema, com vistas à aplicação global, a fim de resguardar os direitos de todos aqueles que consomem.

Diz-se que é um código especial formalmente, pois nasceu como garantia fundamental, o que lhe confere maior força e estabilidade normativa, já que os direitos fundamentais são cláusulas pétreas.²⁷⁷

Afirma-se que é uma lei de função social, pois impõe novas noções valorativas que devem orientar a sociedade, positivando uma série de direitos em prol de determinados indivíduos e impondo uma série de novos deveres a outros, os quais, por sua profissão ou benefícios, devem suportar esses riscos.²⁷⁸ [...] *São leis, portanto, que nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas.*²⁷⁹

A ideia do Código é alcançar o reequilíbrio da relação de consumo, pois, como afirmam Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman Benjamin: *Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma ratio, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo práticas de mercado.*²⁸⁰

Para Rizzatto Nunes, os professores que elaboraram o texto do projeto de lei apresentado pelo Deputado Geraldo Alckmin incluíram no código o que de mais moderno existe para a proteção do consumidor, de maneira que a lei brasileira inspirou a elaboração das leis argentina, paraguaia, uruguaia e de alguns países europeus.²⁸¹

E rompendo com a perspectiva individualista do direito privado, o código reafirmou o direito do consumidor em seu aspecto coletivo, como já estava previsto na lei da ação civil pública, o que foi de extrema importância para a efetiva tutela do consumidor no contexto atual, pois, em muitas ocasiões, não é o consumidor individual ameaçado ou afetado pela prática comercial. Trata-se de uma coletividade ameaçada ou lesionada enquanto consumidora de bens de consumo. A legislação assim evoluiu, não apenas para proteger o consumidor na sua esfera particular, mas

²⁷⁷ NASCIMENTO, T. *Op. cit.* p. 14-15.

²⁷⁸ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 47; 57.

²⁷⁹ *Ibidem.*, p. 57.

²⁸⁰ GRINOVER, A. P. *et al.* *Op. cit.* p. 7.

²⁸¹ NUNES, R. *Op. cit.* p. 3.

para assegurar a sociedade consumidora como um todo.

Também foi a primeira lei brasileira a tratar do contrato de adesão, aquele contrato formulado a partir da produção em massa. [...] *Ele é de adesão por uma característica evidente e lógica: o consumidor só pode aderir. Ele não discute cláusula alguma.*²⁸²

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, mesmo se tratando de um contrato firmado entre partes em patamar diverso de igualdade, sem livremente discutirem as cláusulas contratuais, aplicava-se o Código Civil de 1.916 às ditas relações, diploma privatista que determinava o respeito à *pacta sunt servanda*. Pressupunha-se, falsamente, que o elemento subjetivo volitivo era livre e manifesto pelas partes em igualdade de condições. O avanço, portanto, foi significativo.

Outras novidades do Código foram a formulação de um conceito amplo de fornecedor, o elenco de direitos básicos e instrumentos de implementação para a defesa do consumidor, a proteção contra todos os tipos de vícios (de qualidade por inadequação e por insegurança), a melhora nos prazos decadenciais em relação Código Civil, a ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, a facilitação do acesso à Justiça etc.

Note-se que o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor limita-se às relações de consumo, que são definidas conforme os sujeitos que nela estão envolvidos. Num dos pólos deve encontrar-se o fornecedor, a parte mais forte, e noutro, o consumidor, a parte vulnerável. Por isso é preciso saber quem pode ser considerado consumidor e quem pode ser considerado fornecedor. Essas definições exigem, num primeiro momento, analisar o que o próprio Código de Defesa do Consumidor estabelece e, em seguida, qual a interpretação que doutrina e jurisprudência dão aos conceitos legais.

A definição de consumidor, segundo o art. 2.º caput, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Nossa doutrina e jurisprudência interpretam a expressão destinatária final restritamente (adotam a teoria finalista), de maneira que é consumidor somente aquele que é destinatário final fático e econômico do produto ou serviço, ou seja, não basta retirar o produto ou serviço do mercado, é preciso não o recolocar na cadeia de produção

²⁸² Ibidem., p. 4.

e, por consequência, não auferir lucro com o mesmo. Assim, exclui-se o consumidor intermediário, que para a teoria contrária (teoria maximalista) seria também consumidor.

Percebe-se, portanto, que pode ser consumidor também a pessoa jurídica, desde que seja destinatária final (fática e econômica) do produto ou serviço e seja vulnerável, pois a vulnerabilidade é o elemento principal da relação de consumo.²⁸³

Fala-se em *vulnerabilidade técnica*²⁸⁴ quando falta ao consumidor conhecimento específico acerca do produto ou serviço; *vulnerabilidade fática ou econômica*,²⁸⁵ a depender da situação econômica do consumidor em relação ao fornecedor;²⁸⁶ *vulnerabilidade jurídica ou científica*,²⁸⁷ quando falta conhecimento jurídico, contábil ou econômico, que comprometa a compreensão das cláusulas e condições do contrato pelo consumidor; e *vulnerabilidade informacional*, que pode se considerar a vulnerabilidade intrínseca do consumidor, pois é com a informação detida pelo fornecedor que se encontra o poder, e sua falta implica desequilíbrio nas relações de consumo, noção que já estaria englobada na noção de vulnerabilidade técnica.²⁸⁸

Existem também, além desse consumidor *strictu sensu*, os denominados consumidores equiparados, que são a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do art. 2.º), todas as vítimas do fato do serviço ou do produto (art. 17) e todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas e bancos de dados e cadastros

²⁸³ Sobre o assunto, ver Resp n.º 476.428-SC.

²⁸⁴ No sistema do Código de Defesa do Consumidor, ela é presumida para o consumidor não profissional e pode estender-se, também, a depender do caso *in concreto*, ao consumidor profissional (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 74).

²⁸⁵ Com a vulnerabilidade fática relaciona-se a proibição de cláusula de eleição de foro em desfavor do consumidor e seu conhecimento de ofício pelo juiz (art. 112, parágrafo único do Código de Processo Civil) e a previsão de foro privilegiado (art. 101, inciso I do Código de Defesa do Consumidor).

²⁸⁶ Sérgio Cruz Arenhart ressalta que ao fornecedor pode ser imposto o dever de pagar as despesas com a prova pericial em razão do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo. Trata-se, exclusivamente, de alteração do regime das despesas processuais e não de inversão do ônus da prova (ARENHART, 2005, p. 108).

²⁸⁷ Esta hipossuficiência também é presumida para o consumidor não profissional e pessoa física. Para os profissionais e as pessoas jurídicas o entendimento é inverso, presume-se que tenham conhecimentos mínimos ou condições de consultar profissional habilitado (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 74).

²⁸⁸ Esta forma de hipossuficiência está englobada na vulnerabilidade técnica, mas é considerada em apartado, pois constitui-se característica ínsita da sociedade atual. Daí que se afirma que esta vulnerabilidade deve ser presumida e imposto ao fornecedor o ônus da compensação deste risco social (*Ibidem.*, p. 77).

de consumidores (art. 29).

A destinação do produto ou serviço não interessa aqui, fala-se apenas em vulnerabilidade, e é comum que esses consumidores equiparados se encontrem numa posição vulnerável.

Em relação ao fornecedor, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3.º).

A expressão fornecedor é gênero do qual são espécies o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante. Mais adiante se notará que a lei, quando faz menção a fornecedor, quer a responsabilização de todos - do fabricante, do produtor, do construtor, do importador e do comerciante. Do contrário, está a designar um ente específico.²⁸⁹

Há uma diferença, entretanto, segundo o próprio Código, entre aquele que é fornecedor de produtos e aquele que é fornecedor de serviços: o primeiro precisa desenvolver a atividade profissionalmente e sua prática deve ser habitual, o segundo, desenvolver atividade de prestação de serviço mediante remuneração e com habitualidade. A remuneração referida, por sua vez, pode ser direta ou indireta, vez que, mesmo com a prestação de serviços gratuitos, o fornecedor recebe indiretamente alguma remuneração, que pode ser custeada pela coletividade ou percebida na forma de benefícios, como o marketing.

Determinado o que é uma relação de consumo a partir da definição dos sujeitos que dela fazem parte e a partir de normas que visam proteger o consumidor, polo vulnerável dessa relação, o Estado regula a economia para não deixar ditas relações exclusivamente nas mãos do mercado, pois, como se viu, a intervenção Estatal na economia é fundamental.

Importante ressaltar que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor optou por concentrar-se no sujeito de direito, no caso, o consumidor, e não nos atos de consumo. Ele [...] *visa proteger este sujeito identificado constitucionalmente como vulnerável e especial, sistematiza suas normas a partir dessa idéia básica de proteção de apenas um sujeito "diferente" da sociedade de consumo: o*

²⁸⁹ NUNES, R. *Op. cit.* p. 90.

consumidor.²⁹⁰

No caso da proteção e defesa do consumidor, o Estado intervém não apenas com o ato de legislar, mas também quando põe em prática as disposições pertinentes, fiscalizando, orientando e disciplinando o mercado de consumo, quando pune os agentes econômicos em caso de irregularidades e abusos, quando incentiva a criação de associações ou a própria economia ao atuar no mercado para garantir padrões de qualidade, durabilidade, desempenho e segurança aos produtos e serviços, e quando soluciona conflitos envolvendo relação de consumo, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial.²⁹¹

A intervenção no mercado, portanto, pode se dar através de qualquer um dos três poderes. O que importa é buscar a proteção do consumidor, seja na esfera que for.

Para uma melhor proteção se estabeleceu uma Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4.º), desenvolvida pelo Estado a fim de resguardar o desenvolvimento da economia sem prejuízo do consumidor.²⁹² Em linhas gerais, essa política tem por fim [...] *harmonizar, no mercado de consumo, a participação equilibrada de fornecedores e consumidores, tornando possível a realização de uma ordem econômica mais justa, com desenvolvimento tecnológico e econômico, sem*

²⁹⁰ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 94.

²⁹¹ NASCIMENTO, T. *Op. cit.* p. 17.

²⁹² Segundo Claudia Lima Marques, o art. 4.º, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo, é um dos dispositivos mais citados do Código de Defesa do Consumidor, pois resume todos os direitos do consumidor e sua principiologia. Como uma norma narrativa, serve de guia e inspiração para todas as demais normas do sistema (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 56). Diz o dispositivo “A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios²⁹²: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo”.

*que haja preponderância da parte mais forte, que é o fornecedor.*²⁹³

Para a execução desta política, o art. 5.º menciona que o Poder Público contará com alguns instrumentos, como a manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente, a instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público, a criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo, a criação de Juizados Especiais e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo e a concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

Parece, entretanto, que esses instrumentos não estão apenas à disposição do Estado, mas são deveres do Estado, pois sem os mesmos a implementação prática da defesa do consumidor se mostra impossível.

O equilíbrio do mercado de consumo – fornecedor *versus* consumidor –, buscado pela Política Nacional referida, pressupõe o respeito à livre iniciativa²⁹⁴ e a valorização do trabalho humano, que são os fundamentos da ordem econômica. O consumidor deve ser considerado neste contexto, como um agente inserido na ordem econômica, a qual determina que todos devem ter uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da Constituição).

Portanto, o mercado, que é uma ficção econômica e realidade concreta, não pertence ao empreendedor, é da sociedade e se desenvolve em função dela. O explorador do mercado tem responsabilidade social; o lucro é uma decorrência lógica e natural desse processo, mas não pode ser ilimitado; toda vez que causar dano à sociedade deve ser refreado; os riscos da atividade são do explorador, que não pode repassá-los à sociedade.²⁹⁵

O Código de Defesa do Consumidor cuida de regular o mercado, no intuito de proteger a parte vulnerável que sempre está exposta às práticas do mesmo. Diz-se que é uma codificação parcial, porque é uma microcodificação especial,²⁹⁶

²⁹³ NASCIMENTO, T. *Op. cit.* p. 16.

²⁹⁴ Note-se que a livre iniciativa a que se refere não é ampla, total e ilimitada apenas porque é livre. Trata-se de uma livre iniciativa com respeito aos valores sociais, como diz o texto constitucional de 1.988. [...] *quando se fala em regime capitalista brasileiro, a livre iniciativa sempre gera responsabilidade social. Ela não é ilimitada* (NUNES, R. *Op. cit.* p. 7). O sentido de livre iniciativa significa o direito de escolher tomar seus bens, constituir capital e ir ao mercado desenvolver atividade permitida, correndo por si os riscos do empreendimento (Ibidem., p. 27).

²⁹⁵ Ibidem., p. 55-56.

²⁹⁶ Foi Natalino Irti que, em 1.979, cunhou a expressão *microcodificação* ou *microcódigo*, a fim de designar os novos códigos do final do século XX que, contrariamente aos códigos anteriores, não visam completude, reúnem normas sobre um tema especial, retirando da codificação geral

privilegiadora de um determinado grupo de sujeitos. Não obstante a especialidade, reúne normas de maneira sistemática e organizada.²⁹⁷

Essas normas são aplicadas simultaneamente e coerentemente com o Código Civil²⁹⁸ e com as leis especiais.²⁹⁹ É o que se denomina, na atualidade, de diálogo das fontes, que ocorre sempre sob a ótica constitucional, pois esta é razão unificadora do sistema, além de determinar, dentre os direitos fundamentais, a proteção do consumidor.

Também há esse diálogo na parte processual, por expressa determinação do art. 90 do Código de Defesa de Consumidor que prevê a aplicação das normas do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública às ações previstas no título que trata da defesa do consumidor em juízo, naquilo que não contrariar suas disposições.³⁰⁰

Sobre esse diálogo, afirma Daniel Mitidiero: *O desiderato desse diálogo está em possibilitar um quadro adequado de tutela jurisdicional ao consumidor em juízo,*

determinada matéria, o que se conhece por descodificação (IRTI, Natalino. **L'età della descodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979).

²⁹⁷ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 46.

²⁹⁸ A regra que se aplica à relação entre leis gerais e especiais é a contida no §2.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prevê a revogação da lei anterior somente quando a posterior assim declarar expressamente, quando regular inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior ou quando for com ela incompatível. Logo, se desta forma não ocorrer, não há conflito de leis, é o que ocorre entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Mas hoje, contudo, deve-se buscar harmonia e coordenação entre essas normas para o alcance da finalidade de ambas, e não mais exclusão, como tradicionalmente se faria. A solução sistemática pós-moderna [...] procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. [...] Se a relação é de consumo, aplica-se prioritariamente o CDC, e só subsidiariamente, no que couber e for complementarmente necessário, o CC/2002. Assim, seriam três os diálogos possíveis: *diálogo sistemático de coerência*, quando duas leis são aplicadas simultaneamente e uma serve de base conceitual para a outra; *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade* em antinomia aparente ou real, quando duas leis são aplicadas coordenadamente e uma delas pode complementar a aplicação da outra, a depender do campo de aplicação no caso concreto; *diálogo das influências recíprocas sistemáticas*, como no caso de uma redefinição do campo de aplicação de uma lei (Ibidem., p. 90-94).

²⁹⁹ Entre o Código de Defesa do Consumidor e leis especiais ocorre da mesma forma, deve-se alcançar o diálogo entre as fontes. Cite-se, como exemplo, os diálogos já reconhecidos pela jurisprudência entre o Código de Defesa do Consumidor e as seguintes leis especiais: Lei de incorporações imobiliárias de 1.964 (REsp n.º 238.011-RJ), Código Brasileiro de Aeronáutica de 1.986 e Convenção de Varsóvia (REsp n.º 156.240-SP e REsp n.º 552.553) e, como se viu do resultado da ADIn n.º 2591, que reconheceu a existência de relação de consumo entre instituições financeiras e seus clientes, as leis especiais que disciplinam o sistema financeiro de habitação.

³⁰⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso fala de um sistema de *vasos comunicantes* entre o Código de Processo Civil, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, respeitada a especialidade do último, para um [...] *recíproco aproveitamento, no cabível, dos subsídios processuais próprios de cada um dos regimes* (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em Juízo**. 4 ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 45/2004, o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e as Leis n. 11.187, 11.232 (2005) e 11.276, 11.277, 11.280 (2006). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107).

*incorporando-o ao ambiente destinado à proteção daquele que consome as potencialidades constantes de nosso direito processual comum.*³⁰¹

E uma vez que o Código de Defesa do Consumidor reúne, num único instrumento, todas as normas de proteção ao consumidor, sejam elas de direito privado ou de direito público, o direito do consumidor é considerado uma disciplina transversal.³⁰² Como decorrência dessa interdisciplinaridade e multidisciplinaridade, surge a discussão acerca do ramo a qual pertence o direito do consumidor.

O entendimento prevalente é de que esse direito tem natureza privada porque objetiva tutelar o consumidor, um sujeito privado, nas suas relações particulares com os fornecedores. O fato de o Código de Defesa do Consumidor estabelecer normas de ordem pública e interesse social não descaracteriza esta natureza, pois até mesmo normas tipicamente privadas podem ser indisponíveis.³⁰³

Por fim, é de observar que uma legislação tão avançada em favor do consumidor, como ainda não se tinha visto em nosso país, trouxe alguma dificuldade na compreensão das suas regras. Segundo Rizzato Nunes, os aplicadores do direito foram formados tendo como base uma tradição privatista, completamente inadequada para a compreensão da sociedade de massa atual.³⁰⁴

Não obstante, a nova lei persistiu, foi sendo interpretada e reinterpretada a cada dia, como ocorre até hoje. Os obstáculos, entretanto, não desapareceram por completo, mesmo depois de quase vinte anos ainda se vê alguma dificuldade junto aos aplicadores do direito, principalmente em relação à defesa do consumidor no âmbito coletivo. O que se espera, contudo, é que os novos juristas superem os males da tradição individualista do Estado Liberal e se adaptem às peculiaridades da sociedade de massa, para que a proteção efetiva do consumidor seja uma realidade concreta.

3.1.4 A defesa do consumidor como direito fundamental

As Cartas Constitucionais do mundo ocidental refletem a história, a política e

³⁰¹ MITIDIERO, Daniel. Diálogo das fontes e formas de tutela jurisdicional no Código de Defesa do Consumidor. In.: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano (Coord.). **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55-63. p. 56.

³⁰² BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 25

³⁰³ *Ibidem.*, p. 42-43. Cite-se, também, a tendência argentina mencionada e seguida por Eduardo Gabriel Saad, que considera o direito do consumidor, embora autônomo, parte principal do direito privado patrimonial, cujo caráter é de microsistema (SAAD, E. G. *Op. cit.* p. 42-43).

³⁰⁴ NUNES, R. *Op. cit.* p. 1.

a ideologia dos seus povos, conforme a evolução do pensamento jurídico de cada sociedade. Foi a partir de evoluções e revoluções que o homem passou ao centro do sistema, como um ser que deve ser materialmente igual, livre e digno dentro da sociedade.

A Constituição Federal de 1.988 não só reconhece isso, como também pretende a sua implementação: afirma a dignidade da pessoa humana como um bem intangível e fundamento da República, ao lado da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.^o); bem como objetiva construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.^o).

É essa constituição, denominada por muitos de Constituição Cidadã, que reconhece a defesa do consumidor como um direito fundamental.

Há quem afirme, ainda, como Bruno Miragem, que da perspectiva ontológica o direito do consumidor é um direito humano fundamental, que tutela necessidades humanas a partir do reequilíbrio de uma relação de desigualdade. A pessoa jurídica consumidora, que poderia ser um óbice a este entendimento, não o desnatura, pois, a partir da adoção da teoria finalista, quando consome faz no intuito de viabilizar a satisfação de necessidades propriamente humanas.³⁰⁵

Instituída pelo constituinte originário, a defesa do consumidor é, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, um direito público subjetivo de defesa - o direito de não sofrer interferência estatal - e de proteção - exigem do Estado uma proteção do cidadão contra intervenções de terceiros -, pois não apenas impede o Estado de atuar em prejuízo desses direitos como também exige uma atuação positiva do Estado em favor do consumidor para proteger, tutelar e promover a sua defesa.³⁰⁶ É um direito fundamental eficaz, portanto, nas relações do sujeito com Estado e também nas relações entre particulares, no caso, aquelas relações identificadas como de consumo.

³⁰⁵ MIRAGEM, B. N. B. *Op. cit.* p. 123-124.

³⁰⁶ Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: [...] *O direito do consumidor, por exemplo, pode ser visto como um direito fundamental à proteção. Ou seja, como um direito às prestações normativas capazes de impor condutas e proibir ações para a proteção do consumidor. Do lado dessa espécie de direito de proteção assume relevo, para a efetiva proteção do consumidor, a estruturação de técnicas processuais idôneas à sua efetiva proteção – também idealizadas no CDC* (MARINONI, 2004b, p. 61).

Como direito fundamental de proteção, determina ao Estado atuação compatível na esfera administrativa, prestação jurisdicional efetiva e produção legislativa necessária para a defesa do consumidor, principalmente com o reconhecimento de direitos subjetivos e a previsão de técnicas processuais adequadas para a realização desses direitos, tudo com o intuito de proteger o consumidor nas mais diversas situações.

Note-se que o consumidor não está protegido apenas porque a Constituição prevê a sua defesa como um direito fundamental, mas também porque é um cidadão e, como tal, todos os princípios e regras constitucionais são, simultaneamente, extensivos à sua pessoa, como os direitos previstos no art. 5.º da Constituição, por exemplo.

Com o reconhecimento da proteção do consumidor como direito fundamental tem-se um instrumento garantidor da dignidade e, conseqüentemente, da possibilidade real de livre desenvolvimento da personalidade do consumidor, com base na constatação de que o mercado de consumo não permite um equilíbrio entre fornecedores e consumidores a ponto de inexistir parte vulnerável nessa relação.³⁰⁷

Nas palavras de Rogério Zuel Gomes:

Sempre que o consumidor ocupar um dos pólos da relação jurídica há que se lembrar da especial proteção que a Constituição lhe confere, associando tal proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto maior a posição de vulnerabilidade de um dos pólos da relação jurídica maior será a necessidade de resguardo da dignidade desta pessoa, nomeadamente em nosso país, de dimensões continentais, que abriga desigualdades enormes e que precisam ser resolvidas ou, pelo menos, abrandadas.³⁰⁸

Se a Constituição determina a proteção e defesa do consumidor como direito fundamental, justamente o faz porque reconhece a necessidade de assegurar essa defesa constitucionalmente. Ademais, como ocorre com as demais normas, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor deve observar os preceitos constitucionais, pois a Constituição está no ápice do ordenamento e determina a validade de todas as demais normas. Não se pode interpretá-lo, portanto, sem buscar a proteção do consumidor.

Foi muito feliz Gustavo Zagrebelski ao fazer menção de que a constituição é

³⁰⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 18, n. 71, p. 142-167, jul./set. 2009. p. 164.

³⁰⁸ GOMES, Rogério Zuel. Questões processuais em lides de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 18, n. 69, p. 102-139, jan./mar. 2009. p. 111.

mais centro a alcançar do que centro do qual partir.³⁰⁹ Assim deve atuar o jurista em relação às leis de defesa do consumidor, todas devem ser interpretadas e aplicadas com o intuito de alcançar a proteção do consumidor assegurada pela constituição.³¹⁰

3.15 O Código de Defesa do Consumidor como microsistema de ordem pública e interesse social

O assunto que se vai tratar dá continuidade à análise da defesa do consumidor como direito fundamental. Tão importante é a importância dessa disposição que o primeiro artigo do Código de Defesa do Consumidor estabelece que as normas de proteção e defesa do consumidor previstas no referido código são de ordem pública e interesse social, nos termos da Constituição (art. 5.º, XXXII, art. 170, V e art. 48 do ADCT).

Normas de ordem pública são aquelas indisponíveis à vontade das partes, mesmo mediante contrato, em razão da sua importância para as estruturas sociais.³¹¹ Vinculam-se aos princípios superiores que dão forma e substância ao ordenamento, por isso são determinantes para o núcleo de interesses essenciais de uma ordem jurídica, que compreende elementos políticos, sociais, morais e jurídicos da sociedade. Assim, possuem um *status* diferenciado em relação às demais, não que sejam hierarquicamente superiores, mas possuem um caráter preferencial e cogente.³¹²

Como lei de ordem pública que é, o Código de Defesa do Consumidor, interessa mais diretamente à sociedade do que aos particulares individualmente. É de ordem pública justamente por isso.³¹³

Segundo Claudia Lima Marques: *As normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis*

³⁰⁹ ZAGREBELSKI, G. *Op. cit.*, p. 14.

³¹⁰ Neste sentido, Geisa de Assis Rodrigues: *A compreensão de toda a disciplina legislativa do consumidor a partir da perspectiva constitucional é compromisso inarredável do intérprete, sobretudo, o juiz, uma vez que a opção pela garantia ao consumidor foi estabelecida expressamente pelo povo na Constituição* (RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 15, n. 58, p. 75-97, abr./jun. 2006. p. 97).

³¹¹ SAAD, E. G. *Op. cit.* p. 56.

³¹² MIRAGEM, B. N. B. *Op. cit.* p. 126-129.

³¹³ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. Lima. *Op. cit.* p. 55.

através de contratos [...].³¹⁴

Excepcionam-se, entretanto, algumas situações previstas no próprio código, como o art. 107, que permite que convenção coletiva de consumo estabeleça condições relativas a preço, qualidade, quantidade, garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo, e art. 51, inciso I, que prevê limitação da indenização quando justificável no caso de relação de consumo envolvendo fornecedor e consumidor pessoa jurídica.³¹⁵

Por isso Eduardo Gabriel Saad entende que o art. 1.º foi inconveniente ao declarar, de modo genérico, a totalidade das normas como sendo de ordem pública, pois nem todas as suas disposições têm a imperatividade que tipifica a norma de ordem pública.³¹⁶

Por se tratarem de normas de ordem pública, sobre elas não incide a preclusão³¹⁷ e admite-se que sejam conhecidas de ofício pelo órgão jurisdicional.³¹⁸

Em relação às normas serem de interesse social, como o próprio artigo cita, não há dúvida acerca das razões para tal. De todo o desenrolar histórico, político e ideológico que se fez referência, pode-se perceber a necessidade e reconhecimento da proteção do consumidor na contemporaneidade, não apenas como interesse da sociedade, mas para o interesse da sociedade.

Essa peculiaridade – a qualificação das mesmas como sendo de ordem pública e interesse social - decorre da fundamentalidade da proteção do consumidor que não pode renunciar ou dispor dos seus direitos. O fornecedor, por sua vez, não pode exonerar-se da sua responsabilidade diante do consumidor, tampouco a limitar.

Por essas razões que o próprio art. 51 afirma serem nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor nos casos de vício do produto ou do serviço ou

³¹⁴ Idem.

³¹⁵ José Geraldo Brito Filomeno afirma que as aludidas normas são inderrogáveis por vontade dos interessados, embora se admita livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial, como se dá nos casos citados (GRINOVER, A. P. *et al. Op. Cit.* p. 24)

³¹⁶ SAAD, E. G. *Op. cit.* p. 57.

³¹⁷ São questões que, mesmo não sendo suscitadas no momento tido pela lei como oportuno para a manifestação da parte, não sofrem qualquer limitação a fim de que sejam conhecidas posteriormente, seja de ofício pelo próprio órgão jurisdicional, seja mediante a provocação da parte.

³¹⁸ Nelson Nery Junior, ainda, afirma que o litígio de consumo pode ser examinado de ofício, pois, como as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública, este não se submete ao princípio dispositivo e sobre ele não incide a preclusão (NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 1, p. 200-221, 1992. p. 51-52).

impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Fica evidente, mais uma vez, a importância da proteção do consumidor para a sociedade contemporânea, de tal forma que o legislador reconheceu que as normas relacionadas são de ordem pública e interesse social.

3.2 A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR EM FACE DOS DANOS

3.2.1 A atuação jurisdicional na defesa dos direitos do consumidor

Já se afirmou acima que a defesa do consumidor é um direito público subjetivo de defesa e de proteção, e, como tal, ao mesmo tempo em que proíbe o Estado de atuar contrariamente a esses direitos, obriga-o a uma atuação positiva em favor do consumidor, para protegê-lo, tutelá-lo e promover a sua defesa, pois, além de ser cidadão protegido constitucionalmente, o consumidor teve a sua proteção elevada à categoria de direito fundamental pela Constituição.

O Poder Judiciário, juntamente com os demais poderes, assim deve proceder, na busca da proteção efetiva do consumidor.

Também se afirmou na primeira parte deste trabalho que numa sociedade plural, como é o caso da brasileira, é primordial que o juiz se mantenha próximo da realidade, para que seja capaz de atribuir sentido ao caso que deve conhecer e julgar.

Assim também deve ocorrer para a proteção do consumidor, a fim de decidir adequadamente as lides consumeristas é indispensável ao julgador a consciência de que é mais do que necessário considerar a situação do mercado e da sociedade de massa para aplicar a legislação consumerista e lidar com os litígios de consumo.

Além do mais, não se pode esquecer que a legislação protetiva do consumidor se submete às normas constitucionais. Por isso é preciso decidir o caso a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, analisando-se a validade da lei a partir dos mesmos e interpretando-a da mesma forma, de maneira que a vontade do legislador esteja submetida à constituição e aos direitos fundamentais.

Portanto, da mesma forma que ocorre com as demais normas, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor deve observar os preceitos constitucionais,

pois a Constituição está no ápice do ordenamento e determina a validade de todas as demais normas que se encontram abaixo dela. Não se pode esquecer que é a Constituição que determina a proteção e defesa do consumidor, justamente porque reconhece a necessidade de assegurar essa defesa constitucionalmente.

Falou-se, ainda, no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, assegurado no art. 5.º, inciso XXXV da Constituição, que deve ser garantido a todos, inclusive aos consumidores. Esse direito fundamental determina que o direito do jurisdicionado seja protegido realmente no mundo fático, de maneira adequada e efetiva.

Para tal, tanto este como o direito fundamental de ação exigem mais do que a prolação da sentença para serem garantidos, para que a tutela prestada seja efetiva são necessárias técnicas processuais adequadas que realmente protejam o direito no plano material.

Assim, diante do caso concreto e da constituição, o juiz deve considerar as necessidades do direito material, para que o processo respeite sua finalidade instrumental em relação ao direito material, vez que não basta ao Judiciário compreender e conformar a lei a partir das normas constitucionais e concluir que a parte possui um direito material, é preciso dar tutela concreta aos direitos.

E somente com a real produção de efeitos no mundo fático, capaz de proteger concretamente o direito, que se estará prestando a tutela jurisdicional adequadamente, daí a importância da atividade executiva, principalmente nos casos de sentenças que dependem de uma fase posterior para surtirem efeitos práticos, como já se tratou.

E no intuito de possibilitar maior efetividade quando da prestação jurisdicional, o Código de Defesa do Consumidor, pensando justamente na posição de inferioridade do mesmo em relação ao mercado, previu normas processuais próprias para a tutela jurisdicional dos direitos correspondentes. Isso não significa que a incidência do Código de Processo Civil será afastada, este será o instrumento mais utilizado quando dos litígios consumeristas, pois o Código de Defesa do Consumidor traz regras muito específicas, para tudo que nele não constar o julgador deverá fazer remissão ao sistema processual comum.³¹⁹

³¹⁹ Segundo Tupinambá Nascimento, o novo código trata de maneira abrangente a matéria, com regras próprias e medidas específicas, revolucionando certos princípios processuais no intuito de efetivamente igualar as partes envolvidas na relação de consumo (NASCIMENTO, T. *Op. cit.* p. 15-

Intitulado *Da defesa do consumidor em juízo*, o Título III do Código de Defesa do Consumidor traz questões processuais envolvendo a tutela jurisdicional do consumidor, seja individual, seja coletivamente.

Inicialmente, note-se que a defesa do consumidor deve ser entendida em sentido amplo, como toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, seja como autor, seja como réu, seja a título individual, seja a título coletivo.

Em relação às normas tratadas no referido título, há um primeiro capítulo acerca das disposições gerais no qual, resumidamente, consta a garantia de que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individual ou coletivamente; a previsão de que a defesa do consumidor pode ser feita por todas as espécies de ações capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela; a prestação da tutela específica ou providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento; e a determinação de que às ações coletivas previstas aplicar-se-ão as normas do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1.985), inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições (arts. 81 a 90).

De todas as disposições previstas, duas delas merecem destaque neste trabalho: a previsão de que a defesa do consumidor pode ser feita por todas as espécies de ações capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela e a disposição expressa acerca da prestação da tutela específica ou providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Sobre a primeira far-se-ão alguns apontamentos neste momento, enquanto que a segunda será melhor esmiuçada no decorrer deste trabalho.

É a partir do exercício do direito de ação e da prestação da tutela jurisdicional que o devido processo para a proteção do consumidor é construído no caso concreto. Segundo Daniel Mitidiero, a ação processual é atípica, apenas variam as afirmações relacionadas ao direito material. Dessa forma, diz-se que todas as espécies de pretensões e/ou ações de direito material³²⁰ podem ser admitidas por

16).

³²⁰ Sobre o tema direito subjetivo, pretensão de direito material e ação ver Ovídio Araújo Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In.: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. p. 15-40). Ver também Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In.: AMARAL, Guilherme Rizzo;

esta ação atípica, que deve receber os contornos necessários para conferir tutela efetiva aos direitos do consumidor.³²¹ Portanto, para o mesmo, a ação a que se refere o Código de Defesa do Consumidor é a pretensão e/ou ação de direito material.³²²

Para Rizzatto Nunes, esta regra nem precisaria estar prevista, pois a Constituição assegura o direito fundamental de ação e o direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional, dos quais decorre a garantia de que toda espécie de ação é assegurada.³²³ De qualquer forma, para que não exista dúvida nenhuma, a proteção do consumidor neste sentido foi expressa.

A ideia é conferir uma proteção ampla ao consumidor, quaisquer direitos devem ser tutelados, de forma efetiva e adequada, seja frente à ameaça, seja frente à lesão.

E dando continuidade às disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor, o capítulo três prevê regras processuais específicas para o caso das ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços (arts. 101 e 102). O primeiro dispositivo afirma que na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços a ação pode ser proposta no domicílio do autor e o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil.³²⁴

Em seguida, autoriza-se que os legitimados a agir em defesa do consumidor

MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b. p. 197-252).

³²¹ MITIDIERO, D. *Op. cit.* p. 56

³²² No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso: [...] “Ação” é demanda, é pedido, é pretensão, é a explanação do bem da vida que se quer alcançar pela via jurisdicional, quando se revele ineficaz a via suasória ou quando o próprio ordenamento imponha a necessidade de atuação do Judiciário na espécie (ditas ações necessárias) (MANCUSO, R. C. *Op. cit.* p. 71). Diversamente, Rizzatto Nunes, para o qual a ação à que o Código de Defesa do Consumidor faz referência é a ação processual, como a de conhecimento, a mandamental, as ações coletivas etc., e Cândido Rangel Dinamarco, que entende que o Código refere-se a todas as espécies de tutela que se obtém no processo de conhecimento e também a tutela cautelar e executiva (NUNES, R. *Op. cit.* p. 721. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil (Leis 8.455, de 24.8.92; 8.637, de 31.3.93; 8.710, de 24.9.93; 8.718, de 14.10.93; 8.898, de 29.6.94; 8.950, de 13.12.94; 8.951, de 13.12.94; 8.952, de 13.12.94 e 8.953, de 13.12.94)**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 150). Eduardo Gabriel Saad, por sua vez, afirma que este artigo teve apenas o intuito de enfatizar que o consumidor tanto pode se utilizar da ação individual como da ação coletiva (SAAD, E. G. *Op. cit.* p. 657).

³²³ NUNES, R. *Op. cit.* p. 720.

³²⁴ Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do artigo 80 do Código de Processo Civil. No caso do réu ter sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

proponham ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o Território Nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.

Nos demais capítulos há regras específicas acerca da tutela do consumidor no âmbito coletivo: o capítulo dois trata das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos e o capítulo quatro trata da coisa julgada coletiva (arts. 91 a 100 e arts. 103 e 104).

O julgador, portanto, deve usar de todas essas disposições específicas para a proteção do consumidor, são regras peculiares que permitem uma melhor atuação jurisdicional diante dos litígios consumeristas, tanto dos coletivos como dos individuais.

Mas além de prever normas processuais peculiares para a atuação jurisdicional na proteção do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6.º, também assegura direitos básicos que devem ser considerados quando da atuação do consumidor em juízo. Interessam para o presente trabalho aqueles direitos básicos relacionados à reparação dos danos, vez que refletem diretamente na tutela jurisdicional ressarcitória. Por isso as considerações que seguem.

3.2.2 Direitos básicos do consumidor relacionados à efetiva reparação dos danos

No capítulo III do título I do Código de Defesa do Consumidor estão enumerados, em nove incisos, direitos básicos do consumidor.

Eles asseguram: a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; 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; a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações

desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência; a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Não se pretende trabalhar cada um desses direitos e suas especificidades. É suficiente apenas fazer menção do que a lei considera como básico para proteger o consumidor, lembrando que o art. 7.º estabelece que os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como os que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Como se fez menção, o que interessa deste rol são os direitos que, de alguma forma, influem na proteção do consumidor no âmbito processual, mormente os que afetam a tutela ressarcitória. É o que se pretende trabalhar para, enfim, adentrar no tema da responsabilidade do fornecedor por danos.

3.2.2.1 Efetiva prevenção e reparação de danos morais e materiais, individuais ou coletivos

A efetiva prevenção e reparação de danos morais e materiais, individuais ou coletivos é um direito básico do consumidor e obriga o Estado, seja no âmbito administrativo ou legislativo, seja quando da prestação da tutela jurisdicional, a permitir e realizar a efetiva prevenção e reparação dos danos do consumidor (art. 6.º, VI).

Parte-se da premissa básica de que os produtos e serviços colocados no mercado não acarretarão riscos à saúde e à segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência da sua natureza e fruição (art. 8.º).

O que ocorre, entretanto, como será melhor abordado adiante, é que o risco é inerente ao mercado, jamais as relações comerciais serão totalmente seguras a ponto de eliminarem-se todos os riscos dela decorrentes. Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor determina, em face da ameaça ou da lesão ao direito, a efetiva prevenção e reparação dos danos.³²⁵

No tocante à reparação, o que vigora na teoria geral da responsabilidade civil é o princípio geral da restituição ou recomposição integral ao estado anterior ao prejuízo (*restitutio in integrum*), sendo desta forma, portanto, também a responsabilização pelos danos aos consumidores.³²⁶

Por isso a tutela jurisdicional ressarcitória deve estar comprometida com o direito à efetiva prevenção e reparação de danos e com o princípio geral da restituição ou recomposição integral ao estado anterior ao prejuízo, a fim de que o resultado alcançado pelo processo quando da reparação do dano seja efetivo, de modo a permitir a adequada e integral tutela do direito material.

E como corolário do direito à efetiva reparação dos danos, Rizzatto Nunes defende a reparação integral e adverte acerca da proibição do tarifamento:

O valor da indenização por danos materiais há de ser tal que possibilite a reabilitação integral do dano (emergente e dos lucros cessantes), de forma que está proibido o tarifamento. E, no que respeita ao dano moral, tendo em vista suas características e o modo pelo qual o quantum deve ser fixado, não há sequer como falar em tarifamento.³²⁷

Portanto, o direito à efetiva reparação de danos impede o tarifamento, pois este não permite que se mantenha estável, permanente e fixo o patrimônio do consumidor.³²⁸

³²⁵ A preocupação é tamanha que, no caso de produtos e serviços potencialmente nocivos e perigosos à saúde ou segurança, como é o caso dos agrotóxicos, por exemplo, o fornecedor deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto, ou seja, a informação deve realmente ser feita para ser vista e compreendida pelo consumidor (art. 9.º). Na sequência, o art. 10 estipula: “O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1.º - 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. § 2.º - Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço. § 3.º - 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”.

³²⁶ O assunto será melhor abordado no capítulo 4.

³²⁷ NUNES, R. *Op. cit.* p. 135.

³²⁸ O tema será retomado adiante, mas antecipe-se que para Rizzatto Nunes, este é o sentido que o adjetivo *efetivo* quer dar à reparação (Idem). Pelo afastamento do tarifamento, o REsp n. 552.553/RJ, que afastou a aplicação da Convenção de Varsóvia que estabelece indenização tarifada para o caso

Outra questão importante acerca da efetiva prevenção e reparação de danos é a previsão de reparação tanto dos danos materiais quanto dos danos morais, que o próprio art. 6.º menciona. Já se discutiu muito sobre o dano moral, mas hoje seu reconhecimento é expresso na Constituição como direito fundamental.

Portanto, ao consumidor deve ser assegurada e realizada a prevenção e a reparação tanto dos danos patrimoniais como dos danos extrapatrimoniais,³²⁹ sendo viável, inclusive, a cumulação da indenização pelos mesmos.³³⁰

Além disso, a jurisprudência vem admitindo essa cumulação tanto em casos contratuais como extracontratuais, podendo a origem da violação estar relacionada a deveres principais ou a deveres anexos do contrato.³³¹

Para complementar e assegurar a realização do direito à efetiva prevenção e reparação de danos, o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade solidária de todos os ofensores e causadores do dano pela reparação (art. 7.º, parágrafo único e art. 25, §1.º).³³²

E, como consequência deste direito, o Código de Defesa do Consumidor ainda assegura outra vantagem: a desconsideração da personalidade jurídica.

de extravio de carga e bagagem em transporte aéreo. Contrariamente, Roberto Senise Lisboa, que admite a limitação da reparação em situações excepcionais, por motivos de ordem pública e interesse social, e cita como exemplo o art. 9.º da Lei n.º 6.453/77, que limita a indenização no caso de responsabilidade civil nas atividades nucleares em um milhão e quinhentos mil OTNs (LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 132). Na Diretiva n.º 85/374 (de 25 de julho de 1.985) da Comunidade Econômica Européia consta que a tradição da maioria dos estados membros é o não estabelecimento de um teto financeiro para a responsabilidade do produtor, mas como existem estados membros com tradição diversa, admite-se que um estado possa derogar o princípio da responsabilidade ilimitada prescrevendo um limite à responsabilidade do produtor pela morte e danos pessoais causados aos consumidores, com a condição de que tal limite seja fixado a um nível suficientemente elevado para garantir a adequada proteção dos consumidores e o correto funcionamento do mercado comum. Mais tarde, o Regulamento n.º 2.027/97 (de 09 de outubro de 1.997) do Conselho da União Européia, em seu art. 3º, veio dispor que a responsabilidade do setor aéreo comunitário pela morte, ferimentos ou quaisquer outras lesões pessoais causadas a passageiros em caso de acidente não é sujeita a qualquer limite financeiro, seja este estabelecido por lei, por convenção ou por contrato (ISTITUTO PER LO STUDIO E LA DIFFUSIONE DELL' ARBITRATO E DEL DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE (ISDACI). *Op. cit.* p. 611; 826).

³²⁹ O uso da expressão *danos extrapatrimoniais* é mais apropriado, pois ela é mais ampla, incluindo os danos à pessoa ou à personalidade e outros danos que não atingem nem a pessoa e nem o patrimônio, como os danos ambientais (MARTINS- COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da reparação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 789, p. 21-47, jul. 2001. p. 34).

³³⁰ Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: *São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*. Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça: *É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral*.

³³¹ Sobre o tema, ver Paulo Roberto Ribeiro Nalin (NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Apontamentos críticos sobre o dano moral contratual: enfoque a partir da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. **Cadernos Jurídicos OAB Paraná**, n. 01, p. 6-8, abr. 2009).

³³² O tema será abordado adiante.

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor prevê que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também poderá se dar quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.³³³

O mesmo artigo também admite a desconsideração da personalidade jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Dessa forma esse dispositivo confere uma maior proteção ao consumidor que, na falta de bens da pessoa jurídica que possibilitem o ressarcimento dos danos sofridos, pode acionar bens particulares dos sócios.³³⁴

Outra consequência do direito básico à efetiva prevenção e reparação de danos é a impossibilidade de cláusula contratual que afaste o dever de indenizar. O art. 25 do Código de Defesa do Consumidor proíbe a estipulação de cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar do fornecedor nos casos de vício do produto ou do serviço e fato do produto ou do serviço.

E como as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública, suas previsões e garantias são indisponíveis. Se for prevista qualquer exclusão do dever de indenizar, a disposição é inválida, e caracteriza-se cláusula abusiva, além de inviabilizar o direito à efetiva prevenção e reparação dos danos.³³⁵

³³³ O Código de Defesa do Consumidor, além de adotar a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, que prevê a regra geral constante do art. 50 do Código Civil, também adota a teoria menor, que prevê hipóteses específicas aplicáveis apenas a determinadas relações jurídicas em razão de um interesse público relevante, pois ampliam os casos de desconsideração, no caso, às relações de consumo.

³³⁴ *Efetivamente, a doutrina da desconsideração tem seu fundamentos nos princípios gerais de proibição do abuso de direito, e permite ao Judiciário, excepcionalmente, desconsiderar (ignorar no caso concreto) a personificação societária, como se a pessoa jurídica não existisse, atribuindo condutas e responsabilidades diretamente aos sócios e não à pessoa jurídica* (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 62).

³³⁵ Consta a ressalva, entretanto, das relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, que admitem a indenização limitada em situações justificáveis.

3.2.2.2 Acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção e reparação de danos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados

Como o próprio artigo diz, este direito básico do consumidor (art. 6.º, VII), que se relaciona ao direito básico à efetiva prevenção e reparação de danos, evidencia a importância dos órgãos administrativos criados para a proteção do consumidor, como os Procon's, que objetivam orientar, educar, proteger e defender os consumidores, e as agências reguladoras, que através das suas ouvidorias recebem reclamações dos usuários de serviços públicos, no intuito de apurar as violações a direitos alegadas e solucionar ditas reclamações. Eles viabilizam o acesso do consumidor aos órgãos administrativos com vistas à prevenção e reparação dos danos.

No tocante ao acesso aos órgãos judiciários, os Juizados Especiais de Pequenas Causas, transformados em Juizados Especiais Cíveis e Criminais cinco anos após a publicação do Código de Defesa do Consumidor, constituem-se órgãos importantes na viabilização do acesso aos tribunais, pois permitem que o consumidor formule suas reclamações perante o Judiciário de maneira mais simples e sem custos, diferente do que ocorre na justiça comum. Não obstante os problemas envolvendo a operacionalização dos Juizados Especiais, assunto que não compete tratar aqui, a sua existência é fundamental para a defesa do consumidor.

Lembre-se, entretanto, de que não se pode falar do acesso à justiça, na atualidade, apenas como possibilidade de acesso aos tribunais. Esse direito deve compreender, além do acesso a uma ordem jurídica justa, uma prestação jurisdicional efetiva e adequada.³³⁶

Também se assegura que os consumidores necessitados tenham garantida sua proteção jurídica, administrativa e técnica. Daí a importância das Defensorias Públicas da União e dos Estados, e mesmo dos Juizados Especiais. Essa garantia foi, na realidade, reafirmada, porque a Lei n.º 1.060/50 já assegura a assistência jurídica aos carentes em geral.

³³⁶ Já se afirmou que o direito de ação não se exaure com a garantia do acesso ao Judiciário ou com a prolação da sentença de procedência.

3.2.2.3 Facilitação da defesa dos direitos do consumidor e inversão do ônus da prova

Outro direito básico pertinente ao estudo é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6.º, VIII).

Todo o sistema processual do Código de Defesa do Consumidor foi criado para a proteção e defesa dos direitos desse sujeito em juízo. O tratamento diferencial conferido deve-se ao reconhecimento da necessidade de correção das desigualdades entre fornecedor e consumidor, que não são típicas apenas do âmbito material, mas também ocorrem na esfera processual. É a aplicação do princípio da proteção do consumidor ou vulnerabilidade também no processo.

A facilitação da defesa do consumidor é um princípio que orienta todo o ordenamento consumerista. Deve ser considerado, inclusive, quando outras regras processuais forem aplicáveis aos litígios de consumo, como as do Código de Processo Civil, que têm aplicação subsidiária. O juiz, portanto, deve atuar nos processos envolvendo o consumidor tendo em mente esse direito básico que é a facilitação da sua defesa.

Relaciona-se diretamente à facilitação da defesa do consumidor a previsão de inversão do ônus da prova em seu favor.³³⁷ Para Sérgio Cruz Arenhart, essa regra constitui *um dos pontos em que se debruça a doutrina para imprimir necessárias alterações no sistema processual, tornando-o mais próximo à realidade do direito material.*³³⁸ Além disso, afirma o autor mais adiante: [...] *simplifica sobremaneira a situação processual do consumidor, facilita a tutela de seus interesses e constitui, por vezes, a única forma de permitir que o consumidor apresente sua demanda em juízo.*³³⁹

Sabe-se que a regra geral acerca do ônus da prova prevista no art. 333 do Código de Processo Civil é fixa e objetiva, determinando ao autor o ônus em relação aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu o ônus da prova dos fatos

³³⁷ Além do preceito geral previsto no art. 6.º, outras situações específicas preveem a inversão do ônus da prova, como os arts. 12, §3.º, 14, §3.º e 38 do Código de Defesa do Consumidor.

³³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e relações de consumo. In.: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). **Repensando o direito do consumidor**: 15 anos do CDC (1990-2005). Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil Seção Paraná, 2005. p. 92-113. p. 93.

³³⁹ Ibidem., p. 94.

modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

O Código de Defesa do Consumidor, ao possibilitar que a distribuição do ônus probatório seja diferente, imputando ao fornecedor o ônus da prova de alguns fatos que normalmente não seria seu, visa facilitar a defesa do consumidor, esse é o escopo a ser alcançado, por isso a aplicação dessa regra deve ter dita finalidade como premissa maior.

A regra em comento permite que o juiz inverta o ônus da prova no caso de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência. Note-se que o vocábulo *ou* evidencia que não são requisitos cumulativos.

No caso de alegação verossímil,³⁴⁰ o juiz, diante da probabilidade da versão apresentada pelo consumidor ser verdadeira e da incapacidade de o fornecedor demonstrar a improbabilidade dos fatos afirmados, decide com base na probabilidade. A solução é dada pelo próprio caso concreto, por isso se diz que não há propriamente modificação do ônus probatório. Tutela-se o interesse provável em detrimento do improvável.³⁴¹

A hipossuficiência é uma vulnerabilidade processual que pode se caracterizar quando o consumidor estiver em grau de fragilidade ao atuar em juízo, seja no aspecto técnico, econômico, informacional ou qualquer outro que seja capaz de justificar a modificação do regime do ônus da prova em prol da facilitação da sua defesa.

Essa inversão no caso de hipossuficiência é necessária, pois a produção da prova pode ser custosa ou difícil para o consumidor, diversamente do que ocorre para o fornecedor.³⁴²

Adverte Sérgio Cruz Arenhart, entretanto, que sempre que essa finalidade importar sacrifício do direito de defesa do fornecedor, a aplicação da regra não deve ser admitida. É o que ocorre, por exemplo, diante da prova em relação ao elemento *dano* da responsabilidade civil, quando a regra não deve ser aplicada, pois o

³⁴⁰ A verossimilhança, aqui, não tem nenhuma relação com a verossimilhança da antecipação de tutela, ela é apurada conforme as máximas da experiência, como a própria lei afirma. São juízos hipotéticos baseados na normalidade, na experiência em relação ao estado das coisas (Ibidem., p. 105).

³⁴¹ Ibidem., p. 102-105.

³⁴² Segundo Sérgio Cruz Arenhart, [...] sempre que o magistrado considerar presente alguma disparidade entre a situação do consumidor e do fornecedor (desfavorável ao primeiro), de qualquer espécie que seja, deverá aplicar a regra em exame, a fim de restabelecer a igualdade substancial entre as partes, que é desejável no processo (ARENHART, 2005, p. 110).

fornecedor não tem condições de provar a inexistência do dano.³⁴³

No tocante ao momento adequado para o juiz determinar se haverá ou não a inversão do ônus da prova em relação a determinados fatos, há quem afirme que isso pode ocorrer em qualquer momento do processo, inclusive após a sentença, pois se trata de um direito material do consumidor.³⁴⁴

Outros, entretanto, sob o argumento de que haverá lesão à ampla defesa e ao contraditório, entendem que o momento adequado para tal é quando da decisão saneadora, pois, desta forma, a parte que tiver o ônus terá a oportunidade de produzir provas adequadamente na fase instrutória.³⁴⁵ Seguindo essa mesma linha de argumento, o Superior Tribunal de Justiça anulou processo no qual se determinou a inversão do ônus da prova na sentença por entender que o momento apropriado para tal se dá antes do término da instrução probatória.³⁴⁶

O problema parece residir na seguinte questão: a natureza da regra que distribui o ônus da prova entre as partes – se é uma regra de procedimento ou se é uma regra de julgamento.

Como regra de procedimento, a função desta é disciplinar a quem cabe a prova de que fato no processo, ou seja, quem deve provar o que. Se assim for considerada, incide na fase inicial do processo, a fim de que as partes saibam, de antemão, as provas que devem produzir,³⁴⁷ sob pena de ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

³⁴³ Ibidem., p. 102. Em sentido contrário, Cláudia Lima Marques, que defende que mesmo quando a prova seja difícil para o fornecedor, como no caso das provas negativas, pode o juiz inverter o ônus com base no direito à facilitação da defesa do consumidor e no dever do fornecedor assumir o risco profissional (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 77).

³⁴⁴ Neste sentido, Cláudia Lima Marques (Ibidem., p. 64).

³⁴⁵ Assim entende Paulo Hoffman (HOFFMAN, Paulo. Inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor – Critério de julgamento (sob a ótica do juiz) e critério de procedimento (para o fornecedor). In.: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano (Coord.). **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 232-238).

³⁴⁶ *PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO OPORTUNO - INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA - PRETENDIDA REFORMA - ACOLHIMENTO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. - A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida. - O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes. - Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido. (REsp 881.651/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 21/05/2007 p. 592 (grifo nosso))*

³⁴⁷ ARENHART, 2005, p. 94-95.

Como regra de julgamento, entretanto, sua função é voltada ao juiz. Ela indica ao magistrado como deve julgar quando verifica a ausência de prova sobre certa afirmação no processo, pois as partes têm o direito à prova, e, conseqüentemente, têm também o dever de produzi-la. Neste sentido, a regra incide quando do julgamento da causa ou, excepcionalmente, em outro momento por ocasião de uma decisão liminar.³⁴⁸

No entendimento de Sérgio Cruz Arenhart, a natureza da regra da inversão do ônus probatório é de julgamento, em razão dos preceitos que orientam o sistema probatório da legislação atual, pois, não importa a origem da prova, ela pode ter sido produzida, inclusive, por quem não tinha o ônus da mesma, basta que a prova de certa afirmação esteja presente para o juiz a considerar.³⁴⁹

Indiretamente, todavia, essa regra se dirige às partes, por isso é conveniente que o magistrado assinale com antecedência qualquer decisão sobre a modificação dos critérios de imputação desse ônus, o que não significa, entretanto, que seja obrigatório ao juiz esta definição antecedente, vez que não há lesão à ampla defesa e ao contraditório se o juiz manifestar-se sobre a modificação do ônus da prova apenas na sentença, pois as partes têm o dever processual de apresentar oportunamente todas as provas que possuem, não podendo sua omissão ser invocada em seu benefício.³⁵⁰

Ainda, ressalte-se que eventual cláusula contratual que imponha o ônus da prova em prejuízo do consumidor é nula, por disposição do próprio código (art. 51, inciso VI). Afinal, vai de encontro à sistemática de proteção do consumidor e facilitação da sua defesa em juízo.

Por fim, pode-se afirmar que o direito à inversão do ônus da prova apresenta-se como instrumento adequado para efetiva prevenção e reparação de danos, pois facilita a proteção do consumidor ao não impor ao mesmo o ônus da prova de certos fatos, que, na maioria das vezes, é difícil de ser produzida por ele, parte hipossuficiente da relação.

³⁴⁸ Ibidem., p. 96-98.

³⁴⁹ Ibidem., p. 98.

³⁵⁰ Ibidem., 99.

3.2.2.4 Adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral

Este é o último direito básico arrolado e também está intimamente ligado à efetiva prevenção e reparação de danos (art. 6.º, X).

Sabe-se que a Constituição Federal, no seu art. 175, II, que prevê a incumbência do Poder Público prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, determina que a lei disponha sobre os direitos dos usuários. Há uma preocupação, portanto, com os usuários consumidores.³⁵¹

Quando o código faz referência à prestação de serviços públicos, não distingue entre aqueles de natureza essencial, universal ou aqueles prestados direta ou indiretamente pelo Estado. Exatamente por isso alguns acreditam que todos os serviços prestados pelo Estado, não apenas aqueles concedidos ou permitidos aos particulares, devem ser prestados de maneira eficaz e adequada.³⁵²

Mas há doutrinadores que entendem que apenas aqueles serviços públicos custeados mediante pagamento pelo consumidor em favor do fornecedor se submetem às regras do Código de Defesa do Consumidor. Aqueles serviços custeados mediante impostos não devem ser considerados objeto de relação de consumo, como o serviço público de saúde e de educação.³⁵³

Independente do posicionamento adotado, o ideal é que os serviços públicos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, quando prestados, não se constituam ameaça ou lesão aos direitos dos consumidores, de modo a causar-lhes danos. Na prática, infelizmente, o que se vê são as concessionárias e permissionárias de serviços públicos como os maiores demandados nos litígios de consumo.

³⁵¹ Cite-se, como exemplo, a Lei n.º 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento do órgão regulador – ANATEL – e outros aspectos institucionais.

³⁵² Esta afirmação é feita por Cláudia Lima Marques (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 64). Em sentido similar, se posiciona Rizzatto Nunes, segundo o qual, para se tratar de relação de consumo, basta se estar diante de serviço público essencial colocado à disposição do consumidor, independentemente da forma de remuneração do serviço (NUNES, R. *Op. cit.* p. 114).

³⁵³ Nesta linha, é necessário distinguir entre os serviços prestados pelo Estado *uti universi*, remunerados globalmente mediante imposto, que até certo ponto são excluídos da incidência do Código de Defesa do Consumidor, pois revelam uma relação direta entre cidadão e Poder Público, e aqueles prestados *uti singuli*, remunerados por taxas, tarifas e preços públicos, estes sim sujeitos ao regramento consumerista (MANCUSO, R. C. *Op. cit.* p. 74). No mesmo sentido Roberto Senise Lisboa (LISBOA, R. S. *Op. cit.* p. 248-249) e o REsp n.º 493.181-SP, que afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor no caso de má prestação de serviços médicos em hospital público, devido a atividade ser exercida de maneira universal, o que impede a individualização e a mensuração da remuneração específica.

De qualquer forma, os serviços públicos prestados devem ser eficazes e adequados, isso significa que não podem ser inadequados, tampouco inseguros a ponto de causarem danos aos consumidores.

3.2.3 A responsabilidade do fornecedor diante do consumidor

Diante de tudo que foi tratado sobre a tutela do consumidor, mormente o que se falou sobre a efetiva reparação dos danos, importa analisar na sequência a responsabilidade civil do fornecedor.

Sabe-se que as regras de proteção do consumidor têm como escopo inicial a segurança do consumidor. Trata-se de um aspecto preventivo que é implementado pelo estabelecimento de proibições e condutas positivas obrigatórias ao fornecedor e pelo dever de informação de forma ostensiva imposto ao mesmo.

Há outras regras que objetivam garantir as relações obrigacionais quando há inadimplemento ou adimplemento imperfeito de determinada obrigação, dita responsabilidade *in re ipsa* ou por vício do produto ou serviço.³⁵⁴ Trata-se de responsabilidade civil do fornecedor por depreciação do próprio bem de consumo em razão de um vício que atinge a sua utilidade intrínseca.³⁵⁵

Por fim, há regras cujo intuito é proteger o consumidor nos casos de danos causados pelo bem de consumo, dita responsabilidade pelo fato do produto ou serviço ou responsabilidade por acidentes de consumo. Nesses casos, como o dano é causado pelo próprio bem em si considerado, os prejuízos são extrínsecos ao bem, pois atingem, além do próprio bem, outros bens de consumo ou a incolumidade físico-psíquica dos consumidores.³⁵⁶

Na primeira situação (depreciação do próprio bem de consumo) se fala em vício de qualidade por inadequação, na segunda situação (acidentes causados pelo bem de consumo) se fala de vício de qualidade por insegurança.³⁵⁷

³⁵⁴ Mais adiante se fará a distinção entre vício de qualidade por inadequação e vício de qualidade por insegurança. Nesse caso, entretanto, e nos demais em que constar apenas a expressão *vício do produto ou serviço* ou a palavra *vício*, está se referindo ao vício de qualidade por inadequação.

³⁵⁵ O Código de Defesa do Consumidor consagrou a teoria da qualidade, que além de se constituir uma releitura da teoria dos vícios redibitórios sob o prisma da produção, comercialização e consumo em massa, se volta também à responsabilidade penal e administrativa do fornecedor, pois de nada adianta a lei criar um dever de qualidade se não há meios de repressão ao fornecedor desrespeitoso (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 109-111).

³⁵⁶ *Ibidem.*, p. 104.

³⁵⁷ O Código faz referência expressa à “*Responsabilidade pelo fato do produto ou serviço*”, mas diz-se que a terminologia mais apropriada é a que prefere dar destaque ao elemento humano

Em ambos os casos não há a qualidade que deveria existir no produto, a diferença é que no primeiro não há qualidade porque devido ao vício o produto se apresenta impróprio ou inadequado para os fins que dele se espera (ex.: uma geladeira que não gela) ou, ainda que permaneça útil, o produto sofre uma diminuição no seu valor (ex.: automóvel com risco na lataria) ou, por fim, não há qualidade porque há uma disparidade entre o informado acerca do produto e o produto em si (ex.: quando consta da embalagem uma determinada quantidade do produto e o conteúdo propriamente dito é inferior ao informado).

No segundo caso, por sua vez, não há qualidade porque o produto se apresenta inseguro para o consumidor, como por exemplo uma geladeira que explode e causa danos corporais a toda uma família.

Portanto, a proteção do consumidor não se limita à esfera patrimonial. Ela alcança outros direitos como a saúde, a segurança, e a vida, que são direitos personalíssimos e extrapatrimoniais.

Assim, a responsabilidade civil do fornecedor se desdobra em duas grandes categorias, que são regulamentadas distintamente para atender cada uma dessas situações.

É importante ressaltar que os fatos tratados na lei apenas refletem ocorrências comuns da atualidade em razão do estágio atual do mercado, da produção em massa, do avanço tecnológico e da complexidade dos diversos produtos e serviços postos no mercado. Os serviços de assistência ao consumidor, bem como o próprio Judiciário, estão abarrotados de reclamações relacionadas a vícios de qualidade por inadequação e danos outros ao consumidor.

E quando se fala de responsabilidade, é importante ressaltar que, num sentido mais amplo, costuma-se referir à prática social de atribuir a alguém fatos determinados como consequência de um ato cometido. Com base nessa concepção a obrigação de reparar o dano é apenas uma faceta da responsabilidade.³⁵⁸ É muito comum, entretanto, que se use o termo responsabilidade para tratar apenas da obrigação de reparar danos.

Ao atuar no mercado de consumo, o fornecedor está sujeito a responder civil, penal e administrativamente pelos seus atos, logo, o Código de Defesa do

consequencial em detrimento do elemento material causador do dano, qual seja, *responsabilidade pelos acidentes de consumo* (Ibidem., p. 114).

³⁵⁸ PUSCHEL, Flavia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC**: acidentes de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 18.

Consumidor faz referência à responsabilidade do fornecedor num sentido amplo. Até mesmo quando se refere à responsabilidade civil do fornecedor, trata da responsabilização pelo vício do produto ou serviço e pelo fato do produto ou serviço,³⁵⁹ também denominada responsabilidade por acidentes de consumo, esta última sim, voltada à reparação dos danos,³⁶⁰ como se verá adiante.

Já se viu que no Código de Defesa do Consumidor há um título que trata especialmente da atuação do consumidor em juízo. Assim, para a estruturação de técnicas processuais idôneas, deve-se olhar para essas regras. Também já se falou que o Código de Processo Civil e demais leis do sistema podem ser aplicadas no intuito de alcançar uma tutela jurisdicional efetiva do consumidor.

Mas apenas isso não basta, é preciso se voltar à Constituição, no intuito de alcançar a melhor interpretação das normas, lembrando que o juiz tem o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade aos direitos, bem como a obrigação de suprir as lacunas que eventualmente impeçam a prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Diante das várias normas processuais aplicáveis, dentre aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor, destaca-se aqui o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, pois este é o dispositivo capaz de proporcionar uma efetiva tutela jurisdicional ao consumidor nos diversos casos possíveis.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, [...] *é preciso que o art. 84 do CDC seja interpretado a partir da necessidade de uma perfeita interação das normas materiais de proteção com as técnicas processuais nele inseridas. Essa perfeita integração deve ser realizada através da interpretação do juiz.*³⁶¹

É um dispositivo de grande importância para a tutela jurisdicional efetiva do consumidor, pois é o mesmo que permite a prestação da tutela específica nas diversas situações citadas.

³⁵⁹ Respectivamente, trata-se de responsabilidade que resulta do descumprimento contratual e de responsabilidade que resulta de um acidente de consumo.

³⁶⁰ [...] *a responsabilidade por defeito do produto ou serviço está necessariamente ligada a um dano, o que não ocorre com a dita "responsabilidade" por vício do produto ou serviço* (WERNER, José Guilherme Vasi. Vícios e defeitos no produto e no serviço: da garantia e da responsabilidade. **Revista de direito do consumidor**, ano 15, n. 58, p 98-115, abr./jun. 2006. p 100). Por essa razão que o autor prefere relacionar a obrigação do fornecedor perante o consumidor como a idéia de garantia ao invés de responsabilidade, pois [...] *antes de haver um dano propriamente dito, o fornecedor é meramente garantidor da qualidade dos produtos e serviços por ele fornecidos, estando obrigado a zelar pelo seu desempenho face ao uso a que se destinam, sobretudo no regime dos vícios do produto* (Ibidem., p 101).

³⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 50. p. 71-116, abr./jun. 2004a. p. 73.

A partir da consideração do sistema protetivo material e processual do consumidor, deve-se pensar nas formas de tutela jurisdicional disponibilizadas pela lei, sua aplicabilidade e adequação às relações de consumo, seja para prevenir e proteger, seja para obrigar o cumprimento de uma obrigação, seja para excluir um ilícito ou ressarcir o consumidor nos casos de prejuízo.

E o Judiciário deve estar preparado para receber essas demandas e atuar em prol de uma efetiva e adequada tutela dos direitos consumeristas, pois, independente da situação concreta e das regras de direito material, a tutela jurisdicional deve ser prestada de maneira efetiva.³⁶²

Neste trabalho não se pretende abordar todas as possíveis tutelas jurisdicionais para a proteção do consumidor, como a tutela inibitória³⁶³ e a tutela de remoção do ilícito, tão relevantes para impedir condutas nocivas e perigosas, impor condutas necessárias ao fornecedor ou, ainda, eliminar atos proibidos praticados.³⁶⁴

³⁶² No tocante à tutela do direito em face dos danos, que a seguir se abordará, Augusto Mario Morello aponta alguns novos elementos de direta repercussão no tratamento processual da indenização por danos: uma mais extensa e intensa gravitação de ajustes funcionais, como a inversão do ônus da prova e a previsão da multa para coagir o devedor ao cumprimento; maior liberdade e uma margem discricionária por parte do juiz; um equilíbrio dinâmico que vai se adequando ao modo como se estrutura o processo em concreto; da significação dos sujeitos à despersonalização e o reconhecimento das categorias de alguns; da aparente garantia de igualdade de armas à igualdade real; e, ao mesmo tempo, o retorno à personalização, ou seja, a devida consideração central da pessoa, tanto no processo como nas suas alternativas integradoras, como a mediação e a arbitragem (MORELLO, Augusto Mario. *Nuevos daños, nuevas técnicas procesales de protección*. In.: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Dir.); PARELLADA, Carlos A. (Coord.). **Derecho de daños**. Buenos Aires: La Rocca, 2000. p. 35-51. 2. p. p. 39-40).

³⁶³ Como tutela preventiva, a tutela inibitória é de inegável importância. Como afirma Augusto Mario Morello, *El meridiano definidor de la tendencia actual – em el andamiaje sociológico – es el de prevenir cualquier clase de dano. Social, económica y culturalmente importa más que el eje del derecho circule por esos carriles antes que asumir la tarea de reparar o indemnizar* (Ibidem., p. 51).

³⁶⁴ A segurança e a saúde do consumidor, em parte reguladas no art. 8.º, art. 9.º e art. 10 do Código de Defesa do Consumidor, não poderiam ser melhor tutelados do que através destas formas de tutela. Veja-se a redação dos dispositivos: “Art. 8.º - Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único - Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto”; “Art. 9.º - O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”; “Art. 10 - O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1.º - 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. § 2.º - Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço. § 3.º - 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”.

Interessa apenas a tutela ressarcitória dos danos decorrentes do fato do produto ou serviço. Mas, para a compreensão do tema, é necessário antes tecer algumas considerações sobre o tratamento que o Código de Defesa do Consumidor confere às situações de vício de qualidade por inadequação dos produtos ou serviços e a tutela jurisdicional do consumidor nestes casos, para não restar qualquer confusão em relação à proteção material e processual do consumidor diante dos danos sofridos.

3.2.4 A responsabilidade do fornecedor por vícios de qualidade por inadequação (responsabilidade por vício do produto ou serviço) e a tutela jurisdicional em face dos mesmos

Quando se afirma a responsabilização do fornecedor por vícios de qualidade nos produtos e serviços se reconhece a importância do cumprimento contratual, pois o consumidor adquire produtos e serviços a partir daquilo que o fornecedor oferece e apresenta, na expectativa natural de que os mesmos se prestem àquilo que foi informado pelo fornecedor.

A partir do momento em que um produto ou serviço possui um vício porque inadequado para tal, as regras de proteção do consumidor devem atuar para a busca do cumprimento integral do contrato, a fim de que se tornem realmente adequados às suas finalidades próprias. O fundamento está na própria obrigação e garantia de qualidade inerente ao produto ou serviço.³⁶⁵

Como exemplos de vício de qualidade por inadequação, cite-se o liquidificador que não funciona, o televisor que não emite som, o aparelho de celular com riscos na tela, o produto que não possui no seu rótulo as informações corretas acerca dos seus componentes, o refrigerante cujo recipiente menciona a quantidade de 250ml e o mesmo contém apenas 240ml do produto, as paredes mal pintadas de uma casa, os freios mal colocados que impedem o breque do carro, o bloqueio injustificado de cartão de crédito e o extravio de bagagens no transporte aéreo.

³⁶⁵ Pode-se dizer que há uma relação de similitude entre a responsabilização do fornecedor pelos vícios de qualidade dos produtos e serviços e a teoria dos vícios redibitórios prevista no Código Civil. Mas há algumas diferenças, como o fato do Código de Defesa do Consumidor não apenas prever a responsabilização por vícios ocultos, como o faz a teoria dos vícios redibitórios, também responde o fornecedor por vício aparente e de fácil constatação. Outra diferença está na impossibilidade de exoneração contratual da responsabilidade do fornecedor. Além destas, e sem qualquer paralelo com o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor disciplina, além dos vícios dos produtos, também os vícios dos serviços.

Sobre os vícios de qualidade por inadequação, Leonardo Roscoe Bessa:

[...] os produtos e serviços devem ser adequados aos fins a que se destinam, ou seja, devem funcionar bem, atender às legítimas expectativas do consumidor. Devem ainda observar as indicações de qualidade e quantidade constantes na oferta e mensagem publicitária. (...) na responsabilidade pelo vício o foco principal é a sua adequação real às finalidades próprias, ou seja, o ar condicionado deve esfriar o ambiente, a televisão transmitir imagens e sons, a caneta possibilitar a escrita, o serviço de colocação de telhas impedir que a água da chuva ingresse no imóvel etc.³⁶⁶

O Código de Defesa do Consumidor regula a responsabilidade do fornecedor pelo vício de qualidade por inadequação no capítulo IV do título I, que trata da qualidade dos produtos e serviços e da prevenção e reparação dos danos, especificamente na seção III intitulada da “*Responsabilidade por vício do produto ou serviço*” - arts. 18 a 25.

O primeiro dispositivo (art. 18) prevê:

“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 destinam 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.”³⁶⁷

Da leitura do dispositivo pode-se concluir pela existência de três tipos de vícios de qualidade por inadequação dos produtos: 1) vício que torna o produto impróprio ou inadequado ao consumo;³⁶⁸ 2) vício que diminui o valor do produto; 3)

³⁶⁶ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 142.

³⁶⁷ Portanto, todos os fornecedores da cadeia de consumo, tanto produtores, como comerciantes, distribuidores e importadores responderão pelos vícios de qualidade por inadequação. Trata-se de solidariedade legal e, a teor do art. 275 do Código Civil, é possível que o consumidor exija de um ou de alguns devedores parte ou a totalidade da dívida comum. E para dar aplicação ao direito do consumidor à efetiva prevenção e reparação dos danos, o art. 88 do Código de Defesa do Consumidor veda a denúncia da lide, isso quer dizer que aquele que não se considera responsável e foi acionado para pagar pelo consumidor, pode exercer ação de regresso em face do verdadeiro responsável, seja mediante processo autônomo, seja nos mesmos autos, mas jamais denunciá-lo à lide, pois isto retardaria o processo e traria causa de pedir distinta. Por fim, ressalte-se que, embora o referido artigo faça menção expressa desta proibição apenas no caso do art. 13 (fato do produto ou serviço), entende-se que deve ser aplicado analogicamente a todos os casos de responsabilidade solidária do Código de Defesa do Consumidor (*Ibidem.*, p. 153).

³⁶⁸ O próprio Código de Defesa do Consumidor, no §6.º, diz o que é um produto impróprio ao uso e ao consumo: são aqueles produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; aqueles 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, e aqueles produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam. Daí se concluir que, em muitas situações, a inadequação ou impropriedade é normativa, pois pode ocorrer que, de fato, os produtos se prestem àquilo que deles se espera, atendendo inteiramente as necessidades do consumidor, mas por inobservarem normas regulamentares são considerados impróprios (*Ibidem.*, p. 149). Note-se que há quem faça a distinção entre as expressões *impróprio* e *inadequado* para o Código de Defesa do Consumidor: impróprio

vício decorrente de disparidade entre as informações prestadas pelo fornecedor sobre o produto e as características reais do mesmo.

Deparado com vícios dessa natureza, pode o consumidor pleitear a substituição das partes viciadas. O fornecedor, por sua vez, a partir da constatação do vício e diante da reclamação do consumidor, deverá saná-lo em 30 (trinta) dias³⁶⁹ e, não o fazendo, ao consumidor caberá escolher entre a substituição do produto viciado por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso,³⁷⁰ a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo das eventuais perdas e danos, e o abatimento proporcional do preço (art. 18, §1.º).

Note-se que a escolha cabe exclusivamente ao consumidor, o fornecedor, portanto, não pode se opor ou exigir qualquer justificativa do consumidor.³⁷¹

Ainda, ressalte-se que o consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas citadas, sem a observância do prazo de 30 (trinta) dias para o fornecedor sanar o vício, 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 quando se tratar de produto essencial, como é o caso dos alimentos e dos medicamentos (art. 18, §3.º).

No caso de vício de quantidade, o Código de Defesa do Consumidor fala que, sempre que respeitadas as variações decorrentes da natureza do produto,³⁷² quando o conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, pode o consumidor exigir de

seria a característica que impede o uso ou o consumo do produto – ex.: alimento deteriorado; inadequado seria a característica que não impede que o produto seja utilizado, mas a utilização ocorre com eficácia reduzida, há uma perda na eficiência da qualidade ofertada – ex.: televisor que possui chuveiros na imagem (NUNES, R. *Op. cit.* p. 233).

³⁶⁹ Reza o §2.º que as partes poderão convencionar a redução ou ampliação do referido prazo, que não pode ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Ainda, determina que nos contratos de adesão a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor. Saliente-se que há muitas críticas em relação ao prazo estabelecido pela lei, principalmente em relação à possibilidade de aumento para cento e oitenta dias (Sobre o assunto, ver Rizzatto Nunes (Ibidem., p. 194).

³⁷⁰ Nesta hipótese, o § 4.º reconhece, caso não seja possível a substituição do bem, a possibilidade de substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço. Daí pode-se notar que a alternativa dada diz menos do que deveria, pois o certo seria constar a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca e modelo, como o fez o parágrafo mencionado.

³⁷¹ Neste sentido, Rizzatto Nunes (NUNES, R. *Op. cit.* p. 186).

³⁷² Trata-se da variação natural que sofre a quantidade dos produtos, como ocorre com o dente de alho, por exemplo, que perde massa e peso com o passar do tempo. Isso não significa, entretanto, que a lei garante variação de quantidade ilimitadamente, a mudança somente é aceitável se for incapaz de alterar o que o Código de Defesa do Consumidor assegura como *qualidade do produto ou serviço* (Ibidem., p. 214).

imediatamente uma das seguintes alternativas: o abatimento proporcional do preço, a complementação do peso ou medida; a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios,³⁷³ e a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (art. 19).³⁷⁴

Diz-se que a lei, neste caso, falou menos do que deveria, pois reduziu os vícios de quantidade à hipótese de inferioridade do conteúdo líquido, quando vício de quantidade significa tudo aquilo que significa um *minus* do direito do consumidor, independentemente do tipo de medida.³⁷⁵

Além dos vícios dos produtos, também existem vícios de qualidade dos serviços, que ocorrem quando os serviços se apresentam impróprios ao consumo, quando têm seu valor diminuído, ou quando há disparidade entre o serviço prestado e as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (art. 20).³⁷⁶

Nesses casos, pode o consumidor exigir imediatamente a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível,³⁷⁷ a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ou o abatimento proporcional do preço.

Ainda, embora não seja exposto no art. 20, o vício de quantidade dos serviços também pode existir, por isso há de se fazer uma interpretação extensiva do texto referido para incluir a responsabilização do fornecedor de serviços pelos vícios de quantidade. Sua regulação vai depender do regramento constante no art. 20 e também no art. 19.³⁷⁸

Pode-se definir vício de quantidade do serviço como [...] *toda e qualquer prestação deste em quantidade diversa (para menos) daquela paga pelo*

³⁷³ Uma interpretação adequada deve considerar que se trata de substituição do produto viciado por outro da mesma espécie, marca e modelo, pois o prefixo *ou* foi mal empregado neste caso, o que se percebe com a leitura do art. 19, §1.º.

³⁷⁴ A regra, neste caso, continua sendo a responsabilização solidária entre todos os fornecedores da cadeia de consumo, mas quando for o fornecedor imediato que fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais, o § 2.º prevê que apenas este será o responsável.

³⁷⁵ NUNES, R. *Op. cit.* p. 209.

³⁷⁶ Neste caso, também o próprio Código diz, no § 2.º do mesmo dispositivo legal, o que é um serviço impróprio: “São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.” Note-se que a definição de serviço impróprio é legal, mas isso não exclui a possibilidade de aferição da impropriedade mediante análise contratual.

³⁷⁷ Preceitua o §1.º que a reexecução dos serviços poderá ser realizada por terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

³⁷⁸ NUNES, R. *Op. cit.* p. 251-252.

consumidor, independentemente do tipo de medida. E diante do art. 19, pode-se concluir que essa constatação levará em conta a mensagem publicitária, a apresentação, a oferta e a informação em geral e o contrato firmado entre prestador e consumidor.³⁷⁹

A partir disso, pode-se dizer que o consumidor terá direito, alternativamente, ao abatimento proporcional do preço, à execução do serviço faltante e à restituição da quantia paga pelo serviço não prestado.

E, não obstante a norma trate apenas do fornecedor direto de serviços, também aqueles que prestaram os serviços indiretamente e participaram da relação são responsáveis. É o que se depreende do art. 18, *caput*, com como do art. 25, §1.º e 2.º e art. 34.³⁸⁰

Nas várias situações de vício de qualidade por inadequação, seja do produto ou do serviço (inclusive de vício de quantidade), para haver responsabilização deve existir uma relação contratual entre fornecedor e consumidor, ao menos um vínculo contratual originário, pois o indivíduo usuário final de um produto ou serviço pode se valer dessa proteção legal mesmo não tendo qualquer relação contratual com o fornecedor, desde que esse produto ou serviço tenha por base uma relação de consumo contratual originária entre fornecedor e consumidor, como ocorre no caso daquele que recebeu um produto como presente de aniversário, vez que, como donatário, tem o direito de ser protegido.³⁸¹

Por fim, deve-se mencionar que há um prazo para o consumidor reclamar dos vícios de qualidade por inadequação: no caso de vício aparente ou de fácil constatação, o direito de reclamar caduca em 30 (trinta dias) tratando-se de fornecimento de serviço ou de produto não durável, como os alimentos, os medicamentos e os serviços de transporte, e em 90 (noventa dias) tratando-se de fornecimento de serviço ou de produto durável, como são os imóveis, os automóveis, os serviços de oficina e os de engenharia (art. 26).³⁸²

Trata-se de prazo decadencial que se inicia a partir da entrega efetiva do

³⁷⁹ *Ibidem.*, p. 253-254.

³⁸⁰ *Ibidem.*, p. 229.

³⁸¹ É o que cita Leonardo Roscoe Bessa (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 147).

³⁸² Impende salientar que quando o Código Civil ou outra norma prevejam prazo mais vantajoso ao consumidor, este deve ser aplicado. Segundo Leonardo Roscoe Bessa, este é o sentido do diálogo das fontes, vez que não se pode aceitar a existência de tutela mais vantajosa ao comprador nas relações entre iguais do que aquela prevista para o consumidor (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 168-169).

produto ou do término da execução dos serviços. No caso de vício oculto, os prazos são idênticos, mas se iniciam a partir do momento em que ficar evidenciado o vício.³⁸³

Em relação ao vício oculto, é interessante observar a opção do legislador, que não estabeleceu prazo máximo para o aparecimento do vício, diferente do que fez o Código Civil no §1.º do art. 445. Segundo Leonardo Roscoe Bessa, o Código de Defesa do Consumidor adotou o critério da vida útil para o início da contagem do prazo decadencial, o que significa que a responsabilidade do fornecedor permanece enquanto o bem de consumo tiver vida útil, ou seja, se um vício surgir durante a vida útil de um produto ou serviço, mesmo que alguns anos após a entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços, deve o fornecedor ser obrigado a saná-lo. Note-se que a previsão é bastante favorável ao consumidor, mas, não obstante a inexistência de um limite legal expresso, não se trata de responsabilidade eterna, deve-se avaliar no caso concreto, se o produto ou serviço ainda mantém uma vida útil.³⁸⁴

Diante de tudo que foi dito acerca da responsabilidade do fornecedor pelos vícios de qualidade por inadequação dos produtos ou serviços, passemos agora à análise da estrutura processual disponível para a tutela dos direitos do consumidor nestes casos.

Primeiramente, é de se ressaltar que o fundamento para a prestação da tutela jurisdicional nesses casos está na responsabilidade do fornecedor em garantir a perfeição do cumprimento contratual. Não interessa a falta de segurança, a responsabilidade é *in re ipsa*, ou seja, deriva do cumprimento perfeito da obrigação contratual.³⁸⁵

³⁸³ Uma primeira observação a ser feita diz respeito ao prazo contratual de garantia do art. 50, que prevê que a garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. O que se indaga é se este prazo contratual se somaria ao prazo legal ou se os mesmos teriam início juntos. Para Leonardo Roscoe Bessa, não obstante alguns entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, estes prazos não deveriam ser somados e isso não prejudica o consumidor, porque o critério da vida útil dos produtos e serviços asseguraria o mesmo (*Ibidem.*, p. 169-172). Diversamente entende Rizzatto Nunes, para o qual o significado da garantia complementar é que apenas após o seu término tem início o prazo de garantia legal (NUNES, R. *Op. cit.* p. 363). Por fim, diga-se que o § 2.º do mesmo dispositivo prevê a interrupção do prazo decadencial nos casos de reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca, e de instauração de inquérito civil, até seu encerramento. Fala-se em interrupção porque o texto da lei faz referência ao termo *obstam*, e é mais benéfico ao consumidor que se entenda este termo como interrupção, que permite nova contagem de prazo.

³⁸⁴ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 163.

³⁸⁵ MARINONI, 2004a, p. 79-80.

Ver-se-á mais adiante que, quando se trata de responsabilidade por acidentes de consumo, aquela que obriga o fornecedor à reparação dos danos causados aos consumidores, o fundamento é a falta de segurança, pois é desta que decorre a causação dos danos.

Aqui, entretanto, não se fala de segurança, culpa ou dano, a obrigação surge do próprio dever de cumprimento contratual. O Código de Defesa do Consumidor faz alusão à *culpa*, mas para dispensá-la, e somente na parte que trata da responsabilidade pelos acidentes de consumo, diante da responsabilidade pelo dano decorrente do inadimplemento, pois, para esta, importa a culpa ou não do agente.

A diferença é fundamental, pois, no caso de responsabilidade pelo inadimplemento perfeito das obrigações, a tutela jurisdicional será para o adimplemento das obrigações, no caso de danos decorrentes de acidente de consumo, a tutela jurisdicional será para o ressarcimento dos danos.³⁸⁶

Sabe-se que o fornecedor tem o dever de cumprir as suas obrigações, colocando no mercado produtos com a qualidade e a quantidade garantidas. Estabelecida uma relação de consumo, se isto não ocorre há um vício de qualidade por inadequação e surge para o consumidor o direito de exigir o cumprimento perfeito da obrigação por parte do fornecedor.

No caso de vício no produto, o consumidor tem direito de exigir, inicialmente, a substituição das partes viciadas, e o fornecedor deverá fazer esse saneamento no prazo de trinta dias. Se o fornecedor não sanar o vício no prazo ou sendo o caso de uso imediato das alternativas do §1.º do art. 18, pode o consumidor pleitear junto ao fornecedor o cumprimento imediato de uma das três alternativas contidas no §1.º.

Não atendida a opção do consumidor por uma das alternativas, surge para o mesmo o interesse na busca da prestação jurisdicional. Pode ir a juízo solicitar tanto a substituição das partes viciadas do produto como uma das alternativas - a substituição do produto viciado por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso, a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada (ação redibitória), sem prejuízo das eventuais perdas e danos, e o abatimento proporcional do preço (ação estimatória ou *quantum minoris*).

No caso, se preferir a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada ou o abatimento proporcional do preço, terá tutela pelo equivalente

³⁸⁶ O tema já foi introduzido no final do primeiro capítulo do trabalho.

monetário. Do contrário, caso opte pela substituição das partes viciadas do produto ou pela substituição do produto viciado por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso, terá tutela específica do adimplemento, que irá conferir ao consumidor o cumprimento da obrigação contratual devida pelo fornecedor.³⁸⁷

Já se falou da importância da tutela específica, pois através da atuação jurisdicional, que usará de meios capazes de fazer cumprir a obrigação, se permite dar aos cidadãos o que efetivamente têm de direito.

No caso, o juiz determinará ao fornecedor que substitua as partes viciadas do produto ou o produto viciado por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso, a depender da escolha do consumidor.

Isso somente será possível com a aplicação do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor,³⁸⁸ pois ele permite a realização da tutela específica e disciplina as técnicas aptas para o alcance do que se objetiva, como a imposição de multa ao fornecedor para coagi-lo a entregar a coisa, a busca e apreensão do produto etc.

O fundamento, como já se disse, é a própria obrigação contratual perante o consumidor. Se o fornecedor não o faz espontaneamente, deve o juiz aplicar medidas para coagi-lo a fazer ou que permitam a realização da obrigação independentemente da atuação do mesmo.

No caso de vício de quantidade do produto, o raciocínio é o mesmo: o fundamento da responsabilização do fornecedor está na obrigação contratual assumida pelo mesmo.

Caso o consumidor precise ir a juízo, pode optar também pela tutela específica do adimplemento ao escolher a complementação do peso ou medida ou a

³⁸⁷ Interessante notar que a teoria dos vícios redibitórios, prevista no Código Civil, prevê que o adquirente da coisa, no caso de vício, pode rejeitá-la (ação redibitória) ou, alternativamente, reclamar o abatimento proporcional do preço (ação estimatória ou *quantum minoris*). Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, uma terceira alternativa surge: a substituição do produto viciado por outro da mesma espécie (art. 18, §1.º, inciso I). Logo, o consumidor tem um leque maior de alternativas, inclusive, o que é mais importante, pode buscar a tutela específica do adimplemento.

³⁸⁸ O art. 84 do Código de Defesa do Consumidor fala apenas em obrigações de fazer e não fazer, e o art. 461-A do Código de Processo Civil trata das obrigações de entrega de coisa, mas mesmo que não existisse o art. 461-A do Código de Processo Civil ou, mesmo que existisse, fosse proibido o diálogo das fontes, o fato de não constar expressamente do art. 84 a obrigação de entregar coisa não significa que o mesmo não pode ser aplicado para estes tipos de obrigação. Como elucida Luiz Guilherme Marinoni, [...] *a falta de previsão de modalidade executiva adequada para determinada situação concreta não obriga o juiz a aceitar que a sua decisão não possa propiciar a efetividade do direito reconhecido [...] os arts. 461 do CPC e 84 do CDC devem ser interpretados como fontes de técnicas processuais capazes de permitir a efetiva tutela dos direitos [...] a alusão à "obrigação", presente nos arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC, também abarca o dever de reparar o dano, e assim aponta para a possibilidade do uso das técnicas processuais nele previstas quando a necessidade for de reparação na forma específica* (MARINONI, 2004a, p. 105; 109).

substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios. Do contrário, se optar pelo abatimento proporcional do preço ou pela restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, terá tutela pelo equivalente.

O mesmo ocorre com os vícios de qualidade por inadequação dos serviços, o consumidor terá o direito de exigir jurisdicionalmente, como categorias de tutela específica, a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível, e a execução do serviço faltante.

Em se tratando de obrigação infungível, observe-se que o consumidor poderá requerer, cumulativamente ao pedido de reexecução dos serviços ou de execução do serviço faltante, a restituição imediata da quantia paga, pois se o fornecedor, mesmo com a aplicação de multa, não cumprir a ordem, não restará alternativa ao consumidor senão a tutela pelo equivalente em dinheiro.

Sendo a obrigação fungível e havendo a negativa do fornecedor, mesmo diante da aplicação das medidas cabíveis para forçá-lo ao adimplemento, poderá o consumidor requerer que a reexecução dos serviços ou a execução do serviço faltante seja realizada por terceiro às custas do devedor. É uma maneira de permitir a realização da tutela específica, mesmo que não seja pelo próprio fornecedor.

Note-se que a escolha de terceiro para a realização do serviço não precisa se submeter ao sistema previsto no Código de Processo Civil (arts. 633 a 638), pois, mesmo após as alterações legislativas introduzidas pela Lei n.º 11.232/05, o procedimento previsto continua inapropriado para a prestação da tutela jurisdicional efetiva, mormente quando determina ao exequente o adiantamento das quantias previstas na proposta.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o próprio consumidor indicará o terceiro capacitado, não havendo razão para se subordinar a uma indicação do fornecedor ou do juiz, não obstante a atividade corra por conta e risco do fornecedor. Além do mais, a multa pode ser utilizada para obrigar o fornecedor a custear o trabalho do terceiro, o que é uma opção mais do que adequada.³⁸⁹

Para Rizzatto Nunes, essa norma se dirige ao consumidor, que fará a escolha de terceiro da sua confiança, por conta e risco do fornecedor.³⁹⁰

Também quando se tratar de ação coletiva para a tutela dos interesses

³⁸⁹ *Ibidem.*, p. 103; 105.

³⁹⁰ NUNES, R. *Op. cit.* p. 249.

individuais homogêneos é possível e aconselhável que se busque a tutela específica do adimplemento para proteger os direitos individuais dos vários consumidores atingidos. A peculiaridade é que a sentença, neste caso, não obstante o art. 95 faça menção expressa à *sentença condenatória genérica* que fixa a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados, deve apenas declarar que o fornecedor cumpriu de maneira defeituosa a obrigação, entregando produto ou prestando serviço com vício de qualidade.³⁹¹

O consumidor individual, posteriormente, se habilitará e demonstrará o vínculo obrigacional com o fornecedor e, a partir daí, exigirá o adimplemento da obrigação ou o equivalente monetário, o que vai depender exclusivamente da escolha de cada consumidor.

Portanto, as próprias normas materiais, ao possibilitarem que o consumidor escolha a substituição das partes viciadas do produto, a substituição do produto viciado por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso, a complementação do peso ou medida, a substituição do produto com vício de quantidade por outro da mesma espécie, marca ou modelo, a reexecução dos serviços viciados, sem custo adicional e quando cabível, e a execução do serviço faltante, garantem ao mesmo o direito ao adimplemento específico da obrigação por parte do fornecedor. Essas normas materiais somadas ao art. 84 do Código consagram o direito do consumidor à tutela jurisdicional específica do adimplemento.

Por assim existir, essa consagração tem se mostrado uma prática plenamente viável nos tribunais, e duas razões podem justificar isso: a) a facilidade que a lei trouxe aos aplicadores do direito ao fazer expressa a possibilidade e a maneira de instrumentalização da tutela específica do adimplemento, tanto no âmbito material como processual; e b) o estágio evolutivo da atuação jurisdicional, que depois de quase vinte anos de existência do Código de Defesa do Consumidor se mostra comprometida com a tutela específica do adimplemento em favor do consumidor.

³⁹¹ MARINONI, 2004a, p. 104.

3.2.5 A responsabilidade por vícios de qualidade por insegurança (responsabilidade pelo fato do produto ou serviço ou responsabilidade por acidentes de consumo) e a tutela jurisdicional em face dos acidentes de consumo

É de se ressaltar inicialmente que o sistema criado pelo Código de Defesa do Consumidor para tratar do ressarcimento dos danos decorrentes de acidentes de consumo encaixa-se dentro do sistema geral da responsabilidade civil por danos previsto no Código Civil. Mas, devido à sua especificidade, afasta o regime geral quando da sua aplicação para ser utilizado de forma exclusiva, com exceção de quando não haja previsão específica no regime especial e o regime geral não contrarie o Código de Defesa do Consumidor, aí este (o regime geral) pode ser aplicado.

Para introduzir o estudo da responsabilidade por fato do produto ou serviço, cite-se a definição de Antônio Herman Benjamin: *“Fato do produto” ou “fato do serviço” quer significar dano causado por um produto ou por um serviço, ou seja, dano provocado (fato) por um produto ou um serviço.*³⁹²

E assim preceitua o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor:

“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

A premissa, como já se disse, é que os produtos e serviços colocados no mercado não acarretem riscos à saúde e à segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência da sua natureza e fruição.

O dano vai ocorrer quando um produto ou serviço for inseguro ao consumidor, por isso que, enquanto na responsabilidade por vícios dos produtos e serviços se considera a função própria do bem de consumo, na responsabilidade pelos acidentes de consumo se pondera a segurança dos mesmos, pois estes, além de serem adequados aos fins a que se destinam, devem objetivar a segurança do consumidor, de maneira que o mesmo não sofra danos quando da fruição dos bens de consumo.

Na realidade, a insegurança é uma característica comum do mercado de consumo e remete à ideia de risco, que significa a probabilidade de o produto ou

³⁹² BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 115.

serviço causar dano ao consumidor (acidente de consumo).³⁹³ Evidente que jamais existirá uma sociedade com segurança plena, mas o que se pretende é minimizar os riscos ao máximo e tutelar o consumidor quando este sofrer danos em consequência desses riscos.³⁹⁴

Quando um produto ou serviço causa um dano ao consumidor fala-se que o mesmo possui um defeito. O defeito pressupõe o vício, mas causa outros danos à pessoa do consumidor além do vício em si, por isso é mais devastador.³⁹⁵ Diz-se que [...] *O defeito vai além do produto ou do serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio jurídico mais amplo (seja moral, material, estético ou da imagem)*.³⁹⁶ Por isso a ideia de insegurança e risco.

Há vício de qualidade por insegurança quando um produto ou serviço é desconforme com as expectativas legítimas dos consumidores e tem a capacidade de provocar acidentes de consumo.³⁹⁷

Logo, quando um consumidor corta-se ao utilizar uma faca, não obstante estar presente a capacidade de provocar acidentes de consumo, não há a desconformidade em relação às expectativas legítimas do consumidor, pois não pode se esperar de uma faca outra coisa senão que ela corte.

Diferente ocorre com um eletrodoméstico que explode e fere o consumidor, além de se constatar a capacidade de provocar acidentes de consumo, não se esperava legitimamente que o eletrodoméstico fosse explodir, pois não foi feito para tal. Nesse último caso há um vício de qualidade por insegurança que obriga à responsabilização do fornecedor.

No tocante à expectativa legítima do consumidor, deve-se ter em mente

³⁹³ O risco não diz respeito apenas à possibilidade de os produtos ou serviços causarem danos, uma característica da sociedade moderna é a produção em série (massificada) e esta torna impossível a garantia de que produtos ou serviços não possuam vícios. Por isso o Código de Defesa do Consumidor, corretamente, tratou de cuidar dos direitos do consumidor, tanto em relação ao saneamento dos vícios, como em relação ao ressarcimento dos danos.

³⁹⁴ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 116.

³⁹⁵ Todos os vícios podem acarretar danos, inclusive os de quantidade. É o que ocorre, por exemplo, quando um consumidor compra uma determinada quantia de bebidas por valor promocional para a realização de uma festa familiar em sua casa e o mercado entrega quantia inferior à comprada, o que é visto apenas uma hora antes da festa, enquanto o consumidor coloca as bebidas para gelar. Imagine que é domingo, o mesmo mercado não está aberto e o consumidor precisa se dirigir a outro estabelecimento para comprar as bebidas faltantes, pelas quais precisa pagar o valor comum de mercado. Assim, mesmo que na segunda-feira o mercado entregue as bebidas faltantes ou devolva o valor pago por elas, o prejuízo com a compra das bebidas necessárias para a festa no outro estabelecimento pelo valor de mercado não será com isso ressarcido (hipótese formulada a partir de um exemplo citado por Rizzatto Nunes ((NUNES, R. *Op. cit.* p. 207-208).

³⁹⁶ *Ibidem.*, p. 167.

³⁹⁷ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 116.

duas concepções: a normalidade e a previsibilidade do risco, pois não se pode esperar que um produto ou serviço seja absolutamente seguro, pelo contrário, o risco é ínsito à sociedade. Vivemos todos numa sociedade de risco e os produtos e serviços são dotados de uma periculosidade inerente, que os torna sempre capazes de causarem acidentes, como, por exemplo, uma boneca, que na mão de uma criança pode servir de instrumento para lesionar outra criança.³⁹⁸

Mas como cuidar dessas situações? O direito do consumidor deve atuar apenas quando a insegurança ultrapassar o nível normal e previsível do risco, apenas nesses casos pode-se afirmar que um produto ou serviço é defeituoso ou viciado pela insegurança.³⁹⁹

Daí decorre a distinção entre periculosidade inerente e periculosidade adquirida.⁴⁰⁰ A primeira integra a zona da expectativa legítima do consumidor, vez que está de acordo com o tipo específico de produto ou serviço e o consumidor não se surpreende com o risco, pois tem total aptidão para prever a periculosidade.⁴⁰¹ Como dito, nesses casos não há defeito ou vício de qualidade por insegurança.⁴⁰²

A periculosidade adquirida, por sua vez, é aquela decorrente de um defeito

³⁹⁸ Luiz Guilherme Marinoni adverte para o risco do uso possível dos produtos, o fornecedor deve se preocupar não apenas com os riscos gerados pelo uso normal do produto, mas também pelos riscos do uso previsível, ainda que este fuja da finalidade do produto. Por exemplo: é previsível que a caneta esferográfica seja levada à boca, logo, a mesma não pode ser produzida com material tóxico; da mesma forma pode ocorrer com um brinquedo, que pode ser levado à boca pela criança; ou ainda com um remédio, que passa a ser utilizado como tóxico. Por isso, não podem ser confundidas as noções de *risco normal e previsível* e *uso previsível*. Mesmo no caso de uso previsível, se este gerar riscos aceitos deve o fornecedor alertar para os mesmos, dando as informações necessárias e adequadas ao consumidor, no caso de se constatar que o uso previsível do produto é potencialmente nocivo ou perigoso à saúde, a informação deverá ser ostensiva e adequada, e se o risco se apresentar inaceitável, deve o produto ser retirado do mercado (MARINONI, 2004a, p. 81-82).

³⁹⁹ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 117.

⁴⁰⁰ Há ainda uma terceira espécie de periculosidade, a exagerada, que nada mais é do que um tipo de periculosidade inerente que não tem seus riscos diminuídos pela informação adequada aos consumidores. Os produtos e serviços, neste caso, são considerados defeituosos por ficção e os riscos são tamanhos que não compensam a produção e comercialização dos produtos e serviços (Ibidem., p. 121).

⁴⁰¹ *A periculosidade só é inerente quando dotada de normalidade (isto em relação ao produto ou serviço) e de previsibilidade (isto em relação ao consumidor). Se assim não ocorre, cabe ao fornecedor a obrigação de advertir os consumidores (dever de informar) dos riscos inevitáveis.* (Ibidem., p. 118).

⁴⁰² Para se definir se a periculosidade de um produto ou serviço é inerente, importante o papel do Judiciário e da Administração Pública, esta em especial, pois fixa padrões mínimos de segurança para os bens de consumo. E mesmo que observados estes padrões, pode-se decidir pela responsabilização do fornecedor, pois a noção geral de expectativa legítima do consumidor deve ser observada e o fornecedor não pode ser liberado do dever de indenizar quando o produto ou serviço for perigoso, ainda que tenha observado os padrões mínimos de qualidade. O caso concreto, portanto, que vai permitir uma conclusão a partir da análise da apresentação do produto ou serviço, das informações acerca dos seus riscos e da maneira que foram estes utilizados (Ibidem., p. 118-119).

que, por qualquer razão, o produto ou serviço passa a apresentar. Diferencia-se da periculosidade inerente em razão da imprevisibilidade por parte do consumidor, e por isso causa vício de qualidade por insegurança.⁴⁰³

Em relação aos defeitos dos produtos, segundo consta do art. 12, o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação. Ainda, ressalva a hipótese de produto de melhor qualidade ter sido colocado no mercado, pois, nesse caso, o de qualidade inferior não pode ser considerado defeituoso.

A partir daí, pode-se dizer que os defeitos dos produtos dividem-se em três tipos: 1) defeitos de concepção⁴⁰⁴ (relacionados aos projetos de criação e às fórmulas dos produtos), 2) defeitos de fabricação⁴⁰⁵ (relacionados à fabricação, construção, montagem e manipulação de produtos) e 3) defeitos de comercialização⁴⁰⁶ (relacionados ao acondicionamento e às informações insuficientes ou inadequadas acerca da utilização e riscos dos produtos).⁴⁰⁷ Independente do tipo de defeito, tem o consumidor o direito à reparação dos danos sofridos.

A responsabilidade do fornecedor pelos acidentes de consumo é objetiva,⁴⁰⁸

⁴⁰³ Ibidem., p. 120.

⁴⁰⁴ O defeito de concepção, segundo Luiz Guilherme Marinoni, decorre da falta de segurança da própria idealização do produto, da definição de uma técnica ou de materiais que serão empregados na produção. Por isso, atinge todas as unidades de uma ou de algumas séries de produção (MARINONI, 2004a, p. 89).

⁴⁰⁵ O defeito é de fabricação quando decorre da fabricação inadequada das unidades de uma série ou da totalidade da mesma (Ibidem., p. 90).

⁴⁰⁶ Os defeitos de comercialização (ou de informação, como afirmam alguns) relacionam-se aos produtos que podem ser comercializados e vão depender do tipo de produto analisado, se os mesmos produzem riscos normais e previsíveis, ou se são potencialmente nocivos ou perigosos à saúde e à segurança. Aqui também se situam as informações devidas após a descoberta de periculosidade ou nocividade com o desenvolvimento da tecnologia (Idem).

⁴⁰⁷ Eduardo Gabriel Saad entende que os defeitos de concepção relacionam-se ao projeto, à construção e às fórmulas, os defeitos de fabricação à montagem, à manipulação e ao acondicionamento, e os defeitos de comercialização às informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (SAAD, E. G. *Op. cit.* p. 239).

⁴⁰⁸ A imputação é objetiva em razão dos riscos decorrentes da atividade que o fornecedor desenvolve. Para Silvia Yolanda Tanzi e Juan Martín Alterini, a teoria do risco proveito é aquela que se aplica às situações em que o sujeito cria os riscos e recebe os benefícios, por isso deve suportar os danos, afinal, quem cria o risco, cria também uma fonte de riqueza (ALTERINI, Juan Martín; TANZI, Silvia Yolanda. **La demanda de daños**. Buenos Aires: Carpetas de Derecho, 1999. p. 68-69). Segundo Roberto Senise Lisboa, [...] *a adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva foi a solução mais adequada diante da crise da responsabilidade civil no final do século XIX, porque a vítima não tinha como provar a culpa do fornecedor de produtos industriais e do transportador. A responsabilidade pela simples existência do nexo de causalidade, fundamentada na teoria do risco*

ou seja, independe de culpa,⁴⁰⁹ e também solidária entre fabricante, produtor, construtor e importador, ou seja, todos são responsáveis, sejam co-causadores do dano ou não (arts. 7.º, parágrafo único, 12, *caput*, e 25, §2.º).

Além disso, quando se tratar de dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação (art. 25 §2.º).

O fabricante, o produtor, o construtor e o importador não responderão apenas quando provarem que não colocaram o produto no mercado, quando, embora o tenham feito, o defeito inexistente, ou no caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, §3.º).

No caso de força maior e caso fortuito, a doutrina e a jurisprudência são um tanto divididas. Alguns entendem que, não obstante a omissão do Código de Defesa do Consumidor, o regime geral do Código Civil prevê a força maior e o caso fortuito como causas excludentes do nexo de responsabilidade e por isso estas devem ser consideradas.⁴¹⁰ Outros, entretanto, defendem que as hipóteses de excludentes trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor são *numerus clausus* e, por isso, nenhuma outra excludente deve ser considerada.⁴¹¹

Zelmo Denari, contudo, defende posição intermediária. Distingue a situação do caso fortuito e da força maior que ocorre antes da situação que ocorre depois da introdução do produto no mercado. Segundo afirma, quando esses acontecimentos se dão antes, não pode o fornecedor invocá-los como excludente da responsabilidade, em razão do dever de garantir que o produto não sofra qualquer

criado pelo exercício da atividade, viabilizou a efetiva reparação do dano em favor do consumidor, tanto por prejuízo patrimonial como extrapatrimonial (art. 6.º, VI, da Lei n. 8.078, de 1990). A proteção patrimonial deixou de ser a única preocupação na defesa do consumidor. Sob o princípio constitucional da dignidade humana, estabeleceu-se a garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor nos casos de acidente de consumo (LISBOA, R. S. Op. cit. p. 68).

⁴⁰⁹ Consta da justificativa da Diretiva n.º 85/374 (de 25 de julho de 1.985) do Conselho da Comunidade Européia que somente a responsabilidade do produtor independente da sua culpa constitui uma adequada solução para o problema específico de uma época caracterizada pelo progresso tecnológico, de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna (ISTITUTO PER LO STUDIO E LA DIFFUSIONE DELL' ARBITRATO E DEL DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE (ISDACI). *Op. cit.* p. 609)

⁴¹⁰ Neste sentido, Antônio Herman Benjamin e Eduardo Gabriel Saad (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 130. SAAD, E. G. *Op. cit.* p. 238). Também o Superior Tribunal de Justiça (REsp n.º 996.833/SP).

⁴¹¹ Clayton Maranhão, por sua vez, adverte que as hipóteses tratadas pelo Código de Defesa do Consumidor são *numerus clausus* de caso fortuito externo, por isso, afasta-se a culpa concorrente e o caso fortuito e força maior previstos no Código Civil como excludentes de responsabilidade (MARANHÃO, 2003, p. 292-294). Similarmente entendem Roberto Senise Lisboa e Rizzato Nunes (LISBOA, R. S. *Op. cit.* p. 315. NUNES, R. *Op. cit.* p. 271). O Superior Tribunal de Justiça também tem decisão recente à respeito (AgRg no Ag n.º 1113293/MG).

tipo de alteração em prol da segurança e da saúde do consumidor; quando se dão após a introdução do produto no mercado, há uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso, ficando afastada a responsabilidade por inocorrência dos respectivos pressupostos.⁴¹²

Ao lado dos demais fornecedores, o comerciante será igualmente responsável quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados, quando o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador, ou quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis (art. 13).⁴¹³

No tocante aos serviços, o art. 14 estabelece: *“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”*.⁴¹⁴

Em seguida, o mesmo diploma afirma que serviço defeituoso é aquele que não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido, com a observação de que a adoção de novas técnicas não torna defeituoso o serviço elaborado a partir das técnicas mais antigas (art. 14 §1.º e §2.º).

O defeito do serviço pode ser: 1) defeito de prestação, que ocorre quando do ato de prestar mediante um desvio de padrão de qualidade antes fixado, um 2) defeito de concepção, que surge quando da formulação, escolha de métodos e fixação de conteúdo do serviço, e 3) defeito de comercialização, que deriva de

⁴¹² GRINOVER, A. P. *et al. Op. cit.* p. 199-200.

⁴¹³ Portanto, a responsabilidade do comerciante é subsidiária, o que não significa excluir os responsáveis principais, que continuam solidariamente responsáveis ao lado do mesmo. Segundo consta do parágrafo único, aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso. Segundo Rizzatto Nunes, a disposição da norma quer significar que o comerciante tem as mesmas responsabilidades que os demais fornecedores e que, neste caso, ele é solidariamente responsável ao lado dos demais (NUNES, R. *Op. cit.* p. 275).

⁴¹⁴ Não obstante o tratamento em dispositivos diversos, da responsabilidade por fato do produto e da responsabilidade por fato do serviço não decorrem regimes absolutamente opostos, pelo contrário, a única diferença significativa é a responsabilização dos profissionais liberais quando da prestação de serviços, que será apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, § 4.º). É a única exceção que permite a responsabilização subjetiva do fornecedor, mas o profissional liberal será responsável subjetivamente apenas no caso de fato do serviço, pois no caso de vício do serviço responderá objetivamente (LISBOA, R. S. *Op. cit.* p. 289).

informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos do serviço.⁴¹⁵

A responsabilidade é objetiva e solidária entre todos os fornecedores envolvidos no serviço contratado, e será afastada apenas quando o fornecedor de serviços provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu ou se provar culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14 §3.º). Aqui também o caso fortuito e a força maior devem ser considerados, e vai depender do entendimento adotado.

Além da responsabilidade pelo risco normal do mercado, é importante observar que os riscos do desenvolvimento também devem ser suportados pelo fornecedor. São aqueles riscos decorrentes da falta de conhecimento científico e técnico acerca de produtos ou serviços quando da sua disponibilização no mercado e que, apenas com o desenvolvimento, vão sendo descobertos. Se a sociedade busca o avanço, esses riscos devem ser repartidos por todos, e por isso devem ser alocados pelo fornecedor, é forma de justiça distributiva que não deixa o consumidor vítima desamparado, e reflete em toda a sociedade.⁴¹⁶

Sobre os riscos do desenvolvimento, interessante a observação de Luiz Guilherme Marinoni, para o qual o fornecedor deve suportar esses riscos quando apostou nos lucros da comercialização dos produtos e serviços. Mas, caso a imediata colocação de um produto ou serviço no mercado tenha ocorrido por interesse da sociedade e do próprio Estado, o fornecedor e o Estado, antes da liberação para o comércio, deverão assumir compromisso a respeito de quem vai arcar com os riscos do desenvolvimento.⁴¹⁷

Nas duas hipóteses de vício de qualidade por insegurança, seja decorrente de fato do produto, seja decorrente de fato do serviço, o fundamento da responsabilidade é o vínculo criado pela relação jurídica de consumo, seja ela contratual ou não.

A dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual resta superada, o texto da lei não se prendeu a esta divisão clássica, inconciliável com o

⁴¹⁵ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 138.

⁴¹⁶ Esta é a opinião de Antonio Herman Benjamin, de Roberto Senise Lisboa, de Flavia Portella Puschel e de Eduardo Gabriel Saad (BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 132. LISBOA, R. S. *Op. cit.* p. 287. PUSCHEL, F. P. *Op. cit.* p. 18. SAAD, E. G. *Op. cit.* p. 241). Em sentido contrário, Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor – O cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 83-88). Também a Diretiva n.º 85/374 da Comunidade Econômica Européia, de 1.985, expressamente admite a teoria do risco do desenvolvimento como uma excludente de responsabilidade, bem como as legislações portuguesa (art. 5.º, e, do Decreto-Lei n.º 383/89), italiana (art. 6.º, e, do Decreto n.º 224/88) e germânica (§2.º, n. 5, da Lei de 20/06/90).

⁴¹⁷ MARINONI, 2004a, p. 91.

regime atual de proteção do consumidor. Para a responsabilização do fornecedor não interessa a diferença entre a existência ou não de um contrato entre fornecedor e vítima, o que fundamenta a responsabilização do fornecedor pelos acidentes de consumo é a existência de uma relação de consumo, seja decorrente da celebração de contrato entre consumidor e fornecedor, seja decorrente de fato que vitimou indivíduo que nunca havia contratado com o fornecedor.⁴¹⁸

Logo, é inútil diferenciar se o consumidor lesado é credor contratual ou não, deve-se falar apenas em responsabilidade pelos acidentes de consumo.⁴¹⁹

Dessa assertiva se conclui que o consumidor, para fins de reparação de dano decorrente de acidente de consumo, não precisa ser destinatário final do produto ou serviço para ter direito ao ressarcimento, basta que seja vítima do evento danoso. Aí se retorna ao conceito de consumidor por equiparação.

Daí que o profissional que adquiriu produto ou serviço para implementá-lo na sua atividade comercial - ou seja, como consumidor intermediário - e sofre danos também será considerado vítima do evento e receberá a proteção do Código de Defesa do Consumidor.⁴²⁰

Ressalte-se, ainda, que para haver a responsabilização do fornecedor é necessário provar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço. O defeito não necessita ser provado, pois cabe ao fornecedor provar a sua inexistência (arts. 12, §3.º, II e 14, §3.º, I).

São esses os pressupostos da responsabilidade por acidente de consumo, já que a imputação é objetiva e não se fala de culpa, basta a prova do dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço.

Por fim, também se deve observar que há um prazo para o consumidor reclamar dos danos decorrentes dos vícios de qualidade por insegurança: a teor do art. 27, prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem do prazo a partir do

⁴¹⁸ *E é justamente essa inversão de papéis (refere-se à inversão que ocorre na relação entre fornecedor e consumidor, enquanto o fornecedor está no pólo ativo da relação jurídica de consumo, o consumidor está no pólo ativo da relação de responsabilidade), signo indelével da relação jurídica de consumo, que permite aludir à superação da velha dicotomia das responsabilidades contratual e extracontratual. Segundo a doutrina corrente, o tratamento dado à matéria pelo Código de Defesa do Consumidor afasta a bipartição derivada do contrato ou do fato ilícito, rendendo ensejo à unificação summa divisio (GRINOVER, A. P. et al. Op. cit. p. 183)*

⁴¹⁹ "Art. 17 - Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento".

⁴²⁰ BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. Op. cit. p. 140.

conhecimento do dano e de sua autoria. Diferente do que ocorre com os vícios de qualidade por inadequação, o prazo para a pretensão reparatória dos danos decorrentes de acidente de consumo é prescricional e tem início a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Como já se disse, reconhecida a obrigação de ressarcir pelo fornecedor, a indenização deve ser a mais integral e ampla possível, para reparar danos patrimoniais e danos morais, inclusive aqueles causados no próprio bem de consumo.

Além de ampla e integral, a indenização deve se dar na forma adequada, de modo que a situação em que se encontraria o consumidor se não tivesse sofrido o dano seja restabelecida. Esse é outro princípio básico da obrigação de reparar os danos e preceitua que a reparação seja específica, pois esta permite o referido restabelecimento.

Essas regras e princípios que regulam a responsabilidade do fornecedor pelos acidentes de consumo dizem respeito ao direito material do consumidor, trata-se da proteção normativa material. Ocorre que a tutela do consumidor não se contenta, e nem poderia, com a proteção material, o consumidor, ao sofrer um dano, precisa procurar o Judiciário para a solução do seu conflito. Por isso, o processo deve ser estruturado para permitir uma efetiva tutela jurisdicional nesses casos, principalmente dotado de medidas executivas idôneas.⁴²¹

Para a situação de dano, a tutela jurisdicional correspondente é a ressarcitória, pois esta possibilita a reparação dos mesmos. A questão que se indaga, já introduzindo a próxima e última parte do trabalho, é: ao consumidor é assegurada a tutela ressarcitória nas suas duas modalidades, quais sejam, tutela específica (que está intimamente ligada à ideia de reparação natural) e pelo equivalente pecuniário? Existem técnicas processuais adequadas para a prestação da tutela ressarcitória específica?

Diferente do que ocorre com os vícios de qualidade por inadequação, diante dos quais tanto normas materiais como normas processuais se voltam ao

⁴²¹ Sobre a necessidade de respostas do Estado aos fenômenos e relações produtivas, no aspecto material e processual, Augusto Mario Morello: *Es de esta manera como los fenómenos y relaciones de la actividad productiva y el comercio internacional, el reconocimiento de la nueva dimensión (y eficiencia) del Estado, la irrupción dominante del mercado, y el protagonismo y presión de los grupos económicos, van suscitando con sonoridad cada vez más estridente un nuevo horizonte. Además, y principalmente, cuáles son la orientación y el tono de las respuestas del derecho de fondo y también del procesal* (MORELLO, A. M. *Op. cit.* p. 35-36).

cumprimento específico da obrigação e garantem ao consumidor a tutela jurisdicional específica do adimplemento, a responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo não é tão evidente em relação à tutela específica.

As normas materiais sempre asseguram o direito à reparação dos danos, mas, de regra, não faziam menção que a mesma poderia se dar na forma específica.⁴²² Isso nunca foi propriamente um problema, mas é evidente que influenciou o hábito jurídico brasileiro, sempre voltado à tutela pelo equivalente em dinheiro, herança do Estado Liberal.

Mesmo diante dos princípios gerais da reparação integral e natural ao estado anterior ao prejuízo, não havia outra senão a reparação dos danos mediante o pagamento de equivalente monetário. Afinal, como se entendia possível a monetização dos direitos, a própria indenização em dinheiro dava conta da reparação adequada dos danos.

Na realidade, como já se viu, há uma tradição cultural no que diz respeito à conversão das obrigações em pagamento de dinheiro, desde o art. 1.142 do Código Napoleônico, que previa que toda obrigação de fazer e de não fazer se resolvesse em perdas e danos. Na época, não se permitia intervir na esfera jurídica privada na busca do adimplemento das obrigações, para não afetar a liberdade do indivíduo, por isso as tutelas do adimplemento e reparatória apenas buscavam o pagamento de dinheiro, eram tutelas pelo equivalente monetário e se mostravam adequadas, pois os bens tinham sua avaliação monetária e buscar o patrimônio do devedor como crédito para a satisfação do credor era um ato lógico e ideal.

Como se falou, é interessante observar que o Código Civil de 1.916 não priorizou a tutela pelo equivalente, pelo contrário, o art. 1.534, que tratava da responsabilidade contratual, determina a substituição da prestação na espécie ajustada pelo seu valor no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo devedor.

No tocante à responsabilidade extracontratual, a fonte de praticamente todas as obrigações de ressarcimento no Código Civil de 1.926, o art. 159 previa tão somente que aquele que viola direito ou causa dano a outrem tem a obrigação de reparar o dano, não dizia expressamente que é possível o cumprimento dessa

⁴²² Faça-se a ressalva em relação ao art. 1.541 do Código Civil de 1.916, correspondente ao art. 952 do novo código, que tratava da reparação específica no caso de restituição ou esbulho do alheio, determinando que a indenização, nesses casos, consistisse na restituição da coisa, mais o valor das suas deteriorizações, ou, na falta dela, o seu equivalente em dinheiro.

obrigação na forma específica.

Mas foi a partir da redação do art. 947 do Código Civil de 2.002, segundo afirma Sérgio Cruz Arenhart, que a modalidade específica é *a maneira desejada pela qual se devem cumprir, legalmente, as obrigações*.⁴²³

O dispositivo se encontra no capítulo que trata da indenização. Veja-se o que diz o texto: “*Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente*”.

No que diz respeito à prestação da tutela jurisdicional, também já se viu que processo e procedimento foram desenhados para possibilitar a reparação em pecúnia. A sentença condenatória sempre deu conta da tutela pelo equivalente monetário, pois possibilita o recebimento de indenização em dinheiro através dos meios de execução correlacionados.⁴²⁴

Logo, como já se afirmou, foi o processo civil que transformou a obrigação de reparar os danos em tutela pelo equivalente em dinheiro, pois não previu técnicas adequadas para a prestação da tutela específica.

O primeiro passo para a mudança foi o reconhecimento do direito à efetiva prestação jurisdicional na Constituição de 1.988, pois este impulsionou os estudiosos na busca do significado deste direito fundamental.⁴²⁵

Também o tratamento da defesa do consumidor como direito fundamental influenciou, sobremaneira, a tutela jurisdicional do consumidor, principalmente após o nascimento do Código de Defesa do Consumidor. A partir do mesmo, as novidades foram significativas no aspecto processual, principalmente a previsão do art. 84, que rompeu um grande paradigma: nasce a disposição legal que autoriza o uso de técnicas processuais que permitem a obtenção da tutela específica, inclusive do ressarcimento.

⁴²³ ARENHART, 2003, p. 118.

⁴²⁴ Lembre-se da ressalva em relação ao fazer (arts. 632, com redação determinada pela Lei n.º 8.953/94, e 638) e ao desfazer (arts. 642 e 643) derivados da violação de uma obrigação de fazer ou não fazer, respectivamente, e às obrigações de emitir declaração de vontade (arts. 639 a 641, atualmente revogados pela Lei n.º 11.232/05).

⁴²⁵ Note-se a observação de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins sobre o reconhecimento da defesa do consumidor como direito fundamental: [...] *é no campo da reparação dos danos que se colocam os maiores problemas. De fato, não basta ao consumidor lesado saber que o produtor ou comerciante foi objeto de medidas sancionatórias de cunho penal ou administrativo. É necessário que a vítima tenha uma reparação patrimonial efetiva dos prejuízos sofridos, e é neste particular que se faz sentir nitidamente a obsolescência da legislação tradicional*. Logo, já na época da promulgação da Constituição se reconhecia a dificuldade em tutelar o consumidor, principalmente diante dos vícios dos produtos ou serviços e dos danos decorrentes dos acidentes de consumo (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 158).

De tudo, percebe-se que o direito material jamais obstou que a reparação do dano se desse na forma específica, por isso que, materialmente, nada justifica a prioridade da tutela pelo equivalente sobre a tutela específica. O que não existia antes do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (e posteriores arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil) eram técnicas processuais adequadas para permitir a tutela ressarcitória específica do direito de danos.

Por isso, hoje, é preciso repensar a responsabilidade do fornecedor por fato do produto ou serviço e a tutela jurisdicional ressarcitória dos danos decorrentes de acidentes de consumo a partir da perspectiva do direito fundamental à proteção do consumidor e do direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva, no intuito de viabilizar a forma mais adequada para reparar os danos sofridos pelos consumidores.

4 TUTELA RESSARCITÓRIA ESPECÍFICA DO CONSUMIDOR

4.1 O SISTEMA DA REPARAÇÃO DE DANOS

4.1.1 O preceito romano *neminem laedere*

Uma ordem jurídica precisa prever meios de se obter coativamente a obediência dos seus preceitos, pois os homens nem sempre cumprem as suas obrigações e obedecem aos imperativos do direito.

Segundo Liebman, isso se dá mediante o estabelecimento de sanções, que são os mecanismos impostos pela lei como consequência da inobservância dos preceitos jurídicos. Elas operaram como meio de pressão psicológica e também para restabelecer o equilíbrio através de outros meios que alcancem o resultado prático visado pelo imperativo primário, o qual não foi observado, ou a compensação jurídica da transgressão. Na esfera civil, que é a que interessa neste trabalho, a sanção consiste na satisfação coativa.⁴²⁶

A sanção civil, nas palavras de Liebman, visa à:

[...] anular os efeitos do ato ilícito, isto é, conseguir por outros meios o mesmo resultado, ou pelo menos outro, quanto mais possível equivalente ao que teria decorrido da espontânea observância do imperativo originário. Sua finalidade é reparatória, satisfativa: propõe-se restabelecer e satisfazer, à custa do responsável, o direito subjetivo que o ato ilícito violou. Isso nem sempre é materialmente possível; mas a sua tendência tem sempre esta direção e todo esforço é feito para atingir tal resultado. O restabelecimento da ordem jurídica através da satisfação integral do direito violado, conseguido com todos os meios ao alcance dos órgãos judiciários, eis o escopo da sanção; e este é justamente um dos fins máximos do processo civil.⁴²⁷

É através da atuação do órgão jurisdicional, mediante a atividade executiva, que se efetivam as medidas sancionadoras ou a satisfação coativa, como quis Liebman.⁴²⁸

Daí, na época, Liebman considerar que [...] *quanto maior for a flexibilidade e a riqueza dos meios executivos previstos pelo legislador, tanto maior será a*

⁴²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 1-3.

⁴²⁷ *Ibidem.*, p. 3.

⁴²⁸ Nas palavras do jurista, [...] *execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida*. Note-se que para Liebman somente havia execução quando havia uma ação executiva propriamente dita, e esta tinha por finalidade apenas a sub-rogação, outros meios coativos não tinha caráter executivo. A significação hoje é diversa no que diz respeito à atividade executiva (Idem).

*probabilidade de poder-se fazer execução em forma específica.*⁴²⁹

Outrossim, sabe-se que da convivência dos indivíduos em sociedade podem decorrer consequências de diversas ordens, algumas derivadas de fenômenos naturais ou sociais inevitáveis, outras da atuação, responsável ou não, dos próprios indivíduos que se relacionam em sociedade. Pode-se dizer que é possível, constantemente, causar danos, o que se intensificou após a globalização.

Como afirma Ghersi: *El ritmo agitado de la vida em los grandes centros urbanos, el cumplimiento acelerado de tapas históricas por parte de los pueblos, etc., son factores que han generado tensiones, conflictos que golpean a esse “ser”, que muchas veces es solo um triste espectador de esse devenir vertiginoso.*⁴³⁰

O ser humano, sempre tão exposto, principalmente às práticas do mercado, como homem íntegro que é, deve ter seus direitos respeitados, e quando houver qualquer ofensa aos mesmos, os danos decorrentes devem ser reparados pelo responsável. Nesse cenário, o homem e seu patrimônio estão protegidos, pois são a base do sistema, o pilar fundamental, seja enquanto ser individualmente considerado, seja enquanto coletividade.⁴³¹

Daí a conclusão de Ghersi de que existe uma obrigação de não causar danos, este é o fundamento da convivência entre os homens, que devem ser protegidos na sua integridade, em toda sua plenitude, na preservação dos seus bens e serviços como sinal vital da sua existência.⁴³²

É a consagração do preceito romano *neminem laedere*, que estabelece a regra de comportamento de *não lesar o próximo*. Desobedecido a esse comando, nasce a ilicitude, surgindo para o causador do dano a obrigação do ressarcimento e para o lesado o direito à reparação dos danos.

A sociedade deve necessariamente respeitar essa máxima herdada do direito romano, que constitui o dever geral de não causar danos aos demais. Diante do seu descumprimento, o direito outorga às vítimas as armas necessárias para que o causador do dano satisfaça, na medida do dano, a vítima.⁴³³

⁴²⁹ Ibidem., p. 7.

⁴³⁰ GHERSI, Carlos A. **Reparación de daños**: Acción del hombre. Autoría. Imputabilidad. Antijuridicidad. Culpabilidad. Factores objetivos. Equidad. Formas de reparación. Relación de causalidad. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992. p. 177.

⁴³¹ Ibidem., p. 183-184.

⁴³² Ibidem., p. 184-185.

⁴³³ ALTERINI, J.; TANZI, S. Y. *Op. cit.* p. 54.

Na mesma linha de raciocínio, ensina Clayton Reis:

Quando ultrapassamos a fronteira existente entre o nosso direito e o do próximo, violamos um dever moral consistente na obrigação de respeitar a integridade física e psíquica do nosso vizinho. A obrigação de não causar prejuízo a ninguém é o retrato de uma regra primária de convivência harmoniosa, princípio de comportamento moral sobre o qual se assentam todas as regras de direito, e até mesmo a regra moral ditada pela norma religiosa, consistente no preceito, “tratei a todos os homens como quereríeis que eles vos tratassem” (S. Lucas, cap. VI, v. 31).⁴³⁴

Na tendência atual do direito de danos, o objetivo primordial da responsabilidade civil é a proteção da vítima, principalmente daquela que padece da vulnerabilidade da era tecnológica.⁴³⁵

E caso a reparação espontânea do dano não ocorra, faz-se necessária a aplicação de sanção ao seu causador, através da atuação do Poder Judiciário. Essa sanção, como dizia Liebman, consiste na satisfação coativa da obrigação, qual seja, reparar o dano.

4.1.2 Princípio da reparação integral

Cometido um dano, surge para o responsável a obrigação de repará-lo como consequência do descumprimento da obrigação de não causar danos, que deverá ser satisfeita espontaneamente ou coativamente, mediante tutela ressarcitória que vise à reparação.⁴³⁶

Já se falou que, no tocante à reparação, o que vigora na teoria geral da responsabilidade civil é o princípio geral da restituição ou recomposição integral ao estado anterior ao prejuízo (*restitutio in integrum*), preconizado pelos romanos.

Causado um dano, o titular do bem lesado tem o direito à restituição integral⁴³⁷ dos bens afetados, sejam eles de ordem material ou imaterial. É o que

⁴³⁴ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21.

⁴³⁵ Assim é o entendimento de Graciela N. M. E. Gutiérrez (GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. *Función actual de la responsabilidad civil*. In.: REPRESAS, Félix Trigo; STIGLITZ, Rubén S. **Derecho de daños**. Buenos Aires: La Rocca, 2000. 1. p. 56). No mesmo sentido, Jorge Bustamante Alsina (ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 9. ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 100-101).

⁴³⁶ O próprio Ghersi prefere a expressão reparar aos sinônimos ressarcir e indenizar, pois, segundo o mesmo, reparar significa compor ou corrigir o dano sofrido por uma coisa, desagrarar ou satisfazer o ofendido e remediar ou evitar um dano ou prejuízo, traz uma idéia mais ampla que a palavra indenizar, que significa ressarcir um dano, prejuízo ou agravo (GHERSI, 1992, p. 211).

⁴³⁷ Para Atílio Aníbal Alterini, o adjetivo *integral* tem duas acepções: pode se referir à *reparação total*, que significa a reparação de todo o dano, ou à *reparação global*, que toma em conjunto todos os danos que o sistema admite como reparáveis. Em razão disso, prefere o uso da expressão *plena* ao

reza o art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

O que se pretende quando da reparação é que o prejudicado seja restituído exatamente por todos os danos que sofreu, incluindo aquilo que razoavelmente deixou de ganhar. Assim, no intuito de reparar integralmente a vítima, a lei diz que a indenização mede-se pela extensão do dano, o que significa que o objeto da reparação deve corresponder à perda sofrida.

Foi após a Constituição de 1.988 que o princípio da reparação integral estabeleceu bases sólidas em nosso ordenamento, como se pode notar do art. 5.º, V, que assegura o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. O intuito dessa regra é permitir que a ofensa seja reparada nas mesmas proporções do agravo, observada a extensão do dano.

Esse princípio foi também reconhecido pela Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça, que admite a cumulação dos danos materiais e morais, o que demonstra que o objetivo da reparação deve ser a satisfação integral diante da expectativa indenizatória do prejudicado.

Pode-se considerar também o pagamento da atualização monetária, dos juros, das custas processuais, dos honorários e da indenização suplementar, caso necessária, como correspondes do princípio da restituição integral, e não pode esse pagamento deixar de ser determinado, pena de não haver reparação adequada e integral dos danos.⁴³⁸

Ainda é possível perceber a intenção do legislador em assegurar a reparação integral dos danos na regra que assegura o ressarcimento dos lucros cessantes, ou seja, além daquilo que o prejudicado efetivamente perdeu - denominado de danos emergentes - também o que razoavelmente deixou de lucrar deve ser indenizado.⁴³⁹

Na avaliação dos danos emergentes, se apura o que efetivamente se perdeu, na avaliação dos lucros cessantes, analisa-se o que o prejudicado deixou de

invés da expressão *integral*, pois aquela trata da plenitude própria de cada ordenamento (ALTERINI, Juan Martín. **La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 17).

⁴³⁸ É a redação do art. 404 do Código Civil: “As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”.

⁴³⁹ Código Civil: “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

faturar. Como decorrência dos lucros cessantes, por exemplo, o causador do dano é condenado ao pagamento de pensão periódica pela perda de capacidade laboral da vítima, pela morte daquele que sustenta a família etc. Tudo isso está inserido na noção de reparação integral.

Aliás, da leitura dos arts. 944 a 954 do Código Civil, que pretendem estabelecer parâmetros para a fixação da indenização, a legislação institui princípios de reparação ampla, como também o faz o Código de Defesa do Consumidor ao prever o direito básico à efetiva prevenção e reparação dos danos. O pressuposto é que somente pode ser efetiva a reparação se esta proporcionar o ressarcimento de todos os danos sofridos, seus reflexos e incidências.

Afinal, o sistema não seria lógico se proporcionasse apenas a reparação parcial dos danos, pois se assim fosse, o lesado sofreria dupla injustiça, a primeira pela lesão sofrida, vez que não se pode negar que o acometimento do dano é um fato injusto imposto à vítima, e a segunda pela não restituição dos prejuízos dela decorrentes.

Nas palavras de Matilde Zavala de González, [...] *la extensión del resarcimiento se define por la relación de causalidad adecuada: se resarce completamente el dano causado y solo el dano causado por el hecho; es decir, se indemnizan todas las consecuencias objetivamente previsibles.*⁴⁴⁰

A mesma autora adverte, entretanto, que a plenitude que pretende o princípio da restituição integral não é fática, mas jurídica, ou seja, não se indeniza qualquer dano, mas somente aquele que interessa ao direito, desde que seja efetivamente relacionado ao fato denominado fonte. Se assim não fosse, a responsabilidade seria ilimitada e injusta.⁴⁴¹

É o que se depreende do art. 403 do Código Civil Brasileiro: *“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”*⁴⁴²

A partir dessas constatações, para que haja uma reparação ampla e integral, é necessária uma adequada avaliação do dano. Quando se trata de dano

⁴⁴⁰ GONZÁLES, Matilde Zavala de. **Actuaciones por daños**: Prevenir. Indemnizar. Sancionar. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 262.

⁴⁴¹ Idem.

⁴⁴² Não obstante o referido dispositivo diga respeito à responsabilidade contratual, o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento no sentido de que ele também se aplica à responsabilidade extracontratual (RE n.º 130764).

patrimonial, Araken de Assis afirma a aplicação do que denomina *teoria da diferença*, para a qual a indenização deve primeiro atentar para o valor individual do bem, considerando-se o patrimônio do lesado e não o valor de mercado, e depois atender à existência de eventuais vantagens carreadas ao ofendido (*compensatio lucri cum damno*⁴⁴³).

No tocante aos danos extrapatrimoniais, afirma-se que é uma ilusão falar de plenitude ressarcitória, pois é impossível restituir a situação precedente à lesão espiritual. Isso não significa, entretanto, que a reparação deva ser injusta, todos os aspectos devem ser considerados, na medida do possível, para se chegar a uma indenização realmente compensatória e suficiente para satisfazer a vítima. Este seria o sentido do princípio da restituição integral no caso de danos extrapatrimoniais.⁴⁴⁴

Na visão de Clayton Reis, reparar integralmente os danos extrapatrimoniais será impossível, vez que não se pode saber com precisão qual o valor do objeto da indenização. Isso exige que o julgador observe padrões para a fixação do *quantum* que correspondam à forma mais próxima de satisfazer integralmente a lesão, no sentido de alcançar a equivalência entre o dano e a quantia paga à vítima a título de reparação.⁴⁴⁵ E afirma:

A indenização dos danos morais deve ser observada como sendo uma “indenização valorativa”, já que se trata de pretendida tutela dos componentes axiológicos presentes em nosso espírito. Por esse motivo, o processo de ressarcimento dos danos imateriais assume uma inevitável função de importante recomposição dos valores que constituem a causa da nossa existência.⁴⁴⁶

São os componentes de natureza axiológica que conferem à reparação dos danos extrapatrimoniais função complementar, que extrapola o intuito da reparação, para se constituir instrumento de defesa de valores, de tutela de bens jurídicos. E como a restituição do bem imaterial é impossível, segundo o autor, a intenção da reparação do mesmo é a compensação ou satisfação da vítima.⁴⁴⁷

⁴⁴³ Mais adiante se fará menção, novamente, sobre a *compensatio lucri cum damno*.

⁴⁴⁴ GONZÁLES, M. Z. *Op. cit.* p. 263.

⁴⁴⁵ REIS, C. *Op. cit.* p. 15-16.

⁴⁴⁶ *Ibidem.*, p. 22.

⁴⁴⁷ Para Clayton Reis, reparação no sentido etimológico nos concede uma idéia de restabelecimento, renovação, recomposição, restauração, ressarcimento, indenização, reposição ao estado primitivo do dano ocasionado. A grande questão está em como transformar um conceito, cujo caráter é acentuatamente patrimonial, afinal, como ele mesmo afirma, *somente os bens materiais são suscetíveis de serem reconstituídos ao estado em que se encontravam antes do prejuízo causado*, para a indenização dos bens do espírito. Tanto doutrina como jurisprudência outorgaram à indenização o sentido de compensação ou satisfação da vítima, no intuito de apaziguar o natural

Para Judith Martins-Costa, ao visar à reparação integral dos danos extrapatrimoniais, o julgador não pode ignorar as funções que identifica no ressarcimento: o caráter compensatório, o caráter punitivo,⁴⁴⁸ que não pode ser excluído contemporaneamente, e o caráter pedagógico, que deve servir ao fornecedor com o intuito de prevenir novas práticas danosas, de grande importância para os danos de massa, como ocorre no direito do consumidor.⁴⁴⁹

A aceitação dessa tríplice função, segundo Judith Martins-Costa, excluiu a incidência do princípio da proporcionalidade quando da valoração do dano, pois este é um dogma conexo ao caráter puramente restitutivo da reparação.⁴⁵⁰

Mas essa questão não é tão assente na doutrina nacional e estrangeira. Clayton Reis, por exemplo, se posiciona contrário ao caráter punitivo, pois acredita que a responsabilidade civil deve se voltar à vítima e não ao ofensor, não é o lesionador que deve ser punido, mas a vítima que deve ser indenizada. A finalidade do processo indenizatório é restituir o lesado à situação anterior ao evento lesivo, de maneira integral e ampla. Não obstante, reconhece que o montante da indenização arbitrado pelo magistrado exerce importante função educativa no espírito do ofensor, além de exercer o papel de contenção dos ímpetos agressivos e antisociais dos delinquentes.⁴⁵¹

Matilde Zavala de González, por sua vez, diz que, por enquanto, há uma aceitação gradual das indenizações com caráter punitivo, vez que a responsabilidade por alguns danos assume conotação pública, quando afetos a paz social e o sentido elementar de justiça, especificamente quando se trata de atividade dolosa e desidiosa, que gere lucros bem superiores ao valor dos danos causados. Mas a função punitiva somente pode ser admitida quando os danos causados são

sentimento de vingança (Ibidem., p. 125-126).

⁴⁴⁸ Mencione-se, a exemplo, o julgado citado por Judith Martins-Costa, do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que reconhece a natureza da reparação do dano moral um misto de satisfação compensatória com a punição de ofensor, na busca de um efeito repressivo e pedagógico (Apelação Cível n.º 196032965, da 9ª Câmara Cível, Rel. Juiz Antônio Guilherme Tanger Jardim). Para a autora, o caráter punitivo da reparação relaciona-se com o instituto dos *punitive damages*, ou *exemplary damages* do direito norte-americano, aplicáveis nos casos de danos extrapatrimoniais coletivos (MARTINS-COSTA, J. *Op. cit.* p. 46).

⁴⁴⁹ Pela aceitação do objetivo satisfativo-punitivo da indenização dos danos morais Rizzato Nunes (NUNES, R. *Op. cit.* p. 308)

⁴⁵⁰ MARTINS-COSTA, J. *Op. cit.* p. 46. Contrário é o entendimento de Clayton Reis, para quem a indenização não deve ter um caráter punitivo e os critérios da razoabilidade e proporcionalidade devem pautar a fixação do *quantum* (REIS, C. *Op. cit.* p. 28). Já Araken de Assis, não obstante reconheça o caráter punitivo da indenização, afirma que a razoabilidade deve servir de critério para o arbitramento do dano moral (ASSIS, Araken de. *Liquidação do dano. Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 759, p. 11-23, jan. 1999. p. 19).

⁴⁵¹ REIS, C. *Op. cit.* p. 12-14; 146-147.

gravemente injustos ou quando o lucro adquirido com a lesão supera o custo da indenização, os objetivos essenciais do direito de danos são a prevenção e a reparação.⁴⁵²

Cite-se as observações feitas por Pedro N. Cazeaux e Félix A. Trigo Represas acerca dos *punitive damages* do *common law*:

El instituto em cuestión parte de la premisa de que la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, en particular cuando quien daña a outro infringiendo el ordenamiento jurídico, lo hace deliberadamente con el propósito de obtener un rédito o beneficio de tal proceder, o al menos con grave menosprecio para los derechos de terceros, con una negligencia o descuido craso.⁴⁵³

De fato, isso não pode ser negado pelo sistema da responsabilidade civil, principalmente em se tratando de ofensa aos novos danos, que em muitos casos ocorre como decorrência de atos propositais que proporcionarão lucros para o causador do dano.

De qualquer forma, admita-se ou não o caráter punitivo da indenização, a reparação deve ser integral, mesmo quando é difícil precisar com exatidão a extensão do dano, como ocorre no caso de danos extrapatrimoniais. Ainda assim, deve-se buscar integralidade.

4.1.3 Limites à reparação integral

De tudo que foi dito, percebe-se que a regra para a reparação dos danos é o princípio da restituição integral. Mas existem casos, entretanto, que admitem que essa regra seja limitada, como, por exemplo, a previsão do art. 1.069, §2.º do Código Civil Argentino, que prevê reparação atenuada quando houver impossibilidade ou dificuldade patrimonial do obrigado no cumprimento da obrigação, previsão sem correspondente em nosso ordenamento.

Atilio Aníbal Alterini entende que a responsabilidade civil pode ser limitada por fatores qualitativos e quantitativos. No caso dos primeiros, ocorre quando o direito comum não dispõe sobre a reparabilidade de todo o dano, como se dá, por exemplo, quando da aplicação da teoria da causalidade adequada, que determina a reparação somente dos danos imediatos, mediatos e previsíveis, que estejam em

⁴⁵² GONZÁLES, M. Z. *Op. cit.* p. 30; 44.

⁴⁵³ CAZEAUX, Pedro N.; REPRESAS, Félix A. Trigo. **Derecho de las obligaciones**. 3. ed. aum. e actual. La Plata: Platense S. R. L., 1996.

certa relação de causalidade com o fato, ou, ainda, quando o direito nega a indenização para determinado dano em casos justificáveis, como ocorre com a atuação em legítima defesa ou no exercício regular de um direito.⁴⁵⁴

Quanto à limitação quantitativa, ocorre quando o responsável está obrigado a indenizar a vítima até certo montante indenizatório máximo, por exemplo, quando da fixação de cláusula penal.⁴⁵⁵

No direito brasileiro, já se mencionou em nota que o art. 944 do Código Civil, que trata da extensão do dano, admite no seu parágrafo único que poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesse caso, a própria lei abriu exceção à regra da reparação ampla e integral ao admitir que a indenização não seja medida pela extensão do dano.

Cite-se um exemplo: num dia de muita chuva o motorista de um fusca, andando em velocidade compatível com a via, não consegue brecar o seu carro devido a uma aquaplanagem, não obstante tenha reduzido a velocidade adequadamente e os freios do seu veículo se encontrem em bom estado; assim, colide na traseira de um veículo da marca Porsche, que teve seu parachoque avariado. No exemplo, há excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, pois o motorista responsável pelo dano tomou todas as cautelas e mesmo assim causou o prejuízo, que é desproporcional à gravidade da sua culpa, vez que o parachoque do Porsche custa mais de 10 vezes o valor do fusca.

Nesse caso, pela disposição do parágrafo único do art. 944, pode o juiz reduzir equitativamente o valor da indenização em razão da excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

No caso de danos ao consumidor, não há dúvidas de que essa regra é inaplicável, pois limita a efetiva reparação dos danos assegurada no art. 6.º do Código de Defesa do Consumidor como um direito básico. Ademais, quando se trata de responsabilidade por danos de consumo, a responsabilidade, via de regra, é objetiva, não se fala de culpa do fornecedor, com exceção dos casos de fornecedor profissional liberal, como se verá adiante.

⁴⁵⁴ ALTERINI, J. M. *Op. cit.* p. 41-46.

⁴⁵⁵ *Ibidem.*, p. 47-60.

Nesse sentido a lição de Rui Stoco:

Também o parágrafo único desse artigo, segundo nos parece, rompe com a teoria da *restitutio in integrum* ao facultar ao juiz reduzir, equitativamente, a indenização se houver '*excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano*'. Ao adotar e fazer retornar os critérios de graus da culpa obrou mal, pois o dano material não pode sofrer influência dessa graduação se comprovado que o agente agiu culposamente ou que há nexo de causa e efeito entre a conduta e o resultado danoso, nos casos de responsabilidade objetiva ou sem culpa.⁴⁵⁶

Assim, no que diz respeito à responsabilidade do fornecedor por danos decorrentes de acidente de consumo, não se valora proporcionalmente grau de culpa, o que se deve visar com a reparação é que a mesma seja ampla e integral.

Outro limite legal à reparação integral está previsto no parágrafo único do art. 928 do Código Civil, que trata da obrigação de reparar dos incapazes, cuja indenização, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Nesta situação, se o fornecedor de produtos e serviços for incapaz e causar danos ao consumidor, se é que se pode pensar na hipótese do incapaz como fornecedor, fica excepcionado o princípio da reparação integral, além de ser possível o afastamento do próprio dever de indenizar.

Questões de ordem pública e interesse social também podem limitar a indenização, como ocorre com a Lei n.º 6.453/77, que trata da indenização por responsabilidade civil nas atividades nucleares.⁴⁵⁷

Outra limitação à reparação ampla e integral dos danos está contida no art. 416 do Código Civil, que trata do pagamento de cláusula penal pelo devedor que, culposamente, deixar de cumprir obrigação ou se constituir em mora. Para exigir a pena convencional, o credor não necessita alegar prejuízo, mas se esse existir e exceder o valor previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

É uma regra aplicável às relações civis, vez que é vedada a estipulação de cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar do fornecedor nos casos de vício do produto ou do serviço e fato do produto ou do serviço. Se for prevista qualquer exclusão do dever de indenizar, a disposição é

⁴⁵⁶ STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 5. ed., São Paulo: RT, 2001. p. 13.

⁴⁵⁷ A partir da redação do art. 21, XXII, da Constituição Federal, pode-se questionar se esta lei foi recepcionada pela constituição em 1.988.

inválida, pois trata de direito indisponível e caracteriza-se cláusula abusiva, além de violar o direito à efetiva prevenção e reparação dos danos.

O próprio art. 51, inciso I, afirma serem nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor nos casos de vício do produto ou do serviço ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Outro ponto que deve ser analisado no que diz respeito às limitações da reparação integral é o tarifamento do valor da indenização. Já se afirmou que a proibição do tarifamento é corolário do direito à efetiva prevenção e reparação de danos, pois a tarifação não permite que se mantenha estável, permanente e fixo o patrimônio do consumidor.

Um exemplo de tarifamento é o contido na Convenção de Varsóvia, que estabelece indenização tarifada para o caso de extravio de carga e bagagem em transporte aéreo. Na prática, a jurisprudência brasileira já determinou a aplicação da mesma compatibilizada com os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no caso de transporte aéreo internacional,⁴⁵⁸ para fazer prevalecer a reparação integral do dano.⁴⁵⁹

Outra situação é a da Diretiva n.º 85/374, da Comunidade Econômica Europeia, que admite o estabelecimento de teto financeiro para a responsabilidade do produtor em razão da morte e dos danos pessoais causados aos consumidores, mas com a condição de que tal limite seja fixado a um nível suficientemente elevado para garantir a adequada proteção dos consumidores e o correto funcionamento do mercado comum. A Alemanha, por exemplo, optou por estabelecer um limite máximo à responsabilidade global do produtor, que fixou em 160 milhões de marcos.⁴⁶⁰

A intenção da diretiva, ao exigir que os limites sejam fixados num nível suficientemente elevado para garantir a adequada proteção dos consumidores, não parece ser afastar por completo a reparação integral e ampla, pelo contrário, requer a reparação dos danos causados aos consumidores dentro de um nível que assegure a sua adequada proteção. Contudo, considerando que cada caso, no direito, é sempre um caso, não se pode excluir a possibilidade de consumidores serem prejudicados pelo tarifamento autorizado pela diretiva, mesmo que o nível

⁴⁵⁸ AgRg no Ag n.º 959.403/RJ.

⁴⁵⁹ REsp n.º 299.532/SP e REsp n.º 786.609/DF.

⁴⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 395.

estabelecido seja considerado suficiente para garantir a adequada proteção.

Para Juan Martín Alterini, é necessário e adequado limitar o valor da reparação, pois, no contexto do mercado, isso facilita a contratação de seguros de responsabilidade, o que beneficia as vítimas. A incerteza do valor das indenizações tem justificado a cobrança, pelas seguradoras, de taxas que não refletem o risco objetivo envolvido, por isso a tarifação, que é um tipo de limitação quantitativa, seria uma boa alternativa.⁴⁶¹

Na sequência, afirma que estabelecer limites dessa ordem confere certeza aos custos do agente econômico, enquanto que o regime atual atenta e desequilibra o sistema. Além disso, esse sistema permitiria a cobrança efetiva de uma indenização digna se articulado com o seguro, com mecanismos de pronto pagamento e com fundos de garantia, por isso não haveria colisão com a justiça, pois é melhor do que a obtenção de sentenças incobráveis.⁴⁶²

Mas, para que seja possível a limitação quantitativa, o autor identifica alguns elementos necessários: o monte máximo estabelecido deve ser razoável e não excluir o direito das partes de estipular indenização maior; a aceitação da limitação, no caso, vai depender da comprovação de que o causador do dano agiu diligentemente, principalmente na tentativa de prevenir o dano, e; a existência de seguro de responsabilidade, que disponibilize à vítima o dinheiro em tempo apropriado. Além disso, aponta a necessidade de ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva e de restrição das causas excludentes em benefício das vítimas.⁴⁶³

Considerando o direito do consumidor, a contratação de seguros de responsabilidade é benéfica, mas jamais vai dar conta, efetivamente, da tutela em face dos danos. A efetividade requer que a reparação seja, prioritariamente, na forma específica, e substituir a reparação específica pela valoração econômica dos prejuízos não é a melhor alternativa de ressarcimento, como adiante será visto.

O regime atual não desequilibra o sistema. As externalidades⁴⁶⁴ negativas do mercado são imputadas aos fornecedores e internalizadas no custo de produção, por uma questão de justiça distributiva. Assim, os consumidores lesados não ficam

⁴⁶¹ ALTERINI, J. M. *Op. cit.*, p. 47-60.

⁴⁶² *Ibidem.*, p. 71.

⁴⁶³ *Ibidem.*, p. 109-119.

⁴⁶⁴ Externalidade é um conceito afeto à ciência econômica e faz referência às atividades que envolvem a imposição involuntária de custos ou de benefícios, que acarretam efeitos positivos ou negativos sobre terceiros, sem que estes tenham oportunidade de impedi-los.

desamparados, todos pagam pelos custos sociais do desenvolvimento econômico. É uma maneira lógica e adequada de equilibrar as relações de consumo.⁴⁶⁵

A justiça deve primar pela cobrança efetiva de uma indenização digna, mas isso só pode ser alcançado se cada caso for considerado um caso, e se a tutela jurisdicional tiver meios adequados para garantir a realização dos direitos em concreto. A existência de seguro e fundos de garantia apenas serve com exclusividade quando o causador do dano não possui recursos para responder perante as vítimas, como em caso de falência. Fora dessas situações, não há porque achar que o seguro e os fundos de garantia, que permitem uma indenização limitada, são melhores do que uma decisão judicial que tenha apreciado o caso concreto, na sua individualidade e completude, e busque a forma adequada de reparação do dano, através de técnicas processuais adequadas. Essa é a verdadeira e efetiva tutela dos danos.

É inadmissível que o valor dos bens, para fins de indenização, seja considerado adequado e justo se fixado em lei. Direitos não podem ser monetizados, o direito de cada indivíduo é diferente, a depender dos fatores envolvidos no seu contexto específico. A lei pode prever os caminhos possíveis para se alcançar a valoração dos bens, mesmo que de forma aproximada, mas estabelecer, per si, um valor fixo para os mesmos é impossível. Somente a aplicação da lei ao caso, respeitados os preceitos constitucionais e observados os elementos concretos envolvidos, pode alcançar o sentido justo da indenização dos danos.

Ademais, o princípio da igualdade será afetado, mesmo que os limites se apliquem a todos, pois não considerar o jurisdicionado e o seu caso particularmente é ignorar o aspecto material do princípio da igualdade e reconhecer existente apenas a igualdade formal, permitindo o retorno aos preceitos do Estado Liberal.

Enfim, o jurista que se deparar com qualquer limitação à reparação integral dos danos aos consumidores, principalmente as advindas da defesa do mercado em favor de si mesmo, deve refletir o que se entende por direito à integridade física, psíquica e patrimonial, os quais precisam ser protegidos e, por isso, exigem que o direito básico à efetiva prevenção e reparação de danos seja realizado. O

⁴⁶⁵ Mencione-se o precedente americano *Escola vs. Coca Cola Bottling of Fresno*, de 1.944, citado por Ricardo Luis Lorenzetti, no qual o juiz Traynor determinou que o fabricante fosse responsabilizado, mesmo que não tenha sido negligente, porque é quem está em melhores condições de distribuir o risco e quem, além disso, pode preveni-lo. Este caso reflete a idéia básica da contenção dessas externalidades ao se repassar o custo ao fornecedor (LORENZETTI, R. L. *Op. cit.* p. 399).

tarifamento e outras limitações impedem que a proteção do consumidor seja real e total, ofendendo, diretamente, os preceitos constitucionais, principalmente o que consagra a proteção do consumidor como um direito fundamental.⁴⁶⁶

4.1.4 Reparação específica ou *in natura*

No ordenamento jurídico brasileiro, ressarcimento é sinônimo de indenização,⁴⁶⁷ que no dicionário jurídico significa a reparação ou a obrigação de reparar um dano ao direito, o que deve ser feito por aquele a quem cabe a responsabilidade direta ou indireta do ato ou fato que ocasionou o mesmo.⁴⁶⁸

Esta afirmação se justifica porque o vocábulo indenização, que segundo uns significa ressarcimento em dinheiro,⁴⁶⁹ não foi usado neste sentido em alguns dispositivos do Código Civil, como se nota dos arts. 948, 952 e 953.⁴⁷⁰ Diferente do que ocorre no Código Civil Argentino, que emprega o vocábulo ressarcimento em sentido genérico e recorre ao termo indenização para se referir ao ressarcimento em dinheiro.⁴⁷¹

De Plácido e Silva ensina que reparação, no sentido jurídico, exprime o ressarcimento, a indenização ou a retribuição pecuniária devida pelo dano que se tenha causado a alguém. A reparação, nesse aspecto, não se furta ao sentido de restabelecimento ao estado anterior ou recomposição da coisa para que fique como era anteriormente – traz a função de restabelecer uma situação, que se havia

⁴⁶⁶ Para Rizzatto Nunes, não há permissão constitucional para o tarifamento da indenização, havendo dano este deve ser ressarcido integralmente (NUNES, R. *Op. cit.* p. 307).

⁴⁶⁷ Segundo Pontes de Miranda, [...] *Quem indeniza torna indene o que foi danificado, o que algum fato atingiu, diminuindo o valor, ou extinguindo-o. Quem danificou há de indenizar* (PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. t. XXVI. p. 23).

⁴⁶⁸ INDENIZAÇÃO. In.: NEVES, Iêdo Batista. **Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições-Fases, 1988.

⁴⁶⁹ Como Rizzatto Nunes, para o qual indenização significa composição em dinheiro visando a reposição do *status quo ante* (NUNES, R. *Op. cit.* p. 306).

⁴⁷⁰ “Art. 948. No caso de homicídio, **a indenização consiste, sem excluir outras reparações**: [...]”; “Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, **além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado**. [...]”; “Art. 953. **A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido** [...]”(grifos nossos)

⁴⁷¹ Gabriel A. Stiglitz e Carlos A. Echevesti advertem que, embora o termo indenização seja sinônimo de ressarcimento, o Código Civil Argentino emprega o vocábulo ressarcimento genericamente, enquanto que recorre ao termo indenização para se referir ao ressarcimento em dinheiro (ECHEVESTI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A. Las acciones por daños y perjuicios. In.: ITURRASPE, Jorge Mosset (Dir.) **Responsabilidad civil**: teoria general. Presupuestos. Responsabilidades específicas. Buenos Aires: Hammurabi, 1997. p. 505-549. p. 513-514).

modificado, em virtude de prejuízo ou dano causado.⁴⁷²

Assim, quando se fala em reparação, ressarcimento ou indenização, não significa que se pagará o equivalente pecuniário pelos danos causados, o dano, antes de qualquer outra coisa, deve ser removido ou eliminado, mediante reparação natural (também conhecida como reparação *in natura* ou na forma específica). O que se percebe, entretanto, é o uso corrente da expressão *pagar indenização* para se referir ao dever de indenizar, o que reduz a reparação do dano ao pagamento de dinheiro.

Também não significa pagamento de equivalente pecuniário a expressão *perdas e danos*, que trata daquilo que efetivamente se perdeu somado ao que razoavelmente se deixou de ganhar. Por isso, quando o art. 84, §1.º do Código de Defesa do Consumidor, fala “*A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente*”, não faz alusão à ideia de conversão da obrigação pelo equivalente em dinheiro.

Aquele que responde por perdas e danos tem o dever de reparar, o que pode ser feito *in natura* ou pelo equivalente monetário, de maneira que a obrigação pelo adimplemento deverá ocorrer na forma específica e, se o autor não quiser ou for impossível a tutela específica, será a obrigação convertida em dever de reparar as perdas e danos, o que pode se dar na forma específica ou pelo equivalente pecuniário.

Ocorre que é muito comum a doutrina e a jurisprudência não cuidarem da diferença entre a reparação ou indenização *in natura* e a reparação ou indenização pelo equivalente monetário. Na maioria dos casos, ignora-se qualquer possibilidade ou existência da reparação natural no caso concreto, e os danos são ressarcidos mediante pagamento de dinheiro, que visa substituir, no patrimônio do prejudicado, o valor que representa o dano produzido.⁴⁷³

Com o dinheiro recebido, a vítima pode adquirir outros bens, mesmo que diversos do bem lesado. Assim, diz-se que a indenização monetária apenas restaura a utilidade que o bem danificado representava através do dinheiro.⁴⁷⁴

Em 1.971 Pontes de Miranda afirmava que os danos devem ser restaurados,

⁴⁷² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

⁴⁷³ MESA, Marcelo J. López; REPRESAS, Félix A. Trigo. **Tratado de la responsabilidad civil: el derecho de daños em la actualidad**. Teoria y práctica. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. IV. p. 809.

⁴⁷⁴ A ideia de restauração da utilidade será retomada adiante.

e restaurar é impulsionar para o estado anterior, ou restabelecendo *in natura* o *status quo ante*, ou indenizando em dinheiro. A indenização *in natura* tende à eliminação dos danos concretos ou reais, restabelecendo-se o estado de fato que existia ao tempo da infração. A indenização em dinheiro, também denominada pelo mesmo de restauração contabilística ou pelo valor, por sua vez, também tem por finalidade recompor, mas prestando o valor do que se perdeu ou do dano causado.⁴⁷⁵

Nas palavras do jurista: *No restabelecimento do estado anterior, tal como era, concretamente, o devedor tem de restaurar e dar conta do tempo que decorreu entre o fato ilícito e a restauração.*⁴⁷⁶

José de Aguiar Dias também já reconhecia que o ressarcimento do dano pode se processar de duas formas: pela reparação natural ou específica e pela indenização pecuniária. E desde aquela época já afirmava que o sistema da reparação específica corresponde melhor ao fim de restaurar, não obstante, a indenização em dinheiro ser mais frequente, dadas as dificuldades opostas à reparação natural na prática e pela impossibilidade de restabelecer rigorosamente a situação anterior ao dano.⁴⁷⁷

Essa ideia também estava expressa no art. 54 da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67)⁴⁷⁸ que dispõe: “A indenização do dano material tem por finalidade restituir o prejudicado ao estado anterior”. Desde aquela época, portanto, a obrigação do ofensor é reconstituir o patrimônio do ofendido ao estado anterior ao dano.

Ocorre que, como já se viu, o processo não dispunha de técnicas processuais adequadas para a efetiva e natural tutela dos danos, sequer havia técnicas apropriadas para buscar o cumprimento das obrigações primárias, quem dirá da obrigação de reparar danos.

Com o advento da Constituição e a busca pela efetividade do processo, a perspectiva da tutela do direito em face dos danos começou a mudar, principalmente

⁴⁷⁵ MIRANDA, P. *Op. cit.* p. 26.

⁴⁷⁶ *Idem.*

⁴⁷⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 407-408. Tem a mesma opinião Araken de Assis, que reconhece o desenvolvimento da indenização em dinheiro a passos largos, ocupando papel central nas modalidades de reparação (ASSIS, A. *Op. cit.* p. 15).

⁴⁷⁸ A citação foi feita para fins didáticos, como o serão todas as demais que fizerem referência à essa lei no decorrer do trabalho, pois o Supremo Tribunal Federal decidiu tornar sem efeito a totalidade da mesma ao concluir que ela é inconstitucional porque incompatível com a democracia e com a atual Constituição Federal.

se pensarmos sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe inúmeras novidades, principalmente no aspecto processual, com o art. 84 que autoriza o uso de técnicas processuais para a obtenção da tutela específica, inclusive do ressarcimento.

A posterior redação do art. 947 do Código Civil de 2.002 acabou de vez por consagrar a reparação *in natura* como modalidade preferível para o cumprimento das obrigações, inclusive a de reparar os danos. Assim, nada justifica hoje a prioridade da tutela pelo equivalente em dinheiro sobre a tutela específica.

Para Clayton Reis, *o objetivo norteador do preceito indenizatório consiste na restituição in natura do bem ofendido, situação em que o responsável pela ação danosa seja obrigado a entregar à vítima coisa íntegra, do mesmo gênero, qualidade e quantidade daquela violada ou subtraída da posse do seu titular. É do mesmo a ideia de repristinação, no sentido de reposição integral do bem ofendido.*⁴⁷⁹

A reparação integral está intimamente relacionada com a reparação natural, porque há uma ligação entre os dois princípios básicos da obrigação de reparar o dano: a extensão do dano e a forma de cumprimento da indenização. Quanto à extensão do dano, prevalece o princípio da indenização completa e integral, como já foi visto. Quanto às formas de reparação, a recomposição natural constitui-se forma mais adequada de reparação, pois restaura a situação jurídica do lesado ao estado anterior ao dano.⁴⁸⁰

Veja-se a opinião de Clayton Reis: *Resulta inequívoco que o princípio da reposição in natura é o que melhor atende à idéia da completa reparação do bem afetado, isto porque o lesionado almeja que o bem perdido seja repostado na sua forma original.*⁴⁸¹

No direito alemão,⁴⁸² por exemplo, o art. 249 do BGB prevê: *“Quem está obrigado à indenização por danos há de repor o estado que existia se a circunstância que obriga à indenização não se tivesse produzido.”*⁴⁸³

⁴⁷⁹ REIS, C. *Op. cit.* p. 22; 75.

⁴⁸⁰ LISBOA, R. S. *Op. cit.* p. 133-134.

⁴⁸¹ REIS, C. *Op. cit.* p. 233.

⁴⁸² Segundo mencionam Félix A. Trigo Represas e Marcelo J. López Mesa, a jurisprudência alemã do pós-guerra passou a se orientar no sentido de rechaçar a indenização em dinheiro. E citam o exemplo de uma sentença do Tribunal de Mamm que condenou o demandado a entregar ao prejudicado um cavalo de trabalho, preferentemente égua, equivalente ao que morreu na casa do demandado no outono de 1.945, égua zaina escura de cinco a seis anos de idade (classe especial, preço regular dois mil e seiscentos Reichsmark) (MESA, M. J. L.; REPRESAS, F. A. *Op. cit.* p. 818).

⁴⁸³ Tradução livre de Luciane Gonçalves Tessler da citação em espanhol (TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente:** tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do

O Código Civil Mexicano tem previsão similar: *“La reparación del dano debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando ello sea imposible en el pago de daños y perjuicios.”*

No direito português também a legislação material faz a preferência pela reparação natural. Note-se a redação do art. 562.º do Código Civil Português: *“(Princípio geral) Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.”*

O dispositivo já inicia fazendo alusão de que trata do princípio geral da obrigação de indenizar, qual seja, reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento gerador da obrigação de indenizar.

Em seguida, o art. 566.º, que regula a indenização em dinheiro, prevê: *“1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor. 2. [...]”*

Há expressa referência, portanto, à subsidiariedade da fixação da indenização pelo equivalente monetário, que somente vai ocorrer se a reconstituição natural não for possível, não reparar integralmente os danos ou se for excessivamente onerosa.

A ideia se repete no Código Processual Civil Italiano art. 2.058: *“Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore.”*

E também no Código Civil Argentino. O art. 1.083 dispõe: *“[...] el resarcimiento de daños consistirá em la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, em cuyo caso la indemnización se fijara em dinero. También podra el damnificado optar por la indemnización em dinero.”*

Sobre o tema, comenta Jorge Bustamante Alsina: *[...] la sanción resarcitoria tiende a restablecer las cosas al estado anterior (statu quo ante) em cuanto fuere posible, desmantelando la obra ilícita mediante el aniquilamento de sus efectos pasados, presentes y futuros.*⁴⁸⁴

ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 9). p. 354).

⁴⁸⁴ ALSINA, 1997, p. 77.

E, na sequência, elucida o que significa esse retorno nas seguintes situações fáticas: se o dano foi causado por um ato ilícito, deve repor-se o patrimônio ao mesmo estado em que se encontrava antes do dano; se o dano decorreu do descumprimento de um contrato, o patrimônio deve colocar-se nos mesmos termos em que estariam se o contrato tivesse sido cumprido; e, se o dano resultou da frustração na realização de um contrato, o patrimônio deve ser colocado nos mesmos termos que estaria se a negociação não tivesse se realizado.⁴⁸⁵

No sistema brasileiro, apesar da demonstrada prioridade da reparação natural, parece haver certa dificuldade na aplicação do ressarcimento específico, mesmo após consideráveis alterações a nível legislativo - Constituição de 1.988, Código de Defesa do Consumidor de 1.980, reformas processuais de 1.994 e Código Civil de 2.002. Na prática forense, o que se vê são ações indenizatórias que visam ao pagamento de soma em dinheiro, os próprios advogados, responsáveis pela formulação das demandas, desconsideram a possibilidade da reparação *in natura*. Além do que, na maioria dos casos, a parte lesada dá conta de sanar os danos sofridos e, posteriormente, pede o pagamento dos mesmos.

Os pedidos formulados em juízo geralmente suscitam *pagamento de indenização no valor de..., condenação ao pagamento de... reais*. Não se vê pedido de reparação que pretenda o ressarcimento *in natura* dos danos, tampouco o seu pedido prioritário e, subsidiariamente, a condenação do responsável ao pagamento de soma em dinheiro caso não seja possível a reparação natural, o que deveria ser padrão nos pleitos indenizatórios. Nota-se, assim, uma supremacia operativa da tutela ressarcitória em dinheiro.

Dentro dessa sistemática, há quem defenda a reparação pelo equivalente monetário, como Ramón Daniel Pizarro, para o qual a imposição abrupta da reparação pelo equivalente pecuniário decorre do fato desta forma de reparação, apesar de não resultar ideal, ser muito mais flexível e permitir a colocação do patrimônio da vítima a uma situação aproximada à que tinha antes.⁴⁸⁶

Jorge Bustamante Alsina também se manifesta neste sentido, pois, na sua opinião, a indenização em dinheiro é capaz de satisfazer o credor. Daí que chega a afirmar que a reforma legislativa argentina introduzida pela Lei 17.711, que alterou o

⁴⁸⁵ Ibidem., p. 78.

⁴⁸⁶ PIZARRO, Ramón Daniel. **Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación: daños por noticias inexactas o agraviantes**. 2. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 504-505.

art. 1.083 do Código Civil para prever a prioridade da reparação *in natura*, é letra morta.⁴⁸⁷

Matilde Zavala de González identifica alguns fatores que, segundo ela, justificariam a supremacia operativa do ressarcimento por equivalente monetário no caso de danos patrimoniais: a reparação pelo equivalente seria meio idôneo para a reparação integral de danos econômicos; na maioria dos casos, a reparação natural é impossível ou dificultosa, pois há dificuldade de se encontrar no mercado bens funcional e economicamente iguais; nos sistemas onde a regra é a reparação natural, como o argentino, mesmo quando possível a reparação específica, a preferência da vítima é pela indenização em dinheiro; o ressarcimento em dinheiro é uma técnica de liquidação mais simples e conveniente, e elimina muitas dúvidas sobre a eficiência e plenitude indenizatória.⁴⁸⁸

Ocorre que esses argumentos podem e devem ser superados.

Já se demonstrou que o princípio da reparação integral é melhor satisfeito através da reparação *in natura*, ainda que esta alcance apenas situação aproximada daquela anterior ao dano. Mesmo nesse caso, a reparação natural é melhor do que o pagamento de soma em dinheiro, pois este, mesmo que corresponda ao exato valor do bem danificado, se constitui representativo do mesmo.

Jorge Mosset Iturraspe entende que o dinheiro é um comum denominador de valores, e pode levar a uma justa e equitativa valoração do dano, porém, adverte que o ressarcimento em dinheiro se dá apenas por analogia ou semelhança, pois não apaga o ilícito. Do contrário, a volta das coisas ao seu estado anterior, realizada pelo ressarcimento *in natura*, o apaga, repondo a situação preexistente.⁴⁸⁹

Assim, defende que, no direito moderno, o credor não tem direito sobre o patrimônio do devedor, senão um poder, implícito no direito à prestação, de constranger o devedor ao cumprimento, de modo que se harmonize o binômio dívida/responsabilidade.⁴⁹⁰

E se há dificuldade ou impossibilidade de reparação natural na maioria dos casos, seja pela impossibilidade de se encontrar no mercado bens funcional e economicamente iguais ao lesado, seja por quaisquer outros motivos, mesmo assim

⁴⁸⁷ ALSINA, 1997, p. 80.

⁴⁸⁸ GONZÁLES, M. Z. *Op. cit.* p. 271-272.

⁴⁸⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**: parte general. Buenos Aires: Rubinzal, 1998. t. I. p. 380.

⁴⁹⁰ *Ibidem.*, 380-381.

não se justifica a indenização em dinheiro naquelas situações em que a reparação natural é fática e juridicamente possível; se dentre dez ações visando à reparação de danos, apenas uma delas admitir reparação específica, é esta que deve ser realizada, e sua prioridade continua sendo a regra no ordenamento, mesmo que proporcionalmente se mostre uma medida mais difícil de ser alcançada.

No tocante à suposta preferência das vítimas pela indenização em dinheiro, o que se nota, no direito brasileiro, é que a maior dificuldade da reparação específica sempre foi a inexistência de técnicas processuais adequadas, que foi o que gerou a preferência ou o desconhecimento das vítimas em relação à tutela dos direitos *in natura*.

Ademais, diversamente do que afirma Matilde Zavala de González, o uso das técnicas processuais previstas para a implementação da tutela ressarcitória específica é bem mais simples e rápido do que o procedimento previsto para execução por quantia certa.

Se realmente existe qualquer supremacia operativa do ressarcimento por equivalente monetário, esta deve ser combatida, não se pode aceitar, de braços cruzados, que o direito à efetiva reparação dos danos, mormente dos consumidores, se transforme em condenação de pagar dinheiro. Se a Constituição consagra um direito fundamental que assegura a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva, é preciso lutar contra essa supremacia operacional, pois ela é falsa, uma vez que existem técnicas processuais adequadas para inverter esse quadro, e a Constituição exige que assim o seja.

4.1.5 Reparação *in natura* dos danos extrapatrimoniais

No direito brasileiro, cláusulas gerais tratam da responsabilidade por danos extrapatrimoniais. O fundamento básico dessa proteção, em se tratando de danos à pessoa ou à personalidade, é o art. 1.º, III da Constituição, que prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Além deste, também o art. 5.º, incisos V e X, que tratam do direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral e material à imagem, e da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano moral ou material decorrente da sua violação, e o art. 6.º, VI e VII do Código de Defesa do Consumidor, que trata do

direito à efetiva prevenção e reparação de danos do consumidor, são cláusulas protetivas dos direitos extrapatrimoniais.

A dificuldade em admitir a existência de danos extrapatrimoniais, que por muito tempo existiu, esteve vinculada à problemática em torno da sua adequada valoração e satisfação perante o ofendido,⁴⁹¹ como se dá, por exemplo, com os direitos da personalidade, que não têm valor econômico.⁴⁹²

Pode-se dizer que, hoje, a liquidação do dano extrapatrimonial ainda é um problema, mas devido às várias espécies de dano existentes e à sistematização legal em torno da matéria.

Outro problema também reside no princípio da dupla forma de reparação. Segundo Judith Martins-Costa, não obstante a preferência pela reparação *in natura*, a prática demonstra que, quantitativa e qualitativamente, a indenização em dinheiro ocupa o papel central nas modalidades de reparação.⁴⁹³

Mas, independente dos empecilhos, Araken de Assis entende que, independente do bem danificado, inclusive no caso de danos extrapatrimoniais, a indenização há de ser *in natura*, e cita como exemplo a resposta ou retificação do ilícito contra a honra, previsto no art. 29 da Lei n.º 5.250/67. A indenização pelo equivalente pecuniário é subsidiária.⁴⁹⁴

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: *Tratando-se de bem não patrimonial é evidente que a tutela ressarcitória na forma específica é a melhor alternativa para que o direito não seja monetizado ou expropriado.*⁴⁹⁵

⁴⁹¹ Já advertia Pontes de Miranda, dissonante, que impatrimonialidade não quer dizer inavaliabilidade (MIRANDA, P. *Op. cit.* p. 33).

⁴⁹² São bens de maior importância porque os homens os possuem por sua qualidade e se servem dos mesmos para desenvolver sua personalidade no âmbito da sociedade em que vivem, satisfazendo suas necessidades materiais e os fins éticos que estão destinados a cumprir (ALSINA, Jorge Bustamante. **Responsabilidad civil y otros estudios**: doctrina y comentarios de jurisprudencia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984-95. v. II. p. 30).

⁴⁹³ A autora defende a via do arbitramento como melhor maneira para a liquidação dos danos, evitando a formulação de regras prévias, pois deve o juiz avaliar o caso. Mas para que este não gere desigualdades de tratamento, o ideal seria o estabelecimento de *grupos de casos típicos*, a depender do interesse extrapatrimonial lesado e da identidade ou similitude (MARTINS-COSTA, J. *Op. cit.* p. 41). Na realidade, o arbitramento é a cláusula geral para a avaliação do dano, que somente será afastado se existirem regras próprias de avaliação. Note da leitura do art. 475-C do Código de Processo Civil: “*Far-se-á a liquidação por arbitramento quando: [...] II – o exigir a natureza do objeto da liquidação.*” (ASSIS, A. *Op. cit.* p. 12). Para Clayton Reis, o juiz, ao arbitrar a reparação, deve apreciar todos os fatores imponderáveis que foram determinantes na causação do dano (REIS, C. *Op. cit.* p. 77).

⁴⁹⁴ ASSIS, A. *Op. cit.* p. 14-15.

⁴⁹⁵ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.* p. 450.

O argentino Carlos A. Ghersi, entretanto, afirma a irreparabilidade integral e natural dos danos extrapatrimoniais, pois entende que sua característica e essência não permitiriam a composição do dano *in natura*.⁴⁹⁶

Por isso, para ressarcir o dano, o art. 1.078 do Código Civil fala em desagravo ou satisfação do ofendido: “*La obligación de resarcir el dano causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de perdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.*”

Segundo o autor, a ideia é estabelecer a solidariedade como fator social de convivência, como pretende a reparação de qualquer dano, já que não é possível, de maneira correspondente, restituir o lesado à situação anterior ao dano.⁴⁹⁷

Atílio Aníbal Alterini e Roberto M. López Cabana afirmam: *El resarcimiento en esta materia debe concebirse más allá de la idea de fijar un pretium doloris. La única reparación posible del dolor es mitigar los padecimientos – que no es suprimirlos – através del consuelo.*⁴⁹⁸ Justamente por isso os citados autores entendem que a moeda é imperfeita para ressarcir esses prejuízos, outros meios seriam mais adequados para aliviar a dor.⁴⁹⁹

Pontes de Miranda se manifestou no sentido de que não é possível a reparação natural se há dano irreparável para a saúde ou para a capacidade de trabalho de outrem, mas reconhece que, no caso de outros danos extrapatrimoniais, pode esta ocorrer, como se dá com a determinação da retratação, que é reparação *in natura* segundo ele.⁵⁰⁰

A partir dessas considerações, se afirma que o consumidor não pode ter sua integridade física e psíquica valorada comercialmente. Seu patrimônio íntimo não está no mercado, por isso a impossibilidade de traduzi-lo em dinheiro. Constata-se,

⁴⁹⁶ GHERSI, 1992, p. 213. GONZÁLES, M. Z. *Op. cit.* p. 274.

⁴⁹⁷ GHERSI, 1992, p. 221.

⁴⁹⁸ ALTERINI, Atílio Aníbal; CABANA, Roberto M. López (Dir.) **La responsabilidad**: homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg. Buenos Aires: Alberto-Perrot, 1995. p. 382. Similarmente, Eduardo Talamini, ao tratar da sanção ressarcitória: [...] *destina-se a produzir resultado equivalente ao que deveria ter ocorrido ou pelo menos compense a violação da norma, através da quantia monetária ou outro meio que atenua os efeitos danosos da violação. Há propriamente equivalência quando os interesses lesados são possíveis de aferição patrimonial. Quando isso não ocorre, a indenização, se não repara propriamente os danos, atribui uma compensação dos prejuízos sofridos (danos morais)* (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 183).

⁴⁹⁹ ALTERINI, A.; CABANA, R. M. L. *Op. cit.* p. 387.

⁵⁰⁰ MIRANDA, P. *Op. cit.* p. 29; 35. José de Aguiar Dias também admitia situações de reparação natural no caso de danos extrapatrimoniais, como a lesão corporal curável ou as consequências exteriores da injúria ou da calúnia (DIAS, J. A. *Op. cit.* p. 423).

assim, que a monetização dos direitos da época liberal foi uma falácia jurídica.⁵⁰¹

Exatamente por esse motivo a reparação *in natura* é a melhor forma de ressarcir os danos.

Mas, não pode se descartar a possibilidade de reparação em dinheiro, quando a tutela específica for insuficiente para reparar integralmente os danos. Nesse caso, a reparação pelo equivalente monetário possibilitará a compensação do sujeito lesado ou poderá ter a finalidade punitiva, seja porque o bem lesado não pertence a ninguém individualmente, como o meio ambiente, seja porque, mesmo reparando o dano, o infrator auferirá benefícios com o ilícito.⁵⁰²

Luciane Gonçalves Tessler, ao tratar dos danos ao meio ambiente, além da recuperação *in natura* do bem lesado, fala que o causador do dano tem a responsabilidade por todas as perdas sociais decorrentes da lesão, sob pena de se verificar a privatização de vantagens com a socialização das perdas. Em razão disso, deve o mesmo responder pelo desequilíbrio no ecossistema e pela privação da sociedade em relação à higidez ambiental, o que não se confunde com os lucros cessantes. Ainda, deve responder pelo *quantum* da internalização das externalidades produzidas, pois jamais a emissão de externalidades negativas deve ser compensatória e lucrativa ao poluidor.⁵⁰³

Assim, segundo a autora, a repressão tem de determinar que o poluidor, além de reparar o dano propriamente dito, responda pelo desequilíbrio no ecossistema, pela privação da sociedade em relação à higidez ambiental e pelo equivalente ao benefício que auferiu com a poluição, com a finalidade moral e educativa.⁵⁰⁴

Com a proteção do consumidor também não deve ser diferente, toda vez que para o fornecedor for mais lucrativo causar danos aos consumidores do que respeitar o preceito *neminem laedere*, deve o juiz preocupar-se em fixar uma indenização equivalente aos benefícios auferidos pelo mesmo com os acidentes de consumo, a fim de evitar que atitudes do tipo se tornem atividades vantajosas ao fornecedor.

⁵⁰¹ Não obstante, muitos ainda afirmam que todo bem pode ser avaliado economicamente, podendo ser repostado por intermédio do seu valor em moeda corrente, inclusive os extrapatrimoniais. O termo indenização teria teleologia voltada à idéia de equivalência econômica (NUNES, R. *Op. cit.* p. 308).

⁵⁰² Não há como negar o caráter punitivo da indenização nessas hipóteses, a ideia de punição é plenamente viável (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 155).

⁵⁰³ TESSLER, L. G. *Op. cit.* p. 363-364.

⁵⁰⁴ *Idem.*

Por fim, é importante notar que a liquidação dos danos, inclusive extrapatrimoniais, encontra-se numa área de encontro entre o direito material e o direito processual, pois a delimitação da extensão do dano e a forma da sua reparação, com a observância dos princípios da reparação integral e *in natura*, se projetam no processo, que deve se desenvolver para alcançar a tutela efetiva dos direitos envolvidos.

Daí decorre o comprometimento da tutela jurisdicional ressarcitória com o direito à efetiva reparação de danos e com os princípios gerais da restituição integral e *in natura*, pois o resultado alcançado pelo processo quando da reparação do dano deve ser efetivo, de modo a permitir a adequada tutela dos direitos, tanto os patrimoniais como os extrapatrimoniais.

4.1.6 Inviabilidade da reparação na forma específica

Não obstante a preferência da reparação específica, algumas situações excepcionam a regra de que a reparação se dê *in natura*, e abrem espaço para a realização do ressarcimento mediante o pagamento de dinheiro. Foram identificadas quatro hipóteses que permitem afastar a reparação específica, cada uma com suas especificidades, adiante tratadas na perspectiva da defesa do consumidor.

4.1.6.1 Vontade da vítima

Em momento anterior já se fez menção da previsão contida no parágrafo primeiro do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor no sentido de que a conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

A legislação brasileira, portanto, é expressa em relação à escolha da vítima, que pode optar pela reparação em dinheiro ao invés da reparação específica.

Ademais, pela lógica do próprio sistema do direito de danos, é possível que o lesado opte entre a reparação *in natura* e a reparação pelo equivalente em dinheiro, afinal, seria irrazoável que a parte lesada, a mais interessada na tutela do direito lesado, não pudesse escolher a modalidade ressarcitória de sua preferência.

Sabe-se que a reparação natural é preferível, porque mais efetiva, ao

possibilitar o retorno ao *status quo ante*, ainda que aproximadamente, mas, se o prejudicado ainda assim optar pela indenização monetária, o que é preferível para ele deve prevalecer em detrimento do que estabelece o sistema como preferível.

Jorge Mosset Iturraspe identifica hipóteses que, segundo ele, justificariam o desinteresse do credor pela reparação natural: quando esta se mostra insuficiente ao credor como reparação; quando esta depende da atuação exclusiva do devedor e este não é o mais indicado para reparar os prejuízos; quando teme pelo descumprimento de nova obrigação (reparar in natura); quando o dinheiro é mais necessário ao credor do que a reparação específica.⁵⁰⁵

Essas constatações não significam, entretanto, que a vítima precisa justificar a sua opção pelo ressarcimento em dinheiro, isso abriria espaço para o fornecedor discutir as razões da escolha do consumidor, o que, além de não ser lógico, obstaculiza a tutela efetiva do direito.

Cândido Rangel Dinamarco entende que ao obrigado apenas compete aceitar a opção do lesado pela reparação em pecúnia, esta prevalece.⁵⁰⁶

O que resta saber é se essa escolha sofre alguma limitação ou condições para ser realizada.

Para Ghersi, a opção do lesado pela reparação em pecúnia é um direito potestativo,⁵⁰⁷ mas seu exercício estaria sujeito à observância de princípios importantes como a boa-fé, a ordem pública e o exercício abusivo do direito. Portanto, essa escolha não seria uma faculdade arbitrária e irrestrita, a reparação natural pode ser determinada se a opção pela indenização em dinheiro ofender princípios relevantes.⁵⁰⁸

Poderia se defender, a partir de Ghersi, que a opção da vítima pela tutela pecuniária não deve ser aceita quando a mesma for, em excesso, mais custosa que a tutela específica, por aí se caracterizar abuso de direito da parte. Mesmo que esta parte seja o consumidor, seus direitos não podem extrapolar esse razoável. Ademais, há uma preferência constitucional em favor da reparação *in natura*, por ser mais efetiva, sendo que a vítima não deixará de ser ressarcida adequadamente.

⁵⁰⁵ ITURRASPE, J. M. *Op. cit.* p. 385.

⁵⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV. p. 451.

⁵⁰⁷ *Se trata del 'poder jurídico' que se confiere al titular de um derecho, para que mediante su sola voluntad afecte la esfera jurídica del outro* (GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. 3. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Alfredo y Ricardo Depalma, 2003. p. 390).

⁵⁰⁸ GHERSI, 1992, p. 215-220.

Por fim, quando se tratar de ação coletiva, o legitimado não poderá abrir mão do ressarcimento na forma específica, pois age na defesa de direitos transindividuais.⁵⁰⁹

E em se tratando de direitos individuais homogêneos, o pensamento é o mesmo. Como se verá em item próprio, o legitimado coletivo não poderá dispor da reparação *in natura*, caberá ao indivíduo, titular do direito, quando da liquidação e execução individual, optar entre o ressarcimento na forma específica e o ressarcimento pelo equivalente monetário.

4.1.6.2 Impossibilidade natural do cumprimento específico da obrigação

A impossibilidade de cumprimento específico da obrigação é uma das hipóteses que implica a reparação do dano na forma monetária, excepcionando a regra geral que estabelece a prioridade da reparação *in natura*.

Há impossibilidade de ressarcimento específico quando a reparação do dano causado depende exclusivamente da vontade do obrigado ou de terceiro envolvido e estes não colaboram para o ressarcimento. Esse é um limite natural da obrigação de reparar *in natura*,⁵¹⁰ ou, como quer Cândido Rangel Dinamarco, uma impossibilidade física de executar de modo específico a obrigação.⁵¹¹

Cite-se, por exemplo, o obrigado que, mesmo perante a fixação de multa, se nega a prestar obrigação infungível. Nesse caso, não haverá outra forma de ressarcir o dano senão mediante pagamento de dinheiro.

Suponha-se, ainda, que uma obra artística foi destruída totalmente em decorrência de um dano causado por terceiro e o artista que produziu a obra não se dispõe a pintá-la novamente ou já faleceu. Trata-se de impossibilidade natural de reparação na forma específica.

Também há impossibilidade de cumprimento específico quando o não cumprimento pontual da obrigação gera desinteresse em relação à sua utilidade, como ocorre, por exemplo, quando se contrata serviço de filmagem para casamento

⁵⁰⁹ MARINONI, 2004b, p. 428-429. Similar o entendimento de Eduardo Talamini, segundo o qual o autor é livre para optar pelas perdas e danos, mesmo quando possível o resultado específico e este exija menor sacrifício do réu. O fato do transgressor se dispor a prestar a tutela específica pode servir apenas como elemento limitador da fixação da indenização. No caso de direitos indisponíveis ou difusos, entretanto, não se pode preterir a tutela em pecúnia em detrimento da tutela específica, pela própria disposição do direito material (TALAMINI, E. *Op. cit.* p. 328-329).

⁵¹⁰ GHERSI, 1992, p. 220.

⁵¹¹ DINAMARCO, 2004, p. 450.

e este não é prestado; embora seja possível exigir a prestação posteriormente, a mesma não é mais útil.⁵¹²

O mesmo ocorre quando o ourives causa dano nas alianças dos noivos e não consegue repará-los a tempo para o casamento.

4.1.6.3 Deveres cujo cumprimento específico é excluído pelo direito

Eduardo Talamini trata da hipótese em que o direito material impossibilita a realização da tutela específica ao excluir a aplicação dos mecanismos para a obtenção desta espécie de tutela em determinadas prestações cuja imposição implicaria grave violação de direitos da personalidade.⁵¹³

É o caso, por exemplo, da previsão do direito alemão que veda a aplicação de medidas coercitivas para obter a contração de matrimônio ou o reatamento do vínculo conjugal (§888 do ZPO), e da exclusão da sanção pecuniária compulsória em Portugal (art. 829.º-A do Código Civil) relativamente às prestações que exigem especial qualidade científica ou artística do devedor.

Os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, nada falam sobre o assunto. Não obstante, existindo obstáculo imposto pelo direito, a tutela específica será excluída, sendo possível, apenas, a tutela pelo equivalente.

Em relação às hipóteses alienígenas exemplificadas, Eduardo Talamini considera que no direito brasileiro ocorre da mesma forma, principalmente a proibição de contração de matrimônio, que impossibilita a prestação da tutela específica. No que diz respeito à obrigação de criação de obra artística ou científica, entende que a sistemática das normas constitucionais e infraconstitucionais permite concluir que, em certos casos concretos, não será possível a tutela específica, poderá haver apenas conversão em perdas e danos, mas desde que estejam presentes fundados motivos de proteção à personalidade.⁵¹⁴

Similar é a posição de Michele Taruffo, que reconhece a necessidade de se tutelar valores do devedor quando equivalentes àqueles que constituem a atuação coativa do direito, como, por exemplo, a lesão aos direitos fundamentais da pessoa,

⁵¹² Eduardo Talamini adverte que, nesse caso, os elementos concretos que afastem a utilidade do cumprimento tardio, são alheios à mera vontade das partes (TALAMINI, E. *Op. cit.* p. 327).

⁵¹³ *Ibidem.*, p. 131.

⁵¹⁴ *Ibidem.*, p. 132.

o que pode excluir a execução na forma específica. Mas esses valores somente justificam a limitação da tutela específica se corresponderem a direitos fundamentais ou interesses tão relevantes a ponto de caracterizar-se um limite à atuação jurisdicional.⁵¹⁵

Também Cândido Rangel Dinamarco admite haver impossibilidade jurídica ao cumprimento da obrigação quando alguma norma legal impeça ou imponha restrições a ela. Cita, como exemplo, a impossibilidade de entrega da coisa quando a mesma é desapropriada pelo Poder Público.⁵¹⁶

São casos, portanto, que podem inviabilizar a reparação específica.

4.1.6.4 Onerosidade excessiva

Na perspectiva dos direitos fundamentais, não se pode considerar o valor econômico da reparação *in natura* como obstáculo à efetividade do ressarcimento. A prioridade existe justamente porque a reparação natural é mais efetiva, ao proporcionar ao lesado o retorno ao estado anterior ao dano, ainda que aproximadamente. A vítima que sofre danos com certeza não pediu para que isso acontecesse com ela, são riscos, e aqueles que assumem esses riscos, como é o caso dos fornecedores de produtos e serviços, não podem justificar a não prestação da reparação adequada por motivos econômicos.

Por detrás de cada prejuízo injusto não há um *mero valor*, mas seres humanos, que, na maioria das vezes, são lesados nos seus mais valiosos direitos e interesses. Daí a conclusão de que a análise econômica do direito nem sempre pode legitimar decisões jurídicas, não enquanto o fundamento econômico for exclusivo ou predominante.⁵¹⁷

Diante do custo excessivo, se comparado ao benefício proporcionado à vítima, há uma tendência em se admitir que a onerosidade excessiva justifique a não prestação da reparação na forma específica.

No direito italiano, art. 2.058 do Código de Processo Civil, admite-se a possibilidade de o causador do dano suscitar junto ao juiz da causa a valoração do dano e o custo do seu ressarcimento específico, a fim de se verificar se haverá um

⁵¹⁵ TARUFFO, Michele. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 144, p. 57-84, fev. 2007. p. 77.

⁵¹⁶ DINAMARCO, 2004, p. 450.

⁵¹⁷ Neste sentido, Matilde Zavala de González (GONZÁLES, M. Z. *Op. cit.* p. 40).

ônus excessivo ou não pelo seu cumprimento.⁵¹⁸ Similar disposição há no já citado art. 566.º do Código Civil Português.

No ordenamento brasileiro não há regra que trate do assunto. Por esse motivo, Eduardo Talamini entende que o argumento de que a tutela específica não deve ser prestada quando seja excessivamente onerosa para o réu é fraco.⁵¹⁹

Luiz Guilherme Marinoni, diversamente, entende que a excessiva onerosidade não precisa estar expressa no ordenamento jurídico, pois decorre do princípio segundo o qual o lesado não tem o direito de impor ao causador do dano um ônus economicamente ineficiente; é uma questão de racionalidade.⁵²⁰

Para o jurista, o direito brasileiro deveria pautar-se por um critério objetivo: *[...] comparação do valor da reparação do dano com o valor da coisa a ser reparada; no caso em que o valor da reparação supera o valor da coisa, aí considerada a utilidade que dela se pode esperar, não há como admitir o ressarcimento na forma específica.*⁵²¹

Mas, em se tratando de novos danos, a solução não é tão simples.

A Corte Norte Americana tem um precedente interessante no caso *State of Ohio v. United States Departamento of the Interior* em direito ambiental: o regulamento de avaliação de danos ecológicos imputáveis nos termos da *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, no § 107, permite que a restauração natural do meio ambiente seja substituída pela indenização pecuniária sempre que seu valor seja superior ao valor econômico do bem ambiental lesado. Ao analisar a legalidade dessa norma, a Corte entendeu que a mesma é incompatível e determinou a aprovação de um novo instrumento, que possibilite a recuperação integral do meio ambiente, mesmo que se verifique a onerosidade.⁵²²

No mesmo sentido é a defesa de Matilde Zavala de González em prol da reparação específica e integral dos danos ambientais, mesmo quando forem antieconômicas, sob o argumento de que são danos intoleráveis, inclusive afetos às

⁵¹⁸ Art. 2.058 do *Codice Civile*: “[...] Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore.”

⁵¹⁹ TALAMINI, E. *Op. cit.* p. 324.

⁵²⁰ MARINONI, 2001, p. 175-176.

⁵²¹ Mas quando o dano não tem reflexo patrimonial, o autor reconhece ser impossível a aplicação de tal critério (*Ibidem.*, p. 177).

⁵²² Citado por Luciane Gonçalves Tessler (TESSLER, L. G. *Op. cit.* p. 356).

futuras gerações.⁵²³

Luiz Guilherme Marinoni entende que, diante de ofensa ao meio ambiente, a onerosidade excessiva somente é obstáculo para o ressarcimento *in natura* se o dano for insignificante e o valor para repará-lo especificamente exorbitante, ocasião em que se deverá levar em conta o grau da culpa do ofensor e sua capacidade econômica.⁵²⁴ Noutra obra, reconhece que não há como pensar na aplicação desse princípio no caso de lesão a direito extrapatrimonial, a menos que o ressarcimento configure algo irracional ou um desejo egoístico ou de vingança.⁵²⁵

No entendimento de Luciane Gonçalves Tessler, sobre a reparação dos danos ambientais, há impossibilidade lógica de reparação *in natura* quando a imposição do ressarcimento da forma específica gera um desequilíbrio na relação custo-benefício. Nesse caso, o custo da reparação *in natura* para a sociedade se mostra desproporcional em relação à vantagem obtida, por isso deve prevalecer a regra do bom senso, devendo o magistrado encontrar, no caso concreto, uma alternativa materialmente viável para recompor o dano.⁵²⁶

Essa preocupação com o custo da reparação específica para a sociedade é válida, pois se sabe que o causador do dano, quando se trata de empresa, transfere o custo dos riscos à própria sociedade. Mas parece lógico e racional, contudo, que a desproporcionalidade na relação custo-benefício apenas afaste a reparação na forma específica quando esse custo for realmente absurdo se comparado aos benefícios.

No caso específico do consumidor, os danos também são intoleráveis, pois o mercado não pode, jamais, se sobrepor ao consumidor, o equilíbrio das relações de consumo é primordial para uma sociedade justa e solidária, e este equilíbrio nunca irá existir se os danos sofridos pelos mesmos forem ressarcidos inadequadamente quando houver desproporção entre o custo da reparação específica e o valor dos bens afetados.

Imagine-se a situação de um consumidor que perde o antebraço num acidente de consumo. Imagine-se, ainda, que o custo para a implantação de uma prótese é muito maior do que o valor monetário que a jurisprudência tem arbitrado aos danos corporais da espécie.

⁵²³ GONZÁLES, M. Z. *Op. cit.* p. 276-277.

⁵²⁴ MARINONI, 2001, p. 178.

⁵²⁵ MARINONI, 2004b, p. 428.

⁵²⁶ TESSLER, L. G. *Op. cit.* p. 359.

É lícito, é legítimo, é constitucional que se afaste a obrigação do fornecedor de reparar o dano *in natura* em razão da desproporção entre o valor da prótese e o valor fixado pela jurisprudência a título de indenização pela perda de um braço?

Mesmo Luiz Guilherme Marinoni, que admite, em alguns casos, a aplicação do princípio da excessiva onerosidade quando da reparação *in natura* de danos extrapatrimoniais, reconhece que não se deve aceitar essa tese no caso de lesão à integridade física.⁵²⁷

Ademais, na análise de Clayton Maranhão, a tutela ressarcitória específica implica gastos maiores, mas, uma vez que os custos sociais são repassados ao preço final dos produtos ou serviços, seria falso afirmar que os fornecedores seriam onerados excessivamente. Por isso, de regra, a onerosidade excessiva não pode servir de obstáculo para a reparação *in natura* dos danos de consumo, os custos devem ser repassados, tanto quanto possível, às relações de produção. Somente em situações que se mostre economicamente inviável a tutela ressarcitória específica, como a plausibilidade de provocar falência do fornecedor, deve esta ser aceita.⁵²⁸

Não se pode desconsiderar, ainda, que o jogo do mercado muitas vezes esconde, por detrás de acontecimentos aparentemente acidentais, intenções diversas, principalmente estratégias de marketing.

Foi divulgado pela imprensa, no ano de 2.009, o fato de alguns consumidores terem buscado orientação junto ao PROCON-PR porque teriam acessado o site de uma grande loja de eletroeletrônicos e concluído a compra de televisor anunciado por valor inferior a R\$10,00 (dez reais), sendo que o real valor do produto é cerca de quinhentas vezes maior, e no dia seguinte da conclusão da compra foram informados pelo fornecedor que o negócio não fora realizado porque houve um equívoco em relação ao preço anunciado.⁵²⁹

Que houve um equívoco em relação ao anúncio, com certeza os consumidores já sabiam, não se quer discutir aqui a questão dos mesmos terem ou não agido de boa-fé, ou se a proposta teria vinculado o negócio, a grande questão é refletir sobre a postura da loja de eletroeletrônicos: será que houve um mero

⁵²⁷ MARINONI, 2001, p. 178.

⁵²⁸ MARANHÃO, 2003, p. 288.

⁵²⁹ REDE PARANAENSE DE CULTURA. Falha em site da Fnac cria promoção com 99% de desconto. Portal RPC, Curitiba, 21 mai. 2009. Seção Economia. Disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/economia/conteudo.phtml?id=888711>>. Acesso em: 16 out. 2009.

equivoco no anúncio do televisor pelo valor absurdo constante da propaganda? Como uma loja de segmento tão forte no mercado pôde cometer erro do tipo? Que controle esse fornecedor tem das suas práticas comerciais no mercado e frente aos consumidores? Ou será que o fornecedor fez tudo propositalmente, pois tinha alguma intenção por detrás disso?

São coisas que somente podem ser pensadas a partir de uma visão ampla do direito do consumidor. Observar o mercado de maneira pequena, individualista, retrógrada, sem conseguir enxergar o que realmente há por detrás do mesmo, é condenar o consumidor à *regulação pelas mãos invisíveis*. O Estado, através das suas três esferas de poder, deve ser capaz de ver adiante, a fim de alcançar o real e verdadeiro equilíbrio das relações de consumo.

Outra questão pode ser tratada dentro do tema onerosidade excessiva é a chamada *compensatio lucri cum damno*. Vão existir situações nas quais a reparação natural propiciará ao lesado situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do dano, uma espécie de lucro. Cite-se, por exemplo, o caso no qual o objeto danificado encontrava-se num estado velho e a reparação natural é possível através da entrega de objeto idêntico, com a mesma marca, natureza e utilidade, mas em novo estado. Nessa hipótese, deve a reparação específica ser afastada porque o objeto que se entregará para reparar especificamente o lesado é novo e lhe proporcionará situação melhor do que a anterior?

Luiz Guilherme Marinoni entende que não há como admitir que o lesado lucre com a reparação, por isso o mesmo deve pagar ao réu o valor correspondente ao lucro, ou, no caso de constatação da vantagem depois de cumprida a sentença voluntariamente ou após a execução, poderá o réu propor demanda de conhecimento para obter o pagamento da soma correspondente ao lucro auferido pelo lesado.⁵³⁰

Nesse sentido, já se posicionava José de Aguiar Dias, para o qual a reparação natural deve prevalecer, mas a mesma obriga o prejudicado a restituir ao causador do dano a vantagem auferida em virtude da diferença do objeto novo sobre o velho.⁵³¹

O jurista, entretanto, defende que quando se verificar a impossibilidade do

⁵³⁰ MARINONI, 2001, p. 179-180. Da mesma forma, já foi citada a opinião de Araken de Assis (ASSIS, A. *Op. cit.* p. 21).

⁵³¹ DIAS, J. A. *Op. cit.* p. 409.

prejudicado equilibrar os valores, ou porque, dadas as circunstâncias, o objeto velho era novo no patrimônio da vítima, ou porque o mesmo não pode mais ser adquirido pelo preço antigo, ou porque um antigo já não existe no mercado, a vantagem deve caber ao prejudicado.⁵³²

Em se tratando de direito do consumidor, a solução não poderia ser diversa, afinal, a vítima não pediu para ser lesada, não pretendia com isso receber um novo bem, mas se não houver outra forma de recompor a situação anterior ao dano, deve o fornecedor arcar com o prejuízo, pois, para o consumidor, receber o equivalente monetário ao objeto usado pode ser um prejuízo ainda maior. Imagine-se que jamais compraria o mesmo bem com a quantia paga.

Por fim, é pertinente ressaltar que a onerosidade excessiva não inviabiliza a reparação específica de modo absoluto, pois não há impedimento ao causador do dano de realizar o ressarcimento *in natura* mesmo diante do alto custo dessa reparação.

4.2 O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR À TUTELA RESSARCITÓRIA ESPECÍFICA

4.2.1 Os direitos fundamentais à proteção do consumidor e à tutela jurisdicional efetiva e as formas adequadas de reparação

Já dizia Ihering: *O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito: é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e no papel, é só um fantasma de direito, são só palavras.*

O mercado produz externalidades negativas que afetam a sociedade como um todo, mormente os consumidores, que estão constantemente expostos às práticas comerciais. Nesse aspecto, destacam-se os danos causados à integridade física e psíquica do consumidor, além daqueles que afetam a sua esfera patrimonial.

O sistema, por intermédio do Código de Defesa do Consumidor, internalizou o custo dessas externalidades, imputando-o aos fornecedores de produtos e serviços, a fim de que as pessoas não mais tivessem que suportar, desprotegidas, esses efeitos negativos. É uma questão de justiça distributiva, pois, dessa forma, o

⁵³² Idem.

indivíduo lesado não mais sofre sozinho o custo social derivado do mercado, este é repassado ao fornecedor e, indiretamente, para todos.

A contenção dessas externalidades negativas, segundo Clayton Maranhão, diminui os danos causados e, de consequência, menor será a taxa de inválidos improdutivos pensionados pelo Estado. Assim, se o repasse desses custos ao preço final dos produtos e serviços é inevitável, melhor que seja decorrente da internalização dos custos sociais com acidentes de consumo, que primeiramente serão reparados especificamente, ao invés de sê-lo mediante a alta tributação cobrada pelo Estado para suportar a manutenção de indivíduos inválidos e marginalizados na sua condição humana. Ademais, adverte o autor que, quanto menos se internalizam os custos sociais, mais aumentam os lucros e a concentração de capital na mão dos fornecedores.⁵³³

Mas não basta apenas se preocupar com a internalização dos riscos no tocante à reparação dos danos, é primordial pensar na forma com que os danos são reparados, mormente os danos sofridos pelos consumidores, na sua condição de sujeitos inferiores diante do mercado.

Já se falou que a reparação *in natura* é a modalidade mais adequada para reparar os danos, e por isso deve ser objetivo da tutela jurisdicional, salvo naqueles casos em que se verifique algum obstáculo para sua aplicação. Afinal, como afirma Marinoni, [...] *a obrigação de reparar o dano não é obrigação de pagar uma soma em dinheiro equivalente ao valor do dano, mas antes de tudo uma obrigação de reparar o dano na forma específica.*⁵³⁴

A tutela específica é sempre eficiente enquanto entrega ao consumidor o bem a que precisamente tem direito. No caso de danos, essa tutela consiste na recomposição do bem danificado ou destruído, além de visar reconstituir a situação que existiria se os danos não tivessem acontecido. A tutela pelo equivalente, ao contrário, restaura apenas a utilidade que o bem sacrificado representava através do dinheiro, o que possibilita a aquisição de outros bens.⁵³⁵

Em se tratando de direitos extrapatrimoniais principalmente, a reparação natural deve ser a forma utilizada, pois a tutela em dinheiro, devido à dificuldade de

⁵³³ MARANHÃO, 2003, p. 287.

⁵³⁴ MARINONI, 2001, p. 154.

⁵³⁵ Em seguida à exposição da ideia de restauração da utilidade, Dinamarco fala que o caráter inespecífico das execuções por quantia tem por consequência a sua realização sobre qualquer bem do executado que possa ser convertido em dinheiro, enquanto que a execução específica se realiza mediante restrições sobre uma determinada coisa individualizada (DINAMARCO, 2004, p. 443).

expressão pecuniária dos direitos envolvidos, não possibilita o ressarcimento adequado.

Isso não quer dizer, entretanto, que os danos extrapatrimoniais não possam ser prestados em pecúnia. Vão existir situações nas quais a reparação natural será inviável e o ressarcimento em dinheiro será a única alternativa, mesmo havendo dificuldade nessa valoração. Talvez a reparação não seja adequada e satisfatória, mas ao menos vai haver alguma reparação.

Mas a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário será sempre tutela secundária, sucedâneo da reparação natural. Afinal, como afirma Michele Taruffo, o ressarcimento em dinheiro é forma residual de tutela e implica degradação da obrigação originária à obrigação de pagar o equivalente pecuniário da lesão do direito.⁵³⁶

Ressalte-se que pode haver alguma dificuldade na reparação de danos que não sejam verificados em concreto, pois não causam visível alteração no mundo físico, como se dá com o dano à honra. Mas, nesses casos, a reparação na forma específica é viável, mesmo que não seja plena, pois em muito pode contribuir para a reparação.⁵³⁷

Da perspectiva do direito fundamental de defesa do consumidor, o ressarcimento na forma específica é a modalidade mais adequada de tutela, tanto quando há ofensa a danos patrimoniais, como quando há ofensa a danos extrapatrimoniais, pois restabelece situação equivalente àquela que existiria caso o dano não tivesse sido praticado, mesmo que aproximadamente. Por isso, é muito mais efetiva para a defesa do consumidor, assegura a reparação adequada dos danos. E ainda que não permita uma reparação integral e ampla, ou que exerça função apenas compensatória, ainda assim é adequada.

Imagine-se a seguinte situação: o dono de uma moto da marca virago contrata os serviços de customização de uma empresa, pois decide transformar completamente a moto e sabe que a referida empresa é a mais conceituada nesse ramo. A nova moto é “construída” e entregue ao dono no prazo acordado. Depois de alguns dias, o consumidor retorna à empresa para que façam algumas correções mínimas na customização, pois observou pequenos defeitos, e deposita a moto no

⁵³⁶ TARUFFO, 2007, p. 69.

⁵³⁷ Luiz Guilherme Marinoni, ao defender esse entendimento, cita como exemplo o art. 29 da Lei n. 5.250/67 – lei de imprensa – já mencionado no trabalho (MARINONI, 2001, p. 159-160).

estabelecimento da fornecedora. No dia seguinte, o consumidor é informado que a empresa foi roubada e que sua moto foi levada.

Nesse exemplo, fica nítido que o pagamento de indenização em dinheiro pela empresa fornecedora de serviços não permitirá a compra de moto igual pelo fornecedor, pois vai ser necessária, além de uma moto igual à existente, a prestação de fazer para customizar a mesma com as mesmas caracterizações.

Pensando nos direitos fundamentais à prestação jurisdicional efetiva e à proteção do consumidor, e observando-se o direito básico que assegura ao consumidor a efetiva reparação dos danos, pode-se concluir que há um direito à forma adequada de reparação como decorrência constitucional. E a forma adequada de reparação é a tutela ressarcitória específica, pois somente esta vai possibilitar o retorno ao estado que existiria não tivesse ocorrido o dano, qual seja, o consumidor de posse de sua moto customizada.

Sendo assim, o julgador que se deparar com questão envolvendo reparação de danos, principalmente em se tratando de danos decorrentes de acidentes de consumo, deve primeiramente analisar a viabilidade da reparação *in natura*, se esta é possível e se não concorre qualquer obstáculo para sua aplicação. A decisão que ignorar esta análise será inconstitucional, pela ofensa ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e ao direito fundamental à defesa do consumidor.

Feita a apreciação da modalidade de reparação apropriada ao caso e verificada a possibilidade de a mesma se dar na forma específica, deve o julgador adotar as técnicas processuais adequadas para a realização do direito. Mas, se o caso permitir apenas a condenação do fornecedor ao pagamento de soma em dinheiro como forma de reparação, deve o julgador fundamentar sua decisão, demonstrando que, não obstante a reparação natural tenha prioridade, a modalidade a ser adotada é a tutela pelo equivalente pecuniário, para, dessa forma, legitimá-la.

São decorrências do direito fundamental à prestação jurisdicional ressarcitória efetiva e do direito fundamental à defesa do consumidor.

4.2.2 O sentido da tutela específica e do resultado prático equivalente

A tutela ressarcitória específica tem função repressiva e visa reparar o dano de forma que se recomponha a situação anterior e a que existiria caso o mesmo não houvesse ocorrido. Pela leitura do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, essa

reparação pode ser obtida mediante *tutela específica* ou mediante o *resultado prático equivalente*.

São duas expressões aparentemente diversas, mas que não são categorias distintas. O resultado prático equivalente também se enquadra na noção doutrinária de tutela específica. Ambos visam à obtenção do resultado específico, a diferença é que a tutela específica implica a técnica mandamental, pois busca o resultado final mediante a conduta do próprio demandado, enquanto que o resultado prático equivalente é alcançado através de terceiros, mediante técnica executiva.⁵³⁸

Alcides Munhoz da Cunha adverte, entretanto, que o resultado prático equivalente ou resultado prático correspondente haverá de ser um resultado diverso daquele inicialmente previsto, daí que a expressão não serve apenas para designar a utilização de meios sub-rogatórios diversos dos convencionais, admite-se, até mesmo, a substituição do objeto específico da prestação por outro objeto equivalente, observados os limites da adequação e da necessidade.⁵³⁹

Para o autor, a redação da lei generalizou a possibilidade da tutela do equivalente como modalidade singular de execução intermediária entre a execução específica impossível e a execução genérica por perdas e danos.⁵⁴⁰

Por isso, não se admite confundir as expressões *resultado prático equivalente*, *tutela ressarcitória pelo equivalente monetário* e *tutela que alcança situação próxima da equivalente*.

4.2.3 Tutela ressarcitória *in natura* aproximativa

Quando se falou da reparação *in natura*, pode-se perceber que em muitos casos o dano pode ser ressarcido de outra forma que não em dinheiro, embora a restituição não seja propriamente *in natura*.⁵⁴¹ Isso ocorre quando o alcance da tutela específica se apresenta impossível, embora seja viável a reparação do dano através de um meio outro que não o pecuniário.

Sobre o tema, elucida Luiz Guilherme Marinoni:

Por outro lado, é certo que, em alguns casos, não é possível a reparação do dano *in natura*, embora seja possível a reparação do dano através de um

⁵³⁸ TALAMINI, E. *Op. cit.* p. 226-227.

⁵³⁹ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo cautelar arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11. p. 163-164.

⁵⁴⁰ *Ibidem.*, p. 162.

⁵⁴¹ Essa ideia relaciona-se às afirmações citadas anteriormente por Alcides Munhoz da Cunha.

meio não pecuniário. Assim, por exemplo, no caso de lesão à honra, quando se pensa na publicação ou na transmissão da retificação. Parece, entretanto, que a reparação *in natura* e a reparação através de um meio não pecuniário podem ser englobadas na noção de tutela ressarcitória na forma específica, compreendida como tutela que objetiva estabelecer uma situação equivalente, ou mais perto do que a equivalente, àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, ou ainda como a tutela que visa a reparar o dano através de um meio diferente do pecuniário.⁵⁴²

Portanto, poderá ocorrer que, embora o ressarcimento na forma específica não seja possível, haja outra forma de ressarcir melhor que o dinheiro, de maneira que, mesmo não sendo *in natura*, ainda assim será mais satisfatória.

Araken de Assis, neste sentido, cita Pontes de Miranda e afirma que a retratação ou a publicação da resposta ou da retificação (art. 29 da Lei de Imprensa) é reparação natural *aproximativamente*. Também trata do art. 1.548 do Código Civil de 1.916 que previa o casamento do homem com a mulher deflorada.⁵⁴³

Nessa noção pode se incluir o art. 60 do Código de Defesa do Consumidor:

“A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do artigo 36 e seus §§, sempre às expensas do infrator. § 1.º - A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.”

A ideia da divulgação na mesma forma, frequência e dimensão, está relacionada à reparação ampla e adequada dos danos, não no sentido de integralidade absoluta do ressarcimento, mas na tentativa de uma possível correspondência, ainda que longínqua, entre o dano e a reparação.

Também é o que se dá com o art. 120 do *Codice di Procedura Civile* Argentino:

*“Nei casi in cui la pubblicità della decisione di merito può contribuire a riparare il danno, compreso quello derivante per effetto di quanto previsto all’articolo 96, il giudice, su istanza di parte, può ordinarla a cura e spese del soccombente, mediante inserzione per estratto, ovvero mediante comunicazione, nelle forme specificamente indicate, in una o più testate giornalistiche, radiofoniche o televisive e in siti internet da lui designati. Se l’inserzione non avviene nel termine stabilito dal giudice, può procedervi la parte a favore della quale è stata disposta, con diritto a ripetere le spese dall’obbligato.”*⁵⁴⁴

Como já se falou, na Argentina entende-se que a reparação dos danos extrapatrimoniais não possibilita o retorno ao *status quo ante*; e o ressarcimento

⁵⁴² MARINONI, 2004a, p. 111.

⁵⁴³ ASSIS, A. *Op. cit.* p. 15-16.

⁵⁴⁴ <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>.

trata apenas de proporcionar uma satisfação à vítima. Mas no referido ordenamento existem instrumentos que, invariavelmente, permitem essa satisfação de forma diversa do pagamento de dinheiro, como o desagravo ou réplica, a publicação da sentença condenatória e a retratação do ofensor. São meios importantes de se reparar os danos que não mediante pagamento de dinheiro.⁵⁴⁵

Como afirma Alejandro D. Andrada, [...] *la réplica há sido uma conquista de la dignidade del hombre y em ocasiones, um necesario freno a los desbordes de los medios de comuicación.*⁵⁴⁶

Matilde Zavala de González faz uma diferenciação entre o que denomina reparação em espécie integralmente ressarcitória e a reparação em espécie neutralizadora do dano, que ocorre, por exemplo, com a publicação da sentença condenatória no caso de ofensa contra a integridade espiritual e social das pessoas. Para a autora, algumas técnicas de reintegração de danos extrapatrimoniais permitem a satisfação do lesado, mesmo que de forma relativa, como ocorre com a correção da notícia lesiva, com a réplica do lesado diante da difusão de fatos inexatos ou agravantes sobre si.⁵⁴⁷ É o que aqui se denomina *tutela ressarcitória in natura aproximativa*.

Nessa noção de reparação específica aproximativa, se enquadra o que Luciane Gonçalves Tessler, no direito ao meio ambiente, denomina de instrumento de compensação ecológica, aplicado nos casos em que o dano ambiental é irreversível e o bem lesado é substituído por outro funcionalmente equivalente, a fim de resgatar o equilíbrio do ecossistema.⁵⁴⁸

Para tratar do assunto, a autora cita o exemplo de uma demanda em Belo Horizonte proposta pelo Ministério Público Federal em face da Fiat, por ter a mesma lançado no mercado veículos que emitiam poluentes acima do nível estabelecido em lei, pois o dispositivo eletrônico que instalaram como substitutivo do catalisador não

⁵⁴⁵ Segundo a própria jurisprudência argentina, a retratação constitui uma espécie de reparação in natura do dano moral (*Las injurias retractadas y la difusión masiva y pública de dicha retractación constituye una reparación em espécie del daño moral, como lo afirma el codificador em la nota del art. 1.083 del Cód. Civil* (CNCivCom, Sala B, 22/8/85, 'Demaro, Juan C. c/Nimo, Guillermo J.', LL, 1986-A-385, y DJ, 1986-1-720). No mesmo sentido CNCivCom, Sala A, 19/9/85, 'Bráter de Jiménez, Luisa S. y otra c/Editorial Sarmiento SA y otro', LL, 1986-D-647, 37.357-S, y ED, 116-301). No tocante à publicação da sentença, Ramón Daniel Pizarro entende que não se trata de reparação específica, mas de uma forma de reparação do dano por equivalente não monetário (PIZARRO, R. D. *Op. cit.* p. 509).

⁵⁴⁶ ANDRADA, Alejandro D. **Responsabilidad civil de los medios de comunicación: el factor de atribución.** Rosario: Juris, 1998. p. 354.

⁵⁴⁷ GONZÁLES, M. Z. *Op. cit.* p. 273; 275-276.

⁵⁴⁸ TESSLER, L. G. *Op. cit.* p. 371-372.

tinha a mesma eficiência. Ao invés de pagar multa à União, a empresa obrigou-se a doar 6.000 hectares ao Ibama, prover toda a estrutura para transformar a área no Parque Nacional do Peraçu, doar um laboratório de análise de emissões atmosféricas e um veículo para monitoramento da qualidade do ar e outros equipamentos para o órgão ambiental.⁵⁴⁹

O reconhecimento desse tipo de tutela é salutar, principalmente no caso de litígios que envolvem direitos extrapatrimoniais. Mesmo que alguns entendam que não há ressarcimento específico de danos extrapatrimoniais, ao menos não na sua feição mais pura, é faticamente possível que se reparem os danos de forma bastante eficiente e adequada através de uma tutela ressarcitória aproximativa. Por essa razão, não é possível afirmar que a reparação dos danos extrapatrimoniais não pode se dar *in natura*, pois, mesmo que de forma aproximativa, é viável ressarcir de forma diversa daquela que apenas atribui um valor monetário aos direitos.

Portanto, é possível falar de tutela ressarcitória específica tanto nos casos em que se alcança situação equivalente ou próxima daquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, como naqueles casos em que a medida visa a uma reparação *aproximativa*, no dizer de Pontes de Miranda, realizando-se mediante meio diferente do pecuniário. Ambas recompõem as coisas ao seu estado anterior, de maneira equivalente, próxima da equivalente, ou aproximativamente, e não se prestam ao pagamento de dinheiro como substitutivo da obrigação.

4.2.4 A prioridade da tutela ressarcitória específica sobre a tutela pelo equivalente monetário

Na década de 60, Liebman afirmou que o tipo de execução mais importante era a execução por quantia certa, em detrimento da execução por coisa certa ou em espécie e da execução das obrigações de fazer ou não fazer. Fundamentou sua afirmação, primeiramente, no fato de ser mais frequente obrigações de dar quantia certa em dinheiro entre os sujeitos, e também porque as obrigações de conteúdo diverso, muitas vezes, não podem receber execução específica, convertendo-se em obrigações derivadas do equivalente pecuniário.⁵⁵⁰

Essa posição especial da execução por quantia certa, segundo o mesmo,

⁵⁴⁹ Idem.

⁵⁵⁰ LIEBMAN, E. T. *Op. cit.* p. 23.

decorre da função econômica da moeda,

[...] que é a de servir como medida comum do valor das coisas e como instrumento universal de pagamento das obrigações. [...] Todos os bens econômicos podem ser avaliados em termos monetários e todos podem também ser convertidos (liquidados) em dinheiro. [...] Deste modo qualquer espécie de crédito pode, em última ratio, ser satisfeita por meio do dinheiro.⁵⁵¹

Cinquenta anos depois, a compreensão do tema é completamente diversa, de modo que Liebman talvez pensaria de forma diferente se estivesse no século XXI.

Na contemporaneidade, é óbvio que o dinheiro não serve como medida comum para o valor das coisas, principalmente quando se trata de direitos extrapatrimoniais. Pelo mesmo motivo, a maioria dos bens não podem ser avaliados em dinheiro e convertidos em dinheiro. Em razão disso, a execução por quantia certa perdeu esse espaço preferencial, embora não tenha deixado de ser importante para a solução de muitas espécies de litígios que culminam no pagamento de dinheiro.

Mas frente à reparação de danos, o que há de mais adequado não é a tutela pelo equivalente pecuniário, que se processa mediante execução por quantia certa, mas a tutela específica, que será prestada através de técnicas processuais adequadas – tanto a mandamental como a executiva - que possibilitem a reparação natural.

Hoje, o que se pretende é que as obrigações sejam prestadas na forma específica, inclusive a obrigação de reparar danos. Somente quando houver algum obstáculo para a prestação da tutela específica que a tutela pelo equivalente monetário acontecerá.

Essa preferência atual decorre da lógica do sistema da responsabilidade civil e do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional, que no caso da reparação de danos, é aquela que proporciona a adequada reparação: a reparação *in natura*.

Além disso, a própria legislação faz menção de que a tutela pelo equivalente monetário é segunda opção, o que prevalece é a tutela específica, pois os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor afirmam a prioridade da tutela específica sobre o equivalente. Não obstante pareçam fazer referência apenas às obrigações de fazer, como já se falou, eles também devem ser aplicados ao dever de reparar o dano. Ambos os direitos merecem tutela

⁵⁵¹ Idem.

jurisdicional efetiva.

Os próprios autores do anteprojeto do Código de Defesa do consumidor afirmam que a conversão das obrigações em perdas e danos ocorrerá apenas em último caso, o princípio é o da maior coincidência possível entre o direito e sua realização.⁵⁵²

A doutrina também é firme ao afirmar a prevalência da tutela ressarcitória na forma específica sobre a tutela pelo equivalente monetário.

Para João Calvão da Silva, a reparação natural *é preferível, pois afasta e remove integralmente o dano real ou concreto, reconstitui o estado de coisas anterior à lesão, restabelece a situação que existiria se não tivesse verificado o evento que obriga à reparação (art. 562.º) – dando à vítima aquilo de que foi privada.*⁵⁵³

Afinal, e dando continuidade ao pensamento do autor, a economia moderna reclama o respeito às obrigações em geral:

[...] na sociedade da abundância, na sociedade da opulência [...], desperta e desenvolve-se [...] o sentimento de desmassificação e rehumanização da pessoa e das suas relações sociais, em que a personalização e individualização do homem – desmassificar para despersonalizar – reocupam o seu lugar [...].⁵⁵⁴

Nesse sentido, também o argentino Carlos A. Ghersi: *El resarcimiento económico tiene carácter subsidiário, siendo aplicable únicamente si la reparación em especie no es posible.*⁵⁵⁵

Ao tratar da tutela jurisdicional do direito à saúde, Clayton Maranhão afirma que os direitos não patrimoniais, como a saúde, são valores essenciais que estão fora do comércio jurídico, não tendo valor econômico mensurável em pecúnia. Por isso, entende inconcebível a expropriação do direito à saúde mediante o pagamento de uma soma em dinheiro; diante disso, afirma existir uma prioridade natural, lógica e jurídica da tutela ressarcitória específica sobre a tutela pelo equivalente.⁵⁵⁶ E acertadamente afirma: *A tutela pelo equivalente, contrariamente, degrada a tutela dos direitos, convertendo-os em uma soma equivalente em dinheiro.*⁵⁵⁷

⁵⁵² GRINOVER, A. P. *et al.* *Op. cit.* p. 862.

⁵⁵³ SILVA, J. C. *Op. cit.* p. 153-154.

⁵⁵⁴ *Ibidem.*, p. 163.

⁵⁵⁵ GHERSI, Carlos A. (Dir.) **Derecho y reparación de daños**: tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada (3. Daño al medio ambiente y al sistema ecológico. Responsabilidad civil, administrativa y penal). Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001. p. 60.

⁵⁵⁶ MARANHÃO, 2003, p. 284.

⁵⁵⁷ *Ibidem.*, p. 219.

Cita um caso médico, em que foram esquecidos equipamentos cirúrgicos no corpo de uma paciente quando a mesma se submeteu a uma simples cirurgia para retirada de cálculos na vesícula. Após cinco dias de internamento, a paciente recebeu alta e, sentindo fortes dores, precisou ser submetida, novamente, a cinco cirurgias para a retirada de objetos metálicos esquecidos em seu abdômen. Por consequência, contraiu deformidades estéticas que exigiram a submissão a uma sexta cirurgia, então reparadora. Além desses acidentes, a paciente ainda teve problemas de locomoção em razão de uma enfermeira ter quebrado uma agulha quando da aplicação de uma injeção. Diante da tamanha negligência, a consumidora lesada demandou em face do hospital e da equipe médica pleiteando a reparação dos danos causados, consistente na indenização das despesas, já que havia arcado com as mesmas.⁵⁵⁸

Adverte o autor, entretanto, que a consumidora poderia ter pleiteado o ressarcimento na forma específica, com pedido de antecipação de tutela, inclusive, tendo em vista estarem presentes o relevante fundamento da demanda e o justo receio de ineficácia do provimento final, com base no art. 84 do CDC. A demanda consistiria na ordem de fazer dirigida ao hospital, sob pena de multa, para que reparasse os danos, executando todas as cirurgias que fossem necessárias, inclusive a reparadora, ou na ordem de fazer dirigida ao hospital no sentido de entregar dinheiro⁵⁵⁹ diretamente a outro hospital e equipe médica de confiança do consumidor e nomeados pelo juiz, nos valores que se fizessem necessários para a reparação.⁵⁶⁰

Noutro exemplo, também citado pelo mesmo autor, o consumidor supostamente contrai hepatite por infecção medicamentosa (em razão de periculosidade adquirida ou exagerada do produto) e necessita de transplante de fígado. Quando é chamado para receber o transplante, pode obter tutela ressarcitória específica, com pedido de tutela antecipada urgente, para que o fabricante do medicamento ou o importador arque com todas as despesas da remoção e transplante do órgão, pagando diretamente ao estabelecimento de saúde

⁵⁵⁸ Ibidem., p. 301.

⁵⁵⁹ Sobre a antecipação de soma em dinheiro, ver Clayton Maranhão e Luiz Guilherme Marinoni (MARANHÃO, Clayton. Antecipação do pagamento de soma em dinheiro em ação condenatória por ato ilícito. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano III, n. 10, p. 819-827, out./dez. 1998. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 221-237).

⁵⁶⁰ MARANHÃO, 2003, p. 301.

e à equipe médico-cirúrgica todos os custos da operação. A ordem será de fazer sob pena de multa ou, se mostrando esta inútil, poderá o juiz nomear interventor judicial para que emita as ordens de pagamento pela empresa responsável.⁵⁶¹

Se a tutela pelo equivalente monetário fosse considerada adequada e efetiva para a solução de ambas as situações, a obrigação de reparar os danos se transformaria em obrigação de pagar dinheiro, com o possível resultado *morte* dos pacientes.

Aceitar, como na época de Liebman, que a execução por quantia certa tem prevalência em nossa sociedade é fulminar o direito à reparação dos danos e transformar a obrigação de indenizar numa obrigação alternativa, que vai possibilitar ao causador do dano a escolha pelo cumprimento que mais lhe aprouver, da mesma forma que ocorre ao se aceitar a conversão das obrigações em perdas e danos sem reconhecer a prioridade do cumprimento específico. É transformar a regra em exceção, monetizando todos os direitos, sem preocupação com a efetividade da sua tutela.⁵⁶²

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, [...] *A tutela adequada ao dano, como é evidente, é aquela que proporciona a efetiva reparação. Como a tutela adequada é, antes de tudo, a tutela que efetivamente repara o dano, não há como impor ao lesado o equivalente em pecúnia, [...].*⁵⁶³

Não que o ressarcimento em dinheiro não dê conta de algumas situações, na realidade, às vezes ele será a única forma de tutela em face do dano. Mas a prevalência, quando a tutela específica for possível, é fato, pois a tutela pelo equivalente em dinheiro é uma tutela mínima, enquanto garante apenas que o dano decorrente de acidente de consumo não seja privado de reparação.⁵⁶⁴

No contexto global, no qual todos estão inseridos, submetidos à observância dos Direitos Humanos Universais, não se pode ignorar a importância da efetiva reparação dos danos, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais, individuais ou coletivos. Se o direito à reparação adequada e integral não for observado, com indenizações inadequadas e desproporcionais se comparado os direitos e as lesões,

⁵⁶¹ Ibidem., p. 301-302.

⁵⁶² Segundo João Calvão da Silva, a expansão da tutela específica está relacionada à progressiva despatrimonialização do direito privado em geral, à tendência do direito com o personalismo, os direitos da personalidade e os valores da pessoa humana situados como referência central (SILVA, J. C. *Op. cit.* p. 168).

⁵⁶³ MARINONI, 2004a, p. 108.

⁵⁶⁴ Como também o é no direito ambiental (TESSLER, L. G. *Op. cit.* p. 353).

a ordem jurídica num aspecto global será violada.

Os denominados novos direitos, dentre os quais está o direito do consumidor, não podem ser tutelados a partir de uma sistemática retrógrada, ineficiente e, na maioria das vezes, intempestiva. A monetização dos novos direitos é impossível e totalmente contrária às exigências constitucionais, por isso a tutela pelo equivalente monetário não é nada efetiva ou adequada.⁵⁶⁵

Como já se afirmou, deve-se falar em inconstitucionalidade da decisão que não proporciona a efetiva e adequada reparação dos danos dos consumidores. A decisão que ignora a viabilidade da reparação natural do dano ou, ainda, que ignora o princípio da reparação integral, é inconstitucional, porque viola os direitos fundamentais de proteção do consumidor e à tutela jurisdicional efetiva.

É importante, por fim, fazer uma observação quanto às prioridades, para que não haja confusão em relação às diversas obrigações e seus sucedâneos: o ressarcimento do dano na forma específica é preferível em relação ao ressarcimento pelo equivalente em dinheiro, ao mesmo tempo em que é sucedâneo do cumprimento específico da obrigação, ou seja, o ressarcimento específico é preferível quando se trata de tutelar o direito em face do dano, é a sanção perfeita e ideal diante do dano, mas é sucedâneo das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, que devem ser cumpridas prioritariamente na forma específica, vez que a conversão em perdas e danos é secundária.⁵⁶⁶

4.2.5 A questão da condenação ao valor do custo da reparação específica

É muito comum que o consumidor dê conta do ressarcimento, arcando com as despesas da reparação do dano, e posteriormente demande para pedir a condenação do fornecedor ao pagamento dos prejuízos, juntando orçamentos realizados e os recibos de pagamento.

⁵⁶⁵ [...] para a proteção desses direitos [refere-se aos direitos fundamentais de proteção, como o consumidor e o meio ambiente] e para a realização das normas que objetivam lhes dar proteção, não há como pensar na lógica da abstração dos bens e das pessoas. Aqui, há consciência de que os bens e as pessoas merecem tratamento diferenciado, e assim assumem importância a tutela específica e, conseqüentemente, a forma procedimental capaz de proporcioná-la. Mas, mesmo pensando em contrato, não há coerência em supor, dentro do atual contexto de Estado, que é indiferente ao contratante receber o bem ou o seu equivalente em dinheiro. Supor que não importa receber o bem contratado é o mesmo que imaginar que a razão de ser do contrato não tem importância, o que certamente não é verdade. (MARINONI, 2004b, p. 62).

⁵⁶⁶ Sobre essa questão, remete-se ao elucidado por João Calvão da Silva (SILVA, J. C. Op. cit. p. 154).

Em outras situações, que envolvem danos mais complexos, é possível que o mesmo utilize-se da ação de produção antecipada de provas para precisar o dano e estabelecer o valor necessário para a sua reparação, a fim de que providencie a reparação, pagando ele próprio os custos, para posteriormente cobrar os valores do causador do dano.⁵⁶⁷

Evidente que em ambas as situações se está diante de tutela ressarcitória pelo equivalente monetário.

Em hipótese diversa, o consumidor não tem o dinheiro suficiente para reparar o dano por conta própria e decide pedir a condenação do fornecedor ao pagamento da soma necessária para a reparação. Ainda que o mesmo, ao receber o dinheiro, providencie a reparação do dano na forma natural, como por exemplo, realize o conserto do veículo danificado, não se estará diante de tutela ressarcitória na forma específica. O que o consumidor fez foi garantir o valor necessário para o ressarcimento na forma específica, isso não é tutela específica, pois apenas lhe conferiu o dinheiro para a reparação.⁵⁶⁸

Assim, a condenação ao valor do custo da reparação específica não é tutela específica.

4.2.6 A cumulação da tutela ressarcitória específica com a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário

Quando se fala na responsabilidade do fornecedor pelos danos decorrentes de acidentes de consumo se afirma a obrigação de reparar integralmente os mesmos, restabelecendo a situação anterior ao dano, de modo que todos os prejuízos do consumidor em razão do acidente sejam arcados pelo fornecedor. Trata-se, portanto, da obrigação de reparação integral.

Ocorre que, como já se fez menção, nem sempre os danos poderão ser ressarcidos totalmente na forma específica, e a tutela pelo equivalente pode se mostrar apropriada para reparar danos decorrentes de acidentes de consumo nesses casos.

Assim, embora possível, a tutela ressarcitória específica pode não ser completamente suficiente para reparar o dano. Por isso o conteúdo da obrigação de

⁵⁶⁷ A hipótese é citada por Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2001, p. 163).

⁵⁶⁸ *Ibidem.*, p. 165.

ressarcir, nesse caso, será a reparação específica mais a reparação pelo equivalente, haverá uma cumulação entre as duas formas de ressarcimento.

O objetivo é que a reparação seja integral. A preferência é que ela ocorra na forma específica, mas também pode ser que a reparação pelo equivalente seja necessária e deva ser determinada para assegurar a reparação integral do dano.

4.2.7 Técnicas processuais adequadas para a efetivação da tutela ressarcitória específica

Tendo em vista a afirmação de que a reparação natural é a forma adequada de ressarcir os danos, como o ordenamento põe em prática o cumprimento dessa obrigação? Que meios são capazes de coagir, constranger e pressionar o causador do dano a repará-lo?

Afinal, como afirma Matilde Zavala de González, de nada adianta o reconhecimento dos fins se não há previsão de meios que conduzam a uma justiça efetiva.⁵⁶⁹

Já se falou que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige mais do que a prolação da sentença para sua efetivação, é necessário que técnicas processuais adequadas sejam utilizadas a fim de se tutelar efetivamente os direitos no plano concreto.⁵⁷⁰

Nas palavras de Michele Taruffo:

[...] si può parlare di tutela giurisdizionale effettiva non solo quando sai possibile giungere, in sede di cognizione, ad un provvedimento di condanna, ma anche a condizione che - mancando l'esecuzione spontanea dell'obbligato - esistano strumenti coattivi idonei a far sì che la condanna trovi concreta attuazione, ossia che la situazione di fatto venga resa corrispondente alla situazione di diritto accertata nella sentenza.⁵⁷¹

⁵⁶⁹ GONZÁLES, M. Z. *Op. cit.* p. 30.

⁵⁷⁰ Marcelo Lima Guerra fala que há um direito fundamental à tutela executiva, que é um dos valores relacionados ao direito fundamental ao processo devido. Esse valor exige que existam meios executivos capazes de propiciar pronta e integral satisfação de qualquer direito merecedor de tutela, de modo que o juiz tem o poder-deve de interpretar as normas relativas aos meios executivos a fim de extrair delas significado que assegure maior efetividade, tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham restrição ao meio executivo quando esta não for justificável se considerado os direitos fundamentais envolvidos, e o poder-dever de adotar meios adequados para a prestação da tutela, mesmo que não previstos em lei ou expressamente vedados, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes (GUERRA, M. L. *Op. cit.* p. 101-105). Lembre-se que quando se trata de direitos fundamentais processuais, não se fala em ponderação, há um teste de adequação, pelo fato do Estado se submeter diretamente a esses direitos, e de necessidade ou menor lesividade na escolha do meio idôneo para a tutela do direito (MARINONI, 2006a, p. 85).

⁵⁷¹ TARUFFO, 2007, p. 69.

Por isso, de nada serve o reconhecimento do direito na sentença se não existem técnicas processuais adequadas capazes de vencer a passividade ou a resistência do devedor inadimplente.⁵⁷²

No direito francês, como já se falou anteriormente, o mecanismo de utilização padrão para a efetivação dos provimentos jurisdicionais é a *astreinte*. Nascida na jurisprudência do século XIX, como instrumento para a reparação de danos decorrentes dos prejuízos causados por descumprimento de obrigação, atualmente é verdadeira medida coercitiva, com previsão em lei, de caráter cominatório e possibilidade de decretação *ex officio*, reversível em favor do credor da obrigação.

No direito inglês há o *contemp of court*, já mencionado em nota anteriormente. Inicialmente, a autoridade judiciária emana uma ordem denominada *injunction*, cujo conteúdo pode ser positivo (*mandatory* ou *positive injunction*) ou negativo (*prohibitory* ou *negative injunction*), com garantias de que o destinatário irá cumprir o determinado.⁵⁷³ A recusa em obedecer constitui a *contempt of court*, que significa ato de desprezo pelo tribunal ou desobediência a uma ordem judicial, do qual decorre a prisão do desobediente ou o pagamento de pena monetária, até que este concorde em obedecer.

Na Itália o sistema tradicional sempre foi um tanto quanto inadequado. Por esse motivo, nas décadas de 60 e 70, alguns juristas como Proto Pisani, Molari e Frignani chegaram a sustentar a utilização da prisão como meio de coerção para o cumprimento das obrigações, como se dá no mecanismo da *contempt of court*.⁵⁷⁴ A doutrina tradicional, entretanto, dentre eles Sérgio Chiarloni, se opôs de forma veemente, sob o argumento de que não há norma na Itália que dê conta disso, salvo alguns poucos casos em que se admite a *astreinte*.⁵⁷⁵ Segundo Michele Taruffo, o

⁵⁷² A expressão é de Michele Taruffo (Idem).

⁵⁷³ Ambas podem ter caráter cautelar ou definitivo, e sua característica marcante é a adaptação, no seu conteúdo específico, à uma situação qualquer carente de tutela (TARUFFO, 1990, p. 74).

⁵⁷⁴ Cite-se, também, Michele Taruffo, que reconhece no *Contempt of Court*, enquanto visto como medida coercitiva vocacionado a assegurar o cumprimento de obrigação, um instrumento de uso normal e indispensável (Ibidem., p. 77).

⁵⁷⁵ Sérgio Chiarloni chega a reconhecer, do ponto de vista funcional, a mera possibilidade do ressarcimento do dano como medida coercitiva, pois entende que a ameaça de condenação é um estímulo para o exato cumprimento das obrigações. Ao final da obra, entretanto, o autor concorda que a execução por sub-rogação parece impotente ou inadequada às novas formas de tutela, que não podem contentar-se com a soma do equivalente, mas afirma que a única via correta para sanar esse problema é a específica previsão legislativa de medidas, mas incluídas antes no âmbito penal que no civil (CHIARLONI, S. *Op. cit.* p. 45; 303-304; 319-320; 338).

ordenamento vigente ainda é particularmente pobre em relação às formas de coerção indireta, mas isso não pode impedir o reconhecimento da exigência de um adequado sistema de medidas coercitivas.⁵⁷⁶

No direito alemão, por sua vez, há um sistema processual próprio para a concretização da tutela específica contido nos §§ 888 e 890 do ZPO, que tratam, respectivamente, das obrigações de fazer positivas e não fungíveis e das obrigações de fazer negativas.⁵⁷⁷ No caso de descumprimento de obrigação contida em sentença, há aplicação de pena pecuniária, que no caso do direito alemão reverte para o Estado, e, excepcionalmente, aplicação de pena restritiva de liberdade, a depender da gravidade da coerção.⁵⁷⁸

Em Portugal o Dec.-Lei n.º 262/83 inseriu o art. 829.º-A no Código Civil e consagrou a sanção pecuniária compulsória para as obrigações de fato infungível, positivo ou negativo. Trata-se de condenação do devedor, a requerimento do credor, em quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, valor que se destina em partes iguais, ao credor e ao Estado. Para as obrigações fungíveis, o art. 828.º permite a realização da prestação por terceiro, à custa do devedor.⁵⁷⁹

No Brasil, não faz muito que se surgiu a preocupação com relação à implementação de técnicas processuais adequadas para a tutela dos direitos.

Foi com a edição do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente com a redação do seu art. 84, que surgiu em nosso ordenamento a possibilidade do juiz adotar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, como a imposição de multa diária ao demandado, a busca e apreensão, a remoção de pessoas ou coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividades nocivas, se necessário com requisição de força policial, dentre outras que, apesar de não constarem expressamente na lei, devem ser adotadas quando se mostrarem viáveis para a obtenção da tutela específica.

⁵⁷⁶ TARUFFO, 2007, p. 79.

⁵⁷⁷ Adverte Michele Taruffo que em razão da rígida categorização tipológica das obrigações, que corresponde a uma tipologia dos instrumentos executivos, essas normas apenas se aplicam a essas obrigações em específico, não há medidas coercitivas previstas para *simples obrigações*, o que dificulta a adaptação da tutela executiva às necessidades específicas (TARUFFO, 1990, p. 81-83).

⁵⁷⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 145, p. 125-149, mar. 2007. p. 147-149. CHIARLONI, S. *Op. cit.* p. 96-99.

⁵⁷⁹ Medidas coercitivas sobre a pessoa do devedor não foram consagradas, e também foi excluída da esfera penal o não acatamento de decisão judicial, não sendo crime, portanto, tudo como decorrência da linha evolutiva do ordenamento jurídico (SILVA, J. C. *Op. cit.* p. 385; 389).

Há aquelas medidas que apenas influenciam psicologicamente o demandado para que este cumpra seu dever a fim de que o direito seja tutelado, denominadas de coerção indireta, como é o caso da prisão civil ou da multa, fundamentais quando se está diante de obrigações infungíveis. E há aquelas medidas que possibilitam a execução direta da obrigação, pois o direito é tutelado independentemente da vontade do demandado, que são as medidas de coerção direta e de sub-rogação.⁵⁸⁰

O intuito na utilização dessas medidas é a eficiência, e eficiência é certeza na reparação e celeridade, o tempo é componente essencial da justiça, e não pode gerar injustiças ao agravar os prejuízos, como afirma Matilde Zavala de González, pois a demora na reparação é idônea para causar ou aumentar os danos.⁵⁸¹

Assim, são fundamentais técnicas processuais adequadas que permitam a efetiva tutela do direito no caso concreto, mormente a tutela dos danos dos consumidores.

E quando se trata de reparar danos na forma específica, a tutela jurisdicional pode ser prestada através da entrega de um bem equivalente àquele que existiria se não houvesse o dano ou a destruição, ou mediante um fazer capaz de gerar uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não tivesse acontecido.⁵⁸²

Portanto, ao se determinar que o fornecedor repare o dano na forma específica, pode o mesmo ser obrigado a uma prestação de fazer ou de entregar coisa, vai depender do que o caso concreto exigir e do que o juiz determinar.

No caso da aplicação da multa para obrigar o fornecedor a prestar o fazer ou o entregar, seja antecipadamente, seja ao final do processo, se pretende ameaçar o mesmo a pagar uma prestação pecuniária que, pelo seu montante, deve lhe causar um prejuízo considerável, com a intenção de que o mesmo opte pelo cumprimento da ordem judicial em razão da desvantagem que pode decorrer da incidência da multa.

E não interessa se a obrigação é fungível ou infungível, ou se o fornecedor não tem a capacidade de reparar o dano pessoalmente, a multa servirá para obrigá-

⁵⁸⁰ A sub-rogação ocorre quando a execução substitui a prestação da parte porque se esperava uma atitude da mesma e esta não o fez. A coerção direta, por sua vez, se dá quando a atividade executiva não substitui prestação alguma da parte, pois esta não é necessária para a realização do direito, nada precisa ser exigido do réu (MARINONI, 2004b, p. 133).

⁵⁸¹ GONZÁLES, M. Z. *Op. cit.* p. 37.

⁵⁸² MARINONI, 2001, p. 166.

lo a reparar o dano ou a providenciar a reparação junto a um terceiro.⁵⁸³

A única objeção legítima em relação à fixação da multa é a falta de capacidade econômica do infrator para reparar o dano, pois aí não se justificaria coagi-lo ao cumprimento se não possui meios para tal.⁵⁸⁴ No caso de fornecedores causadores de dano, para que isso seja aceito vai depender muito do caso concreto.

Note-se que a multa não visa ressarcir os danos, ela associa coerção à ordem judicial e incidirá no caso do seu descumprimento. O ressarcimento, por sua vez, visa reparar o dano, recompondo o *status quo ante*, e uma das formas de viabilizar essa reparação é mediante o pagamento dinheiro. Não se pode confundir, portanto, a reparação do dano em dinheiro e a multa.⁵⁸⁵

Ela pode ser fixada por determinada quantidade de dias ou outras unidades de tempo. Mas também pode incidir de uma única vez, a depender do caso concreto.

Encerrado o prazo que o juiz deu ao réu para cumprir a obrigação, esta passa a incidir (termo inicial). O termo final será analisado pelo julgador, levando-se em conta a finalidade de pressão psicológica da multa; poderá incidir até o cumprimento da ordem ou enquanto houver possibilidades da obrigação ser cumprida.

Em relação ao seu valor, deve ser suficiente e compatível com a obrigação. O valor fixado pode, ainda, ser superior ao valor da própria condenação,⁵⁸⁶ mas a multa não pode ser excessiva, e isso, só poderá ser avaliado no caso concreto, a depender do direito que está em jogo.⁵⁸⁷

Observe-se que o intuito é viabilizar o cumprimento da obrigação, no caso, obrigação de reparar os danos decorrentes de acidentes de consumo. Por isso é pertinente a advertência de Sérgio Cruz Arenhart:

[...] naquelas hipóteses em que o devedor possa repassar o custo do encargo imposto pela multa (astreinte) ao consumidor final, as “medidas necessárias” parecem ser a única forma de obter a efetiva coerção do devedor, já que incidem especificamente sobre ele, sem possibilidade de repasse a outrem da imposição.⁵⁸⁸

⁵⁸³ Ibidem., p. 167.

⁵⁸⁴ Ibidem., p. 168.

⁵⁸⁵ A multa tem função puramente coercitiva (GRINOVER, A. P. *et al.* *Op cit.* p. 862).

⁵⁸⁶ Neste sentido, também Luiz Guilherme Marinoni, que admite que a multa supere o valor do dano, pois apenas desta forma a técnica mandamental poderá atuar com eficiência (MARINONI, 2001, p. 167).

⁵⁸⁷ TALAMINI, E. *Op. cit.* p. 243.

⁵⁸⁸ ARENHART, 2000, p. 206.

Vai ser necessário ao julgador, portanto, muito cuidado e prudência quando da escolha da medida a ser aplicada, pois a multa pode ser inútil quando o fornecedor decidir descumprir a obrigação e pagar a multa porque repassa o custo ao consumidor final.

Nessa situação, outras medidas devem ser adotadas. Além da técnica mandamental, pode o julgador optar pela técnica executiva, como, por exemplo, determinar que um terceiro o faça,⁵⁸⁹ sendo que o causador do dano deve depositar o valor dos custos, inclusive sob pena de multa.⁵⁹⁰ Poderá, também, determinar a busca e apreensão de produto, a intervenção judicial na empresa do fornecedor etc.⁵⁹¹

Interessa que a tutela específica ou seu resultado prático equivalente sejam alcançados, independente da técnica processual utilizada. Como adverte Michele Taruffo, *[...] um sistema que não compreenda formas realmente eficazes de atuação executiva do direito é um sistema com grande probabilidade de ser muito incompleto e inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva das situações substanciais.*⁵⁹²

Ressalte-se, como bem assevera Sérgio Cruz Arenhart, que *[...] quaisquer medidas podem ser adotadas pelo juiz, desde que adequadas para a obtenção da tutela específica da obrigação ou do resultado prático equivalente.*⁵⁹³

O que se deve observar, entretanto, para a adoção da medida adequada, é a regra hermenêutica da proporcionalidade, ou seja, a medida escolhida deve ser adequada por se apresentar faticamente idônea para a proteção do direito, e necessária, por ser se constituir, além de adequada, a menor restrição possível ao demandado.⁵⁹⁴

⁵⁸⁹ Lembrando que a escolha do terceiro não se submete às regras para a execução das obrigações de fazer, pois sua complicação e demora não condizem com a finalidade dos arts. 84 CDC e 461 CPC. Cabe ao terceiro apresentar o projeto e o valor dos honorários e dos custos, afim de que as partes se manifestem. Definido o preço, pode o autor indicar pessoa da sua confiança para prestar o fazer pelo mesmo valor, não havendo motivo para o juiz ou o réu se impor (MARINONI, 2001, p. 169-171).

⁵⁹⁰ Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni (Ibidem., p. 171).

⁵⁹¹ Para Michele Taruffo, a conexão entre as situações substanciais carentes de tutela e as técnicas de atuação executiva se coloca na base do princípio da adequação, *segundo o qual cada direito deve atuar através de um trâmite executivo mais idôneo e eficaz em função das específicas necessidades do caso concreto* (TARUFFO, 1990, p. 77).

⁵⁹² Ibidem., p. 92.

⁵⁹³ Segundo o autor, o juiz pode usar da criatividade para fixar o meio mais idôneo, tendo como limites restrições de ordem legal e mesmo constitucional, como, por exemplo, art. 5.º XX, XLVII, LI e LXVII, art. 6.º XXXIII, art. 15, entre outros da Constituição Federal. (ARENHART, 2000, p. 204-206).

⁵⁹⁴ MARINONI, 2006a, p. 119.

Se o processo civil, devido à falta de técnicas processuais adequadas para a tutela dos direitos, já foi responsável pela transformação da obrigação de reparar danos em obrigação de pagar dinheiro, hoje não é mais dessa forma. Não se trata mais de um sistema incompleto e inadequado; medidas executivas são previstas para possibilitar o cumprimento das decisões judiciais através de atos de repercussão fática que viabilizem a reparação natural do dano.

4.2.8 Tutela ressarcitória específica antecipada

E quando o não ressarcimento imediato do dano puder provocar outro dano ou mesmo agravar o próprio dano, pode o juiz conceder a tutela ressarcitória antecipadamente, com base no art. 84, §3.º do Código de Defesa do Consumidor, mediante técnica mandamental ou executiva, a depender do caso.

Quando houver pedidos cumulados de reparação específica e pelo equivalente, pode ocorrer que, após ouvido o réu e diante das provas já trazidas aos autos, seja possível a concessão da tutela específica, baseada no art. 273, §6.º do Código de Processo Civil, em razão do pedido a ela relativo ter se mostrado incontroverso.⁵⁹⁵

Nesse caso, o processo deverá prosseguir em relação ao pedido de ressarcimento pelo equivalente pecuniário, a fim de se produzirem eventuais provas. Na parte incontroversa, contudo, o pedido poderá ser julgado antecipadamente.

Trata-se de espécie de tutela antecipatória que não se funda no perigo de dano, apenas visa à correta distribuição do tempo do processo entre as partes, ao considerar a evidência do direito do autor, sem comprometer o direito de defesa. Se possível verificar-se de plano a questão envolvendo a reparação *in natura*, não há motivo para não concedê-la antecipadamente.

⁵⁹⁵ Pode ocorrer quando o réu reconhece parte do pedido, ainda que implicitamente (ex.: cobra-se 100, diz que deve 40); quando o réu não contesta precisamente os fatos alegados - art. 302 do Código de Processo Civil (ex.: autor pede danos emergentes e lucros cessantes. Réu não nega o ilícito e contesta apenas lucros cessantes); quando direitos são evidenciados no curso do processo, que ainda vai exigir tempo para elucidar outras parcelas envolvidas no litígio (ex.: não nega o ilícito, mas contesta danos emergentes e lucros cessantes, e os danos emergentes foram comprovados com prova documental e contestados de maneira infundada).

4.2.9 Tutela ressarcitória específica dos direitos coletivos

A tutela coletiva do consumidor, exatamente como o nome quer significar, se volta ao consumidor considerado enquanto uma coletividade de pessoas. Seu cuidado não é com a proteção do consumidor enquanto sujeito individualizado, mas com a proteção de todo um conjunto de pessoas que poderá ser ou já foi afetado e sofre efeitos do mercado de consumo, seja por ofensa a direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.⁵⁹⁶

Para exemplificar, basta imaginar a ofensa ao direito da coletividade de não ser exposta à venda e exploração de produtos considerados perigosos ou nocivos à saúde, o desrespeito ao direito dos usuários do serviço público receberem água própria para consumo, ou a publicidade que utiliza símbolos discriminatórios e afeta a honra de um determinado grupo de consumidores.⁵⁹⁷

A cautela com os direitos coletivos é tão salutar que o art. 102 do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de os legitimados proporem ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o Território Nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.

Mas prevenir e remover ilícitos não é a única preocupação, também o dano deve ser considerado. Uma ação coletiva pode veicular qualquer tipo de tutela⁵⁹⁸ -

⁵⁹⁶ Veja-se o que o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor define como direitos coletivos em sentido amplo: *“A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”* Esse critério é adotado para classificar todos os tipos de interesses coletivos, não apenas aqueles de natureza consumerista.

⁵⁹⁷ Na mesma ação coletiva, inclusive, é possível demandar pretensões de natureza difusa, coletiva e relativa a direitos individuais homogêneos.

⁵⁹⁸ É importante ressaltar os apontamentos feitos por Sérgio Cruz Arenhart acerca da vinculação (des)necessária da proteção de interesses individuais homogêneos com as tutelas ditas ressarcitórias. O autor adverte que a tutela dos interesses individuais homogêneos é feita, predominantemente, pela via das ações condenatórias (condenação genérica), seguidas de execução individual ou de execução coletiva, o que alguns sustentam, a partir de um exame singelo do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que o sistema teria adotado a via condenatória. Ocorre que, não obstante a tutela ressarcitória em pecúnia seja a única

tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela específica do inadimplemento ou tutela ressarcitória.⁵⁹⁹ Portanto, a sentença também pode ser de qualquer natureza - condenatória, constitutiva, declaratória, mandamental e executiva.⁶⁰⁰

Em se tratando de tutela ressarcitória, também no caso de danos coletivos deve prevalecer a preferência da reparação natural, pois toda a sistemática tratada em nada é alterada quando a ofensa afeta direitos coletivos. Pelo contrário, nesses

especificamente disciplinada pela lei, seu tratamento em específico não restringe outras vias de proteção, e a origem constitucional das ações coletivas, bem como a necessária interpretação sistemática do conjunto de diplomas que regem os direitos coletivos, dão a entender que a tutela dos interesses individuais homogêneos não pode ser realizada apenas através da tutela ressarcitória em pecúnia. Seria um erro pensar de outra forma, principalmente considerando a garantia de acesso à justiça e o fato do texto constitucional fazer referência expressa a diversos direitos coletivos, no intuito de protegê-los, como a defesa do consumidor. Ademais, segundo o autor, a alegação de que esta restrição à ação condenatória genérica confere liberdade aos indivíduos de se sujeitarem ou não aos efeitos da sentença coletiva não pode se constituir óbice à concessão de outros provimentos, pois esta possibilidade é viável por meio da cláusula *opt out*, prevista no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, e porque essa vinculação se dá apenas em caso de procedência da demanda. E assim, não há o que justifique qualquer limitação ao campo das eficácias admissíveis na proteção dos interesses individuais de massa (ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves; WATANABE, Kazuo (Org.). **Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 216-225).

⁵⁹⁹ MARINONI, 2004a.

⁶⁰⁰ Cite-se, a respeito, entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3.º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, § 3.º, DA CF/88, ARTS. 2.º E 4.º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART. 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL. [...] 3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se acumulam, se for o caso. 4. A ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III) e submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material, a fim de ser instrumento adequado e útil. 5. A exegese do art. 3.º da Lei 7.347/85 ("A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"), a conjunção "ou" deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). 6. Interpretação sistemática do art. 21 da mesma lei, combinado com o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor ("Art. 83. 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") bem como o art. 25 da Lei 8.625/1.993, segundo o qual incumbe ao Ministério Público "IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente [...]". 7. A exigência para cada espécie de prestação, da propositura de uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa. 8. Ademais, a proibição de cumular pedidos dessa natureza não encontra sustentáculo nas regras do procedimento comum, restando ilógico negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito. 9. Recurso especial desprovido. (REsp n.º 625.249/PR) (grifos nossos)*

casos deve haver uma preocupação maior em assegurar a efetiva e adequada reparação dos danos, em razão da importância dos direitos e do grau de sua afetação.

Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart: [...] *a tutela – especialmente a coletiva – deve sempre buscar a recuperação do bem lesado in natura, evitando a recomposição por equivalente. Tal decorre da regra posta no art. 5.º, XXXV, da CF e ainda da natureza específica dos interesses protegidos pelas ações coletivas.*⁶⁰¹

No exemplo citado, publicidade que utiliza símbolos discriminatórios e afeta a honra de um determinado grupo de consumidores, a ação coletiva poderia visar à condenação do fornecedor ao pagamento de soma em dinheiro para a reparação dos danos causados, mas não parece a melhor forma de ressarcimento. Exigir a retratação do fornecedor, pelos mesmos meios de comunicação, com o intuito de atingir o máximo de pessoas possíveis, com certeza seria mais efetivo para aquele grupo que foi discriminado.

Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que as sentenças que determinam um comando (de fazer, abster-se de fazer ou entregar coisa) serão sempre as mais usuais nas ações coletivas em defesa do consumidor, pois somente através destas será possível alcançar o desiderato do art. 6.º, VI do Código de Defesa do Consumidor, que prevê o direito básico à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, difusos e coletivos. O dinheiro, muitas vezes, seria uma frouxa compensação pelo dano coletivo.⁶⁰²

Ademais, os novos direitos não podem ser tutelados de modo inefetivo e inadequado, através de um processo de matriz individualista, sem considerar a necessidade de repercussão fática da atuação jurisdicional.

Além disso, sabe-se que a efetividade da tutela ressarcitória pelo equivalente, no caso de danos coletivos, é discutível. Quando a execução é coletiva (*fluid recovery*), o dinheiro proveniente da condenação, a teor do art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, reverterá a um fundo, e embora a lei determine que os recursos desse fundo sejam destinados à reconstituição dos bens lesados, na prática, isso não ocorre.⁶⁰³

⁶⁰¹ ARENHART, 2007, p. 225.

⁶⁰² MANCUSO, R. C. *Op. cit.* p. 177.

⁶⁰³ Como adverte Sérgio Cruz Arenhart, na experiência atual, os valores existentes no Fundo dos Direitos Coletivos e Difusos têm sido timidamente aplicados e com poucos reflexos para a proteção dos interesses lesados (ARENHART, 2007, p. 226). No relatório anual de 2008, do Conselho Federal

Especificamente no caso de danos a direitos individuais homogêneos, a prestação da tutela ressarcitória específica exige atenção especial. Para Luiz Guilherme Marinoni, a sentença, neste caso, deve apenas declarar que o fornecedor é responsável pelo acidente de consumo.⁶⁰⁴ Posteriormente, o consumidor individual ou seu sucessor se habilitarão e demonstrarão o vínculo com o fornecedor, o dano, sua qualidade e extensão.⁶⁰⁵

Por isso, não se pode falar em *liquidação do valor do dano*, a sentença da fase de liquidação poderá ser mandamental, executiva ou condenatória (aí sim fixará um valor), vai depender da modalidade de tutela ressarcitória pleiteada e das técnicas processuais adotadas para a sua efetivação.⁶⁰⁶

Clayton Maranhão cita o exemplo de um incêndio num centro comercial que causa queimaduras em diversos consumidores.⁶⁰⁷ O fato é suscetível de ação coletiva que vise ao reconhecimento da responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores em decorrência do acidente.⁶⁰⁸

Para o autor, a sentença deve pedir a condenação cumulada com pedido de tutela específica para que os consumidores possam optar entre o ressarcimento em pecúnia ou *in natura*. A sentença mandamental deverá ordenar que o centro comercial providencie em certo prazo todas as despesas necessárias com as cirurgias plásticas reparadoras, conforme profissional e hospital indicados

Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – CFDD, consta que da arrecadação de receita do fundo, 2,46% adveio de condenações judiciais relativas ao meio ambiente, 0,07% de condenações judiciais relativas ao consumidor, 0% de condenações judiciais relativas a bens e direitos de valor artístico, 5,16% de multas aplicadas no âmbito do Código de Defesa do Consumidor e 88,12% de infrações a ordem econômica, enquanto que foram 16 projetos apoiados na área ambiental, 16 projetos em defesa de bens e direitos de valor artístico, histórico e outros interesses difusos e coletivos, e 5 projetos na defesa do consumidor. Isso demonstra que o produto arrecadado ao fundo nem sempre tem sido revertido para atender os bens que foram lesados na prática (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Seção de Direitos Difusos/Gestão. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/cfdd/data/Pages/MJ2148E3F3ITEMIDB83C48F527614BB386FBDF5F2759C477PTBRNN.htm> Acesso em 11 de janeiro de 2009>)

⁶⁰⁴ MARINONI, 2004a, p. 104.

⁶⁰⁵ Ao analisar o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, Sérgio Cruz Arenhart adverte que é necessário prever situações em que se dispense a execução individual do julgado coletivo, por todas as dificuldades que envolvem a mesma. Por isso, recomenda que seja previsto que o ressarcimento dos danos individuais homogêneos possa ser feito na sua forma específica, e que a indenização possa ser exigida pelo próprio legitimado coletivo pelos meios executivos adequados (ARENHART, 2007, p. 227-228).

⁶⁰⁶ Como a tutela ressarcitória específica não objetiva dar ao lesado o valor equivalente ao seu dano, não se pode falar de liquidação do valor do dano (MARINONI, 2004a, p. 115).

⁶⁰⁷ Lembrando que o significado de consumidor, aqui, está sendo empregado no sentido amplo.

⁶⁰⁸ MARANHÃO, Clayton. Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano VII, n. 24, p. 221-280, abr./jun. 2002. p. 257.

individualmente por cada consumidor.⁶⁰⁹

Mas não tem sido dessa forma na prática. Exemplo interessante é o citado por Luis Ricardo Lorenzetti no caso Edesur S/A, a prestadora de serviço público de energia elétrica da Cidade de Buenos Aires. Em 15 de fevereiro de 1.999 houve um corte de energia e a Defensoria do Povo moveu ação coletiva para responsabilização da empresa frente aos usuários do serviço. A sentença, ditada em 16 de março de 2.000, com os votos dos Des. Martín Farrel e Francisco de las Carreras, reconheceu a responsabilidade da Edesur S/A pelos danos causados à coletividade.⁶¹⁰

No Brasil, caso similar ocorreu em 10 de novembro de 2.009, um *apagão* de energia elétrica, que atingiu dezoito estados, causando danos de diversas ordens, inclusive aos consumidores. Logo em seguida ao ocorrido, a Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Alerj) propôs ação civil pública contra as concessionárias de serviço de energia elétrica local para que sejam obrigadas a ressarcir os consumidores que tiveram aparelhos danificados por causa do apagão.⁶¹¹

A ação reivindica que as concessionárias paguem pelo reparo se o aparelho puder ser consertado ou paguem indenização para o caso de ficar constatada a impossibilidade de reparo dos produtos danificados. Nota-se, no caso, que não se falou em reparação *in natura*. Apesar da prioridade, apenas foi pleiteada a tutela pelo equivalente monetário.

Ocorre que, como já se fez referência, o legitimado coletivo não poderia ter aberto mão do ressarcimento na forma específica. A tutela ressarcitória específica também é prioridade nas ações coletivas, especialmente porque a maioria delas tem por objeto direitos que, dificilmente, serão ressarcidos adequadamente mediante indenização em dinheiro.

⁶⁰⁹ Idem.

⁶¹⁰ LORENZETTI, R. L. *Op. cit.* p. 440-444.

⁶¹¹ O fundamento apresentado para responsabilizar as concessionárias é que, apesar das mesmas não serem diretamente responsáveis pelo apagão, como distribuidoras de energia falharam ao não filtrar a energia elétrica que chegou à casa das pessoas, quando o fornecimento foi restabelecido. A sobrecarga é a principal causa dos danos aos aparelhos.

5 CONCLUSÃO

Sabe-se que, no mundo contemporâneo, os indivíduos são consumidores permanentes, acordam consumidores, realizam suas atividades cotidianas como consumidores e dormem consumidores, permanecendo nessa condição mesmo enquanto dormem.

E como sujeitos de direito, os consumidores devem ter sua dignidade respeitada, é garantia fundamental de todos, inclusive dos indivíduos enquanto tal. O direito preocupa-se com essa garantia, pois é para o consumidor que se volta o mercado, sempre de forma agressiva na busca de lucros e resultados.

Por isso reconhecer a proteção do consumidor como direito fundamental, como o faz a Constituição Federal. Esse direito, que é de defesa e também de proteção, além de impedir que o Estado interfira na liberdade do consumidor, exige uma proteção para o consumidor em face de terceiros, pois é eficaz nas relações do sujeito enquanto consumidor frente ao Estado e também nas relações entre o mesmo e o fornecedor de produtos e serviços.

Assim, regulando o mercado, o Estado garante o respeito à proteção do consumidor e aos demais direitos fundamentais. Essa intervenção, como se viu, justifica-se em prol da igualdade material do consumidor, que se encontra em situação desfavorável na relação com o fornecedor.

Mas, ao mesmo tempo em que regula, o Estado reconhece a autonomia do econômico, tanto que a defesa do consumidor, além de direito fundamental, é princípio geral da ordem econômica, o que demonstra que a tutela do consumidor é compatível com o necessário desenvolvimento econômico e tecnológico.

E para a manutenção do equilíbrio entre a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico, é desejável que produtos e serviços colocados no mercado não acarretem riscos à saúde e à segurança dos consumidores. Não obstante esse ideal, a insegurança é característica do mercado e remete aos riscos do produto ou serviço causarem acidentes de consumo.

Para dar conta desses riscos, o sistema internalizou o custo das externalidades negativas do mercado e, por uma questão de justiça distributiva, os imputou aos fornecedores, a fim de que os indivíduos não mais suportem desamparados esses efeitos negativos.

Assim, dispõe o Código de Defesa do Consumidor que o fornecedor é

responsável pelos danos causados aos consumidores, os quais devem ser reparados de forma efetiva, de acordo com o direito básico do consumidor à efetiva prevenção e reparação dos danos morais e patrimoniais, individuais, coletivos e difusos.

No que diz respeito ao Estado-Juiz, o direito fundamental à tutela jurisdicional determina a efetiva prestação da mesma, o que ocorre tão somente quando há real produção de efeitos das decisões jurisdicionais no mundo fático, capazes de proteger concretamente o direito.

Portanto, com exceção dos casos em que o requerente pretende sentença declaratória ou constitutiva, as quais, por si só, são suficientes para proteger o direito, não basta ao judiciário concluir que a parte possui determinado direito, é preciso dar tutela concreta ao mesmo.

Daí a importância da atividade executiva, que é necessária quando a mera prolação da sentença não protege o direito. Ao legislador compete estruturar a técnica processual adequada ao direito material e ao juiz, por sua vez, interpretar as mesmas com vistas às necessidades do caso e ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Diante do consumidor, que possui o direito fundamental de proteção e, enquanto jurisdicionado, o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva, o Estado-Juiz precisa atuar para assegurar esses direitos, sob pena de desrespeito à Constituição.

Isso se dá também no caso da tutela jurisdicional em face dos danos decorrentes de acidente de consumo, que, da mesma forma, deve ser efetiva e adequada, exatamente porque os direitos fundamentais assim o determinam, bem como em razão do direito básico do consumidor à efetiva prevenção e reparação dos danos.

Há uma função repressiva na tutela ressarcitória, e de outra forma não poderia ser, vez que a sociedade está constantemente exposta aos riscos do mercado de consumo. Sendo conhecido que os mesmos não podem ser completamente evitados, é necessário que exista uma tutela repressiva que dê conta das externalidades negativas do mercado e possibilite a reparação dos danos da forma mais adequada e efetiva.

Dessa forma, é primordial que o juiz considere as necessidades do direito material, o que implica a análise da forma adequada de reparação. Se assim não

ocorrer, o processo desrespeitará sua finalidade instrumental em relação ao direito material e a decisão violará os preceitos constitucionais.

E é a reparação específica ou *in natura* a mais efetiva e adequada forma de ressarcimento, pois esta possibilita o retorno das coisas ao *status quo ante*, de modo que vai recompor o bem danificado ou destruído e reconstituir a situação que existiria se os danos não tivessem acontecido, enquanto que a tutela pelo equivalente apenas restaura a utilidade monetária do bem danificado através do dinheiro.

As obrigações devem ser cumpridas exatamente como preveem a lei ou o contrato, e se a lei diz que diante dos danos o responsável tem o dever de reparar, pretende que se repare o dano e não que se pague dinheiro.

Portanto, a tutela ressarcitória específica é a tutela efetiva do direito à reparação de danos, mesmo quando alcança apenas situação próxima da equivalente, pois, ainda que aproximadamente, as coisas são recompostas ao seu estado anterior, sem a prestação do substitutivo pagamento de dinheiro.

Com exceção de quando há vontade do consumidor vítima, impossibilidade natural de cumprimento específico da obrigação pelo fornecedor, deveres cujo cumprimento específico é excluído pelo direito ou onerosidade excessiva, a tutela prestada deve ser a ressarcitória específica.

Note-se que diante de demanda coletiva, não podem os legitimados dispor do ressarcimento na forma específica. E, para se admitir a onerosidade excessiva como impeditivo da reparação *in natura*, apenas no caso de danos patrimoniais e quando a reparação *in natura* se mostrar absolutamente inviável no aspecto econômico.

Sabe-se que no ordenamento brasileiro, mesmo diante do princípio geral da reparação natural, como regra não havia outra senão a reparação dos danos mediante o pagamento de equivalente monetário. Contudo, após o advento do Código Civil de 2.002, pela redação do seu art. 947, é indiscutível que a modalidade específica é a maneira adequada pela qual se deve cumprir a obrigação de reparar os danos.

No tocante ao aspecto processual, que antes do Código de Defesa do Consumidor e das posteriores reformas no Código de Processo Civil pelas Leis n.º 8.953/94 e n.º 10.444/02 apenas possibilitava a reparação em pecúnia, pois não previa técnicas processuais adequadas para permitir a tutela ressarcitória específica,

não se trata mais de um sistema incompleto e inadequado, pois medidas executivas são previstas para possibilitar o cumprimento das decisões judiciais mediante atos de repercussão fática, inclusive da decisão que reconhece a obrigação de ressarcir os danos na forma específica.

Além disso, as regras citadas reconhecem a prioridade da tutela específica ou do resultado prático equivalente sobre as perdas e danos ou pagamento de indenização em dinheiro, de modo que este é subsidiário. Fica claro, portanto, que a obrigação é de reparar os danos e não de pagar quantia.

Logo, a prevalência, quando a tutela específica for possível, é fato, vez que a tutela pelo equivalente em dinheiro apenas confere a utilidade do bem lesado e não a sua restituição.

E mesmo que na maioria dos casos se preste tutela pelo equivalente monetário, seja porque ainda é a forma de reparação mais solicitada pelas vítimas, seja porque em muitas situações a reparação específica é impossível, ainda assim a tutela ressarcitória específica é preferível, porque é a tutela efetiva do direito em face do dano.

Sendo assim, toda questão envolvendo reparação de danos, mormente aquelas decorrentes de acidentes de consumo, exige a análise inicial acerca da viabilidade da reparação *in natura*. A decisão judicial que ignora esta análise e condena o fornecedor, de imediato, ao pagamento de indenização em dinheiro, é inconstitucional, pois ofende o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o direito fundamental à defesa do consumidor.

Mas, no caso de ser viável apenas a tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro, deverá o julgador fundamentar sua decisão para legitimá-la, demonstrando que a modalidade apropriada à situação é a tutela pelo equivalente, não obstante a reparação natural tenha prioridade. Aqui também se inclui a decisão acerca da cumulação da tutela ressarcitória específica com a tutela pelo equivalente, que em muitas ocasiões será necessária para permitir a integral reparação dos danos.

O compromisso do Judiciário é essencial, pois, na perspectiva dos direitos fundamentais, a tutela do consumidor em face dos danos não pode se apresentar inefetiva ou inadequada, como o é a tutela pelo equivalente monetário, que apenas restaura a utilidade dos bens.

A proteção do consumidor no contexto contemporâneo deve ser a mais adequada e efetiva possível, inclusive quando do ressarcimento, por isso a primazia

da tutela específica, que é essencial principalmente diante dos novos direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: SILVA, Virgílio A. da. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Original em alemão.

ALSINA, Jorge Bustamante. **Responsabilidad civil y otros estudios**: doctrina y comentarios de jurisprudencia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984-95. v. II.

_____. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 9. ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALTERINI, Atilio Aníbal; CABANA, Roberto M. López (Dir.) **La responsabilidad**: homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg. Buenos Aires: Alberto-Perrot, 1995.

ALTERINI, Juan Martín. **La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALTERINI, Juan Martín; TANZI, Silvia Yolanda. **La demanda de daños**. Buenos Aires: Carpetas de Derecho, 1999.

ANDRADA, Alejandro D. **Responsabilidad civil de los medios de comunicación**: el factor de atribución. Rosario: Juris, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 271-297.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 2).

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6).

_____. Ônus da prova e relações de consumo. In.: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). **Repensando o direito do consumidor**: 15 anos do CDC (1990-2005). Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil Seção Paraná, 2005. p. 92-113.

_____. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves; WATANABE, Kazuo (Org.). **Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 216-230.

ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6 ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 759, p. 11-23, jan. 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In.: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 15-40.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Deol Rey, 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de: PINTO, Paulo Mota; SARLET, Ingo Wolfgang. Coimbra: Almedina, 2003a.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. p. 223-243.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**: funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936 – XIV. v. I.

CAZEAUX, Pedro N.; REPRESAS, Félix A. Trigo. **Derecho de las obligaciones**. 3. ed. aum. e actual. La Plata: Platense S. R. L., 1996.

CHIARLONI, Sergio. **Medidas coercitivas y tutela de los derechos**. Tradução de: VILLEGAS, Aldo Zela. Lima: Palestra, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tradução de: SANTALÓ, José Casais Y. 3. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922. t. I. Original em italiano.

COELHO, Fabio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor – O cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo:

Saraiva, 1994.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de: DASTOLI, Carlos Alberto. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo cautelar arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil (Leis 8.455, de 24.8.92; 8.637, de 31.3.93; 8.710, de 24.9.93; 8.718, de 14.10.93; 8.898, de 29.6.94; 8.950, de 13.12.94; 8.951, de 13.12.94; 8.952, de 13.12.94 e 8.953, de 13.12.94)**. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV.

DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 18, n. 71, p. 142-167, jul./set. 2009.

ECHEVESTI, Carlos A.; STIGLITZ, Gabriel A. Las acciones por daños y perjuicios. In.: ITURRASPE, Jorge Mosset (Dir.) **Responsabilidad civil**: teoría general. Presupuestos. Responsabilidades específicas. Buenos Aires: Hammurabi, 1997. p. 505-549.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104.

FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-60.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de: DASTOLI, Carlos Alberto. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GHERSI, Carlos A. **Reparación de daños**: Acción del hombre. Autoría. Imputabilidad. Antijuridicidad. Culpabilidad. Factores objetivos. Equidad. Formas de reparación. Relación de causalidad. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992.

_____. (Dir.) **Derecho y reparación de daños**: tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada (3. Daño al medio ambiente y al sistema ecológico. Responsabilidad civil, administrativa y penal). Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.

_____. **Teoría general de la reparación de daños**. 3. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Alfredo y Ricardo Depalma, 2003.

GOMES, Rogério Zuel. Questões processuais em lides de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 18, n. 69, p. 102-139, jan./mar. 2009.

GONZÁLES, Matilde Zavala de. **Actuaciones por daños**: Prevenir. Indemnizar. Sancionar. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. Función actual de la responsabilidad civil. In.: REPRESAS, Félix Trigo; STIGLITZ, Rubén S. **Derecho de daños**. Buenos Aires: La Rocca, 2000. 1. p.

HOFFMAN, Paulo. Inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor – Critério de julgamento (sob a ótica do juiz) e critério de procedimento (para o fornecedor). In.: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano (Coord.). **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 223-241.

INDENIZAÇÃO. In.: NEVES, Iêdo Batista. **Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições-Fases, 1988.

IRTI, Natalino. **L'età della descodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979.

ISTITUTO PER LO STUDIO E LA DIFFUSIONE DELL' ARBITRATO E DEL DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE (ISDACI). Collana di diritto e prassi degli scambi internazionali diretta da Ugo Draetta e Cesare Vaccà. n. 12. **Consumatori, contratti, conflittualità**: diritti individuali, interessi diffusi, mezzi di tutela. Milano: Edizioni giuridiche economiche aziendali dell' Università Bocconi e Giuffrè Editori, [2000?].

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**: parte general. Buenos Aires: Rubinzal, 1998. t. I.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

LIMA, Adamastor. **Introdução ao direito comercial**. 2. ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MALACHINI, Edson Ribas. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 125, p. 15-60, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em Juízo**. 4 ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 45/2004, o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e as Leis n. 11.187, 11.232 (2005) e 11.276, 11.277, 11.280 (2006). São Paulo: Saraiva, 2007.

MARANHÃO, Clayton. Antecipação do pagamento de soma em dinheiro em ação condenatória por ato ilícito. **Gênese Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano III, n. 10, p. 819-827, out./dez. 1998.

_____. Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor. **Gênese Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano VII, n. 24, p. 221-280, abr./jun. 2002.

_____. **Tutela jurisdicional do direito à saúde (Art. 83 e 84, CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 7).

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. A tutela específica do consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 50. p. 71-116, abr./jun. 2004a.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b.

_____. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006a. v. 1.

_____. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In.: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b. p. 197-252.

_____. **Antecipação de tutela**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão visível**: mercado e regulação. Coimbra: Almedina, 2003.

MARTINS- COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da reparação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 789, p. 21-47, jul. 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MESA, Marcelo J. López; REPRESAS, Félix A. Trigo. **Tratado de la responsabilidad civil**: el derecho de daños em la actualidad. Teoria y práctica. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. IV.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Seção de Direitos Difusos/Gestão. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/cfdd/data/Pages/MJ2148E3F3ITEMIDB83C48F527614BB386FBDF5F2759C477PTBRNN.htm> Acesso em 11 de janeiro de 2009.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 110-132, jul./set. 2002.

MITIDIERO, Daniel. Diálogo das fontes e formas de tutela jurisdicional no Código de Defesa do Consumidor. In.: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano (Coord.). **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55-63.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-147.

MORELLO, Augusto Mario. Nuevos daños, nuevas técnicas procesales de protección. In.: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Dir.); PARELLADA, Carlos A. (Coord.). **Derecho de daños**. Buenos Aires: La Rocca, 2000. p. 35-51. 2. p.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Apontamentos críticos sobre o dano moral contratual: enfoque a partir da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. **Cadernos Jurídicos OAB Paraná**, n. 01, p. 6-8, abr. 2009.

NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. **Comentários ao código do consumidor (Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990)**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 1, p. 200-221, 1992.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PAULSON, Stanley L. **Kelsen e a interpretação jurídica**. Tradução de: CARVALHO NETO, Menelick. Digitado.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación**: daños por noticias inexactas o agraviantes. 2. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. t. XXVI.

PUSCHEL, Flavia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC**: acidentes de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REDE PARANAENSE DE CULTURA. Falha em site da Fnac cria promoção com 99% de desconto. Portal RPC, Curitiba, 21 mai. 2009. Seção Economia. Disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/economia/conteudo.phtml?id=888711>>. Acesso em: 16 out. 2009.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 145, p. 125-149, mar. 2007.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 15, n. 58, p. 75-97, abr./jun. 2006.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 5. ed. rev., e ampl. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2. ed. 2. reimp. Coimbra: Coimbra, 1997.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de: LIMA, Maria Teresa de Lemos. Juruá: Curitiba, 2006.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 5. ed., São Paulo: RT, 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 72-97, jul./set. 1990.

_____. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 144, p. 57-84, fev. 2007.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.9).

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em que medida vinculan a los particulares los

derechos fundamentales? In.: SARLET, Ingo (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 299-338.

WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

WERNER, José Guilherme Vasi. Vícios e defeitos no produto e no serviço: da garantia e da responsabilidade. **Revista de direito do consumidor**, ano 15, n. 58, p. 98-115, abr./jun. 2006.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de: GASCÓN, Marina. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007.