

TUTELA RESSARCITÓRIA ESPECÍFICA: UMA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EFETIVA

Karina da Silva Magatão¹

MAGATÃO, K. S. Tutela ressarcitória específica: uma perspectiva do direito fundamental à tutela efetiva. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.* UNIPAR. Umuarama. v. 12, n. 2, p. 451-468, jul./dez. 2009.

RESUMO: A prestação jurisdicional efetiva é direito fundamental. Daí surge a reflexão em relação ao ressarcimento de danos, que até então foi pensado como tutela indenizatória. A perspectiva mudou com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe a possibilidade de o juiz adotar as medidas necessárias para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Na medida em que o ressarcimento na forma específica protege integralmente os direitos, ao restabelecer a situação anterior ao dano, mostra-se mais adequado para tutelar direitos no caso concreto, e sua preferência em relação à indenização pecuniária resta indiscutível, constituindo-se, desta forma, corolário da garantia constitucional à prestação de uma tutela efetiva e fé pública pelas autenticações que realiza, destinadas a instruírem o processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental. Tutela efetiva. Tutela ressarcitória específica.

1. INTRODUÇÃO

O Estado Liberal, tendo em vista o Regime Absolutista que lhe antecedeu, concedeu à lei o papel principal dentro do sistema jurídico, a fim de inibir as ilegalidades e os abusos sofridos naquela época. Assim, não mais intervia na autonomia privada, todos eram iguais perante a lei e a função da jurisdição era dizer o direito, restrita ao que ele previa, sem brechas para maiores interpretações. Neste contexto, o positivismo jurídico se fez presente, e a validade da lei dependia, tão somente, da observância dos procedimentos formais para a sua elaboração.

Com o decorrer dos tempos, enaltecera-se as desigualdades, porque as pessoas são diferentes, e é impossível, perante a lei, considerá-las igualmente, sem cometer injustiças no plano fático e prejudicar também a liberdade.

¹Mestranda em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Professor Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. karinamagatao@hotmail.com

Assim, dizer o direito, por si só, não mais foi suficiente para preservar os princípios de justiça na sociedade. Resgatar a substância da lei se tornou premissa fundamental. Então, a Constituição passou a ser o centro do ordenamento jurídico, como instrumento garantidor dos direitos fundamentais do homem. E, por situar-se numa posição hierarquicamente inferior, a compatibilidade substancial da lei com a Constituição passou a ser requisito para sua legitimidade.

O processo, que até então não guardava relação alguma com o direito material, passa a ser instrumento para a tutela dos direitos e, como tal, não se sustenta unicamente com a decisão proferida, que precisa conferir a adequada proteção do direito substantivo, porque de nada serve a lei reconhecer a pretensão da parte, se o Estado Juiz não tiver a capacidade de assegurar a mesma, tutelando-a de maneira efetiva no plano real, ainda que invadindo a esfera jurídica particular dos sujeitos.

Evidente que a tendência liberal influenciou, de forma significativa, nossa sociedade e ordenamento jurídico, e foi exatamente em razão da mesma que, ao tratar do ressarcimento de danos, nossa legislação processual não previa a aplicabilidade de técnicas ou procedimentos adequados a prestar outro tipo de tutela que a reparatória em pecúnia.

O Código de Processo Civil de 1973 ainda mantinha o sistema típico de tutela executiva, inspirado no princípio da legalidade e nos ideais do Estado Liberal. O mesmo fixava na lei todos os procedimentos aplicáveis pelos juízes para a efetivação da tutela, o que acabava por limitar a atuação dos magistrados ao uso de técnicas insuficientes, incapazes de suprir as necessidades do caso concreto.

Essa inadequação, contudo, acabou suprimida com a edição do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que passou a prever a possibilidade de o juiz adotar as medidas necessárias para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Ou seja, foi quebrada a tipicidade dos meios executivos.

A tutela ressarcitória específica, até então inviabilizada pela impropriedade da lei, passou a ser admitida de forma expressa pelo nosso ordenamento, e pode, sem dúvida alguma, ser aplicada como uma garantia na prestação da tutela jurisdicional efetiva, pois a Constituição Federal assegura esse direito fundamental e a lei, que deve implementá-lo, prevê a adoção de medidas para a obtenção do seu resultado no caso concreto.

2. A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Com a adoção do princípio da legalidade como fundamento para a imposição do Estado Liberal, a lei foi elevada a um ato supremo, objetivando-se eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo e do Antigo Regime. Todos os

bens e pessoas eram considerados iguais, e como garantidor da liberdade das pessoas, o Estado não interferia na esfera jurídica dos particulares: a autonomia da vontade prevalecia (MARINONI, 2006).

Dessa forma, se o devedor não cumprisse sua prestação da forma como era devida, seja pelo contrato, seja por imposição da lei, o Estado não poderia assegurar que o fizesse, mesmo que isto fosse faticamente possível, porque não se admitia compelir o obrigado a cumprir o dever.

Diga-se, a propósito, que o juiz era proibido de exercer o poder de império, de invocar qualquer direito que se chocasse com a lei ou ordenar qualquer medida sob pena de multa.

A neutralidade do magistrado, porque sua atuação era limitada pela lei, a prevalência da autonomia da vontade, e a não ingerência do Estado nas relações entre particulares, eram o traço típico daquela época.

Essas tendências do Estado Liberal tiveram fundamento porque se defendia a liberdade do homem, e, para a sua preservação, considerava-se imprescindível não constringer a autonomia privada.

No plano jurídico, a tão defendida autonomia da ação e da relação processual acabou por obscurecer a relação entre processo e direito material, deixando de lado o papel que o direito hegemônico deve desenvolver na sociedade (DENTI, 1982).

A separação entre o direito processual e o direito material, como se fossem duas ciências autônomas, sem correlação alguma, afastava a possibilidade de realização dos direitos (tutela dos direitos), finalidade precípua da jurisdição. Desse abismo que proliferou entre as duas ciências decorria a prestação de uma tutela totalmente inadequada, porque, enquanto a ciência material outorgava direitos às pessoas, o processo não cuidava de assegurar a concretização dos mesmos.

Como premissa, o positivismo jurídico adotava o direito como lei, fruto exclusivo das casas legislativas. Para a validade da norma não importava o seu conteúdo, mas tão somente a observância do seu procedimento de criação. A atividade do julgador, portanto, estava limitada à declaração da lei e à busca da vontade do legislador. Enfim, a jurisdição era o poder que dizia o direito, sendo esta a atividade exclusiva dos magistrados (MARINONI, 2006).

Com o passar do tempo, a história comprovou que a igualdade entre os homens era um ideal utópico, ou seja, ignorar as desigualdades sociais existentes era prejudicar a efetivação da própria liberdade, já que a mesma não pode ser usufruída senão por aquele que possui condições mínimas de vida.

Foi necessário, então, o resgate da substância da lei e a busca de instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça. Assim, numa tendência neoconstitucional, esses princípios foram inse-

ridos nas Constituições, que passaram a ocupar uma posição hierarquicamente superior no ordenamento.

Segundo ensina Luis Roberto Barroso (2007), o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, o qual teve, como marco histórico, a formação do Estado Constitucional, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX. Teve como marco filosófico o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética, e como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expressão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Foi desse conjunto de fenômenos que resultou o processo conhecido como constitucionalização do direito, caracterizado por um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Esse processo repercute sobre a atuação dos três Poderes, notadamente nas suas relações com os particulares, bem como nas relações entre particulares.

Assim, a lei deixou de ter legitimação apenas formal, passando a exigir uma compatibilidade substancial com os direitos positivados na Constituição. Ela deve estar em conformidade com os direitos fundamentais, já que o princípio da legalidade passou a ter um conteúdo substancial, além do formal anteriormente reconhecido.

Como decorrência, o velho Código Civil foi deslocado do centro do sistema jurídico, que passou a pertencer à Constituição Federal. Esse fenômeno ocorreu no Brasil a partir da Constituição de 1988, mais notadamente nos últimos dez anos, quando a mesma passou a desfrutar já não apenas de supremacia formal, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios (BARROSO, 2007).

Por conseguinte, a autonomia entre direito processual e direito material sobreviveu somente sob o aspecto epistemológico. Entre a essência dessas disciplinas há uma certa carga de interdependência: o processo existe em função do direito material e da necessidade de se contar com instrumental capaz de servir de conduto para as pretensões de direito material. Do ponto de vista ontológico, portanto, os dois ramos do direito estão interligados, na medida em que o direito processual encontra no direito material a sua razão de ser (WAMBIER, 2006).

Enfim, não há mais que se falar em legitimidade da jurisdição voltada à atuação da lei. A partir do neoconstitucionalismo exige-se a compreensão crítica

da lei em face da Constituição para, ao final, fazer surgir uma projeção da norma adequada. Essa é a nova concepção de direito no Estado Constitucional ou dito Contemporâneo (MARINONI, 2006).

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EFETIVA E A QUEBRA DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Em relação à prestação jurisdicional, o art. 5º, inciso XXXV da CF assegura à parte o denominado direito de ação. Esse direito, no Estado Constitucional, não se exaure com a sentença de procedência ou com eventual acórdão que a confirmou, nem mesmo quando transitado em julgado. O direito de ação exige que a sentença de procedência se revista da forma procedimental adequada à proteção do direito e, ainda, que disponha dos meios executivos aptos à sua implementação.

A norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, significa que a parte tem o direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional do direito por ela conferido, que a parte tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional e que a parte tem o direito ao procedimento adequado à situação do direito substancial carente de proteção (MARINONI, 2006).

Canotilho (2002), ao afirmar que a sentença e a execução adequadas são óbvios corolários do direito de ação, conclui que o direito de ação, muito mais do que o direito ao julgamento do pedido, é o direito à efetiva tutela jurisdicional.

Assim, impossível falar em prestação de tutela quando se deixa de analisar o processo como instrumento capaz de responder às exigências constitucionais, dentre as quais está a tutela efetiva dos direitos.

Dai decorre, além da necessidade de conformação da lei à Constituição, a imprescindibilidade de conferir ao Estado Juiz a capacidade concreta (o poder) de prestar a tutela jurisdicional efetivamente.

Entretanto, devido à herança do Estado Liberal, por muito tempo a doutrina, a jurisprudência e, principalmente, a legislação brasileira se importaram, em demasia, com o devedor. Os juristas não se preocupavam com a forma que era prestada a tutela jurisdicional, não tinham a inquietação de debater as mudanças necessárias no processo para tornar a tutela prestada eficiente, célere e adequada, porque a segurança jurídica, sobretudo, deveria ser considerada em prol do devedor.

O ordenamento jurídico processual brasileiro, cujo Código foi editado em 1973, 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 pelos magistrados. Disso decorria um processo “engessado”, que não possuía técnicas suficientes capazes de suprir as necessidades do caso concreto (GUERRA, 2003).

Não tardou a percepção 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 para cada situação da vida real.

Diante desta constatação, rompeu-se o paradigma até então posto com a edição do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais precisamente com a redação do seu art. 84, texto basicamente repetido quando da alteração do art. 461 do CPC, pela Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994.

Ambos os dispositivos são relacionados às prestações de obrigações de fazer e não-fazer,[1] 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 do preceito, a imposição de multa por tempo de atraso, 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. Essa previsão legal também foi adotada para os casos de entrega de coisa, com a inclusão do art. 461-A no CPC, por meio da Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002.[2]

Fala-se, então, em medidas de coerção indireta, de coerção direta e de sub-rogação. A execução (ou coerção) indireta é aquela que não conduz diretamente à tutela do direito, limitando-se a incidir sobre a vontade do réu, o qual pode ou não cumprir a prestação. Admite-se a coerção indireta pessoal, como a prisão civil, e patrimonial, como ocorre com a multa.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart (2000), o que se pretende, quando da fixação da multa, é ameaçar o devedor diante da opção entre cumprir a ordem judicial ou sofrer o gravame imposto pelo pagamento de uma prestação pecuniária, para que opte voluntariamente pela primeira conduta.

Para Cândido Rangel Dinamarco (1995), estes são meios de pressão psicológica, que têm escopo de pressionar o obrigado e conduzi-lo a optar pelo cumprimento do preceito por deliberação própria e mediante atos próprios.

A execução direta, por sua vez, é aquela que permite que o direito seja realizado independentemente da vontade do demandado, através de meios executivos de coerção direta ou de sub-rogação. Distinguem-se, os mesmos, da seguinte forma: sub-rogação, quando a execução substitui a prestação da parte porque se esperava uma atitude da mesma e esta não o fez; e coerção direta,

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, 2004).

Com a aplicação dessas medidas, as obrigações de fazer, de não-fazer e de entrega de coisa, reconhecidas por sentença, deixaram de exigir processo de execução autônomo, bastando mera fase executiva para sua conclusão, que se constitui num processo sincrético, com função predominantemente executiva (GUERRA, 2003).

Ademais, além da ruptura do princípio da taxatividade dos meios executivos, os arts. 84 do CDC, 461 e 461-A do CPC influenciaram, de maneira significativa, a regra da adstrição do juiz ao pedido. Com a possibilidade, prevista na lei, do juiz poder se desvincular do pedido, concedendo a tutela solicitada ou o resultado prático equivalente, bem como, aplicando a medida necessária para a prestação efetiva da tutela, esses dispositivos ocasionaram a superação da ideia absoluta da adstrição entre o pedido e a sentença, mitigando, também, o princípio da congruência.

Isso decorre da tomada de consciência de que a efetividade da tutela depende da elasticidade dos poderes do juiz. Por isso, a sua ampliação, eliminando a adstrição entre a decisão e o pedido (MARINONI, 2004).

Vislumbra-se, portanto, que o procedimento previsto na legislação brasileira foi consideravelmente alterado a partir dos arts. 84 do CDC, 461 e 461-A do CPC. Esses dispositivos se constituem autênticas normas processuais abertas porque disciplinam técnicas processuais sem vinculá-las a situações pré-determinadas de direito substancial. Há um leque de instrumentos processuais, ficando o seu uso a critério do jurisdicionado e do juiz.

O objetivo é viabilizar a tutela específica e, quando isso não for possível, um resultado prático equivalente, de modo que sua preocupação está ligada à tutela ou à proteção da integridade do direito (MARINONI, 2006).

A conversão da obrigação em perdas e danos somente será viável se assim optar a parte prejudicada ou se impossível o resultado específico (§1º do art. 84 CDC e §1º do art. 461 CPC).

Portanto, fica clara a preferência da tutela específica sobre a tutela pecuniária.

Foi da necessidade de tutelar os direitos, mediante técnicas processuais adequadas, que surgiram as regras processuais abertas. Essas normas são decorrentes do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, na medida em que conferem aos litigantes e ao juiz técnicas processuais adequadas, capazes de proteger os direitos materiais originados de diferentes casos concretos.

4. Tutela ressarcitória específica

A tutela específica, no que tange às obrigações contratuais, garante à parte a prestação pactuada, nos moldes e na forma prevista contratualmente. Se o contrato prevê a entrega de um determinado bem, é este que deverá ser entregue. Se o contrato prevê o cumprimento de uma obrigação, é esta que será realizada.

No âmbito extracontratual, a tutela específica deve conferir àquele que foi lesado a situação que existiria caso o dano não tivesse ocorrido (MARINONI, 2004).

Quando a lei fala de tutela específica e resultado prático equivalente, na verdade se refere a um mesmo objetivo, pois ambos visam o resultado final específico. A diferença é que, no caso de resultado prático equivalente, o que se pretende é obtido através da conduta de terceiros, mediante meios substitutivos da conduta do demandado, enquanto que na tutela propriamente específica o devedor cumpre espontaneamente a prestação, por seus próprios atos.

Assim se manifesta Eduardo Talamini (2001), para o qual a tutela específica e a obtenção do resultado prático equivalente, referidas no §5º do art. 461, podem ser identificadas com o resultado específico que se teria pelo cumprimento espontâneo do dever de fazer ou não fazer. Ambas, portanto, pretendem gerar o resultado específico, da mesma forma que se opõem ao ressarcimento, pecuniário ou in natura, dos danos advindos do não cumprimento.

Este “resultado específico”, nas suas duas significações, deve ser almejado sempre, seja para inibir ou remover um ilícito, seja para ressarcir os danos decorrentes da violação do direito, pois a tutela específica assegura o direito fundamental à tutela efetiva.

Essa classificação das tutelas foi criada por Luiz Guilherme Marinoni (2004), com base no direito italiano, que distingue as formas de proteção e suas respectivas situações carentes: a) tutela inibitória: trata-se de ação de conhecimento de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito; b) tutela de remoção do ilícito: dirige-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu, pois há um temor de que os efeitos do ilícito continuem a se propagar; c) tutela ressarcitória: visa à reparação do dano decorrente do ilícito, sendo necessária a existência da responsabilidade pelo mesmo.

Em relação ao ressarcimento de danos, voltando um pouco ao contexto histórico, se todos eram iguais perante o Estado Liberal, independentemente de suas diferenças concretas, a tutela ressarcitória em pecúnia mostrou-se ideal, pois, além de igualar o valor do direito material, não constrangia a vontade da parte.

Logo, desaparecia a necessidade de se pensar na tutela específica. Inde-

nizava-se, somente, porque todos os bens eram iguais, e sendo assim, o suposto bem que deveria ser entregue tinha o mesmo valor que a pecúnia que o substituía (MAZZAMUTO, 1978).

Em nosso sistema jurídico, nem o Código Comercial, tampouco o Código Civil de 1916, previam que a indenização deveria ser precipuamente em dinheiro, admitindo-se, portanto, sempre as duas formas de tutela: o ressarcimento na forma específica e o ressarcimento em dinheiro (MARINONI, 2004).

Não obstante a inexistência de preferência, a reparação do dano sempre foi pensada como indenização pecuniária, primeiramente em razão da “monetização” dos direitos, influência do Estado Liberal, segundo a qual bastava a indenização pecuniária equivalente ao valor da lesão para que o prejudicado fosse satisfatoriamente ressarcido. Num segundo momento, porque a legislação processual anterior às reformas mencionadas, ao dispor sobre o ressarcimento do dano, estabeleceu formas ineficazes à sua prestação na forma específica (MARINONI, 2004).

Assim, de maneira lamentável, a legislação processual transformou o direito ao ressarcimento na forma específica em direito a recebimento de dinheiro, quando conferiu ao jurisdicionado um processo civil completamente incapaz de atendê-lo, isto porque previa um processo de conhecimento condenatório seguido de um processo de execução, que somente se desenvolveria por sub-rogação eis que, inadimplida a sentença pelo devedor, a reparação seria realizada por um terceiro, o que acarretava, não só a demora na prestação, como também gerava um alto custo para o credor (MARINONI, 2004).

Em razão disso, a indenização pecuniária foi então a tutela prestada pelo Estado, preponderando a premissa de que o dano poderia ser medido em dinheiro e de que a tutela ressarcitória poderia ser adequadamente prestada por meio de pecúnia.

Felizmente, rompeu-se este paradigma com as reformas já mencionadas, as quais trouxeram a tutela específica, de forma expressa, para o nosso sistema processual.

Ressalte-se, entretanto, que, no contexto constitucional atual, a tutela específica, porque efetiva, sequer precisaria estar prevista em lei, pois a efetividade da tutela jurisdicional é imposição que decorre da própria natureza dos direitos e do direito fundamental. Todavia, até para que não existam quaisquer dúvidas, melhor que exista a previsão legislativa, pois nossa cultura jurídica assim o exige.

Nota-se, que a abertura das regras processuais e a possibilidade da tutela específica são de extrema relevância no alcance do direito fundamental à tutela efetiva. A partir das referidas regras, permite-se a busca desta garantia constitucional, tão merecedora da atenção dos juristas contemporâneos.

Poder-se-ia pensar, todavia, que as regras atinentes à tutela específica não se aplicam ao direito de danos, pois os respectivos dispositivos legais referem-se, expressamente, às ações que têm por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer ou entrega de coisa.

Entretanto, isto não obsta sua aplicação quando se tratar de tutela ressarcitória, desde que seja viável a reparação mediante um fazer, não fazer ou entrega de coisa, até porque ditas regras (arts. 84 do CDC e 461 e 461-A do CPC) devem ser interpretadas como fontes de técnicas processuais capazes de permitir a efetiva tutela dos direitos. A alusão à “obrigação” abarca também o dever de reparar os danos (MARINONI, 2004).

Contrapondo-se à tutela pelo equivalente monetário, a tutela específica visa conferir ao jurisdicionado o exato resultado jurídico que teria se não houvesse a necessidade de processo para a solução do litígio. Não se fala em “recompensa” pelos danos. O que se pretende é alcançar o resultado específico, seja mediante cumprimento espontâneo do demandado, seja através de meios substitutivos dessa conduta.

Exemplifica José de Aguiar Dias:

(...) se o responsável é obrigado a reparar, pode proporcionar ao prejudicado a prestação que resultará na reparação econômica natural. Exemplos: a) o do carro destruído ou roubado, quando depositado na oficina do próprio construtor. Supondo que a reparação pecuniária não satisfaça ao prejudicado, pelo fato de não ser possível obter com ela um carro igual, deve admitir-se que exija do responsável a construção de um carro exatamente igual ao primeiro. Assim como se pode obrigar o indivíduo que rompe uma vidraça a substituí-la por uma nova (...) (DIAS, 1979, p. 407-408).

Ressarcir de forma específica, portanto, significa refazer, equilibrar, restaurar, recompor, de forma a alcançar o estado anterior ao dano. Por isso, quando a mesma é alcançada, se fala de efetividade.

Como a própria lei diz, é óbvio que, nos casos em que se mostre impossível o cumprimento na forma específica, não se poderá exigir mais do que o ressarcimento pecuniário, ou ainda, nos casos em que o ressarcimento na forma específica se mostre possível parcialmente, se exigirá a cumulação da prestação na forma específica e o ressarcimento em dinheiro (CHIANALE, 1993).

Fora esta hipótese, ou no caso de preferência da parte, a tutela ressarcitória específica tem preferência sobre a indenização.

No direito comparado, outros ordenamentos jurídicos reconhecem a preferência da tutela ressarcitória específica sobre a pecuniária, como, por exemplo, o Código Civil Argentino, em seu art. 1.083, que prevê expressamente a

primazia da tutela específica sobre o ressarcimento pelo equivalente monetário. Leia-se: *El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior; excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.*

João Calvão da Silva (1987), referindo-se ao direito português, que prefere a reconstituição natural à indenização pecuniária, afirma que a primeira é preferível, pois afasta e remove integralmente o dano real ou concreto, reconstitui o estado das coisas ao estado anterior à lesão, restabelece a situação que existiria se não tivesse se verificado o evento que obriga à reparação, dando à vítima aquilo de que foi privada. Para o mesmo, este é o modo ideal de ressarcimento.

Também o direito alemão, no seu §249, trata da obrigação de reconstituir a situação que existiria se o dano não houvesse ocorrido. Dessa forma, confere ao lesado o direito de obter o ressarcimento *in natura*.

No ordenamento jurídico brasileiro, a tutela ressarcitória específica pode, sem dúvida alguma, ser aplicada quando da prestação da tutela jurisdicional, pois, além de ter fundamento legal expresso, a Constituição Federal assegura o direito fundamental à tutela efetiva e a lei, que deve implementá-lo, prevê a adoção de medidas que asseguram a recomposição das coisas ao estado anterior ao dano, tutelando adequadamente o direito no caso concreto.

Portanto, as situações de hoje, relacionadas ao ressarcimento de danos, muito mais do que outrora, exigem atitudes firmes e modernas em relação à resposta dada no caso concreto, especialmente por parte do juiz, que deve observar os preceitos fundamentais e prezar pela adequada tutela do direito lesado.

A fim de demonstrar a viabilidade prática do tema, citamos o exemplo de Clayton Maranhão (?), que ao tratar da efetiva proteção do direito à saúde nas relações de consumo, defende a primazia da tutela específica em detrimento do ressarcimento em pecúnia, apresentando como exemplo 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 destes “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.

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 dinheiro diretamente a outro hospital e equipe médica de confiança do consumidor e nomeados pelo juiz, nos valores que se fizessem necessários para a reparação.

Outro exemplo que demonstra claramente a importância da prestação ressarcitória na forma específica, é o caso de uma pessoa que teve problemas no sistema de freios do seu carro e procurou uma oficina mecânica para a realização dos reparos. Embora reconhecido o trabalho da oficina, por um vício na prestação do serviço, logo que o carro foi entregue ao cliente, o sistema de freios falhou e o veículo acabou atingindo outro carro, colisão que danificou ambos os automóveis.

O motorista poderia custear a reparação do seu veículo e o do terceiro atingido e, posteriormente, demandar em face da oficina para o ressarcimento dos valores, processo que, com certeza, após a sentença, desencadearia num procedimento moroso de cumprimento, com penhora (se existirem bens penhoráveis, evidente), avaliação, expropriação, etc. Sabe-se, enfim, o tempo aproximado que uma demanda desta natureza exige para prestar a tutela pretendida à parte.

Entretanto, o resultado será muito mais efetivo e adequado se a parte demandar em face da oficina a fim de que a mesma execute, pessoalmente, os reparos nos dois veículos, inclusive porque tem capacidade para tal. Um pedido de tutela antecipada, devidamente fundamentado, resolveria a questão temporal, e assim, o Poder Judiciário daria uma resposta rápida, prática e eficiente para as partes.

E se este tipo de tutela alcança maior efetividade no plano fático, pois muito mais adequada, tanto para o consumidor como para o terceiro, que também foi prejudicado, inadmissível não considerá-la um direito fundamental assegurado constitucionalmente.

Impende salientar, por fim, que, em muitos casos, o dano pode ser ressarcido de outra forma que não em dinheiro, embora a restituição não seja *in natura*. Isto 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 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 (MARINONI, 2004, p. 111).

Muitas situações concretas suscitarão uma análise pormenorizada, a fim de se concluir se o ressarcimento do dano é viável na forma específica ou não. Poderá ocorrer que, embora o ressarcimento na forma específica não seja possível, haja outra forma de ressarcir melhor que o dinheiro, resultando numa reconstituição próxima ao equivalente daquela que existiria se o dano não tivesse ocorrido, de maneira que, mesmo não sendo *in natura*, ainda assim será mais satisfatória.

Portanto, em ambas as situações admite-se falar de tutela ressarcitória específica: *tanto nos casos nos quais se alcança a situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, bem como naqueles casos em que a medida objetiva o alcance de uma situação perto da equivalente*. Ambas recompõem as coisas no seu estado anterior, de maneira equivalente ou próxima da equivalente.

Ademais, a concepção do processo sob o prisma constitucional deve ser prioridade nos dias atuais, pois a sociedade cresce, novos direitos surgem. Enfim, a evolução é constante, e a ciência precisa acompanhar este desenvolvimento.

É a partir da valoração dos direitos fundamentais que se permite exigir do Estado condutas ativas capazes de colocar à disposição dos particulares os meios jurídicos propícios à realização das suas necessidades, sendo inconcebível, por parte do mesmo, um “não-agir” perante esses direitos. Omitir-se em relação às celemas sociais e garantir tão somente a compensação monetária ao cidadão é comportar-se como um Estado impotente, e o monopólio da jurisdição não se justificaria se assim o fosse.

A partir destas considerações, pode-se afirmar que, tanto no plano constitucional, como no plano infraconstitucional, prefere-se a tutela ressarcitória específica sobre as perdas e danos.

Nas palavras de Roberto Senise Lisboa (2006, p. 133-134), “(...) A recomposição natural ou restituição *in integrum* constitui-se a forma mais adequada de reparação pois restaura a situação jurídica do lesado ao estado anterior ao dano”.

Esta prevalência decorre da necessidade da efetiva reparação do dano,

que está diretamente ligada à adequada prestação da tutela jurisdicional.

Não se pode negar, portanto, que as medidas comumente adotadas pelos julgadores, como procedimento de praxe no caso de ressarcimento, inclusive por intervenção dos próprios advogados, já não servem à proteção dos jurisdicionados nos dias atuais.

É por tudo isso que o antiquado processo indenizatório, desenvolvido única e exclusivamente com o intuito de buscar uma futura e, muitas vezes, inalcançável recompensa monetária, já não se presta à tutela efetiva do direito. Mecanismos devem ser colocados à disposição da parte e, principalmente, do juiz, a fim de que a jurisdição deixe de tratar os direitos como moedas e que estes possam ser encarados realmente como direitos, os quais, em muitas situações, são de valor econômico inestimável.

Não mais se objetiva uma recompensa, pois, se esta for a postura, estaria desconsiderando o jurisdicionado como pessoa, como ser humano digno, possuidor de direitos que devem ser assegurados. Pretende-se a proteção efetiva desses direitos, pois, uma vez reconhecidos, devem ser tutelados adequadamente.

5. CONSIDERAÇÃO FINAIS

No estágio atual em que vive o homem, a busca pela justiça deve ser um objetivo constante quando da realização concreta dos direitos no plano fático. Exige-se, portanto, que o processo cumpra o seu papel de instrumento para a garantia dos direitos.

O ideal é que o Estado, em todas as suas esferas de poder, não se omita em relação aos direitos fundamentais do cidadão, dentre os quais, está o direito a uma tutela efetiva. E não se pode negar que o alcance do resultado específico pretendido pela parte é crucial para tal.

Conferir ao juiz o poder de conceder a tutela específica ou determinar as providências que assegurem a obtenção do resultado prático equivalente é algo salutar na prestação da tutela, pois, quando direitos forem violados e danos forem causados, deve o Estado interferir na autonomia privada, com o intuito de proteger e ressarcir, da forma mais adequada possível.

O intuito é conferir efetividade à tutela dos direitos, e não se pode negar que a tutela ressarcitória específica é um instrumento de grande valia para tal, uma verdadeira garantia do direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, pois, ao invés de simplesmente indenizar, procura-se refazer, equilibrar, restaurar, recompor, de forma a alcançar o estado anterior ao dano.

Enfim, a evolução do direito e da sociedade enaltecem a importância

das discussões críticas em relação à prestação da tutela jurisdicional. O avanço da ciência depende da constante avaliação dos métodos existentes para atender às necessidades da comunidade contemporânea. Nós, juristas, precisamos olhar para a ciência do direito de forma rigorosa e crítica, a fim de colaborar para o aperfeiçoamento dos instrumentos conferidos para a realização dos direitos, de maneira que o processo não se constitua um fim em si mesmo.

6) REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENHART, S. C. **Tutela inibitória na vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

MOREIRA, J. C. B. **A tutela específica do credor nas obrigações negativas: temas de direito processual: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 27 ago. 2007.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CECCHERINI, G. **Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1989.

CHIANALE, A. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1993.

COBELLI, C. E. **Le “grandi braccia” del risarcimento in forma specifica e della condanna en nature (note critiche sulla giurisprudenza italiana e francese)**: processo e tecniche de attuazione dei diritti. Napoli: Jovene, 1989.

DENTI, V. **Un progetto per la giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 1982.

DIAS, J. de A. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.

DINAMARCO, C. R. **A reforma do código de processo civil**: leis nº 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. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GUERRA, M. L. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ITURRASPE, J. M. **Responsabilidad por daños**: parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998. t. 1.

LISBOA, R. S. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARANHÃO, C. Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor. **Revista de Processo Civil (Genesis)**, v. 24.

MARINONI, L. G. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A tutela específica do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 50. p. 71-116, abr./jun. 2004.

MAZZAMUTO, S. **L'attuazione degli abblighi di fare**. Napoli: Jovene, 1978.

MOCIÒLA, M. Problemi dei risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. **Rivista Critica Del Diritto Privato**, 1984.

SILVA, J. C. da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1987.

TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Pau-

lo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARUFFO, M. Note sul diritto alla condanna e all'execuzione. **Rivista Critica Del Diritto Privato**, 1986.

WAMBIER, L. R. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

THE REPARATION IN ITS SPECIFIC FORM: A PERSPECTIVE ABOUT THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE EFFECTIVE TUTELAGE

ABSTRACT: The effective jurisdictional provision is fundamental rights. Hence comes the reflection concerning the reparation of the damages, until then, it was thought as a pecuniary tutelage; the perspective changed only with the Consumer Defense Code advent, which brought the judge possibility of adopting the necessary measures to get the specific tutelage or the equivalent practical result. As the reparation in its specific form fully protects the rights by reestablishing the situation previous to the damage, it seems more appropriate to assure rights in the concrete case, and its preference in relation to the pecuniary indemnity is now incontestable. By this mean, it is a corollary of the constitutional warranty to the effective tutelage provision.

KEYWORDS: Fundamental right. Effective tutelage. Specific Repairing Tutelages.

TUTELA DE RESARCIMIENTO ESPECÍFICA: UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA EFECTIVA

RESUMEN: La tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental. De ahí surge la reflexión en relación al resarcimiento de daños, que hasta ahora se pensó como tutela indemnizatoria. La perspectiva cambió con el advenimiento del Código de Defensa del Consumidor, éste trajo la posibilidad del juez adoptar las medidas necesarias para la obtención de la tutela específica o del resultado práctico equivalente. En la medida que el resarcimiento en la forma específica protege integralmente los derechos, al restablecer la situación anterior al daño, se muestra más adecuado para tutelar derechos en el caso concreto, y su preferencia en relación a la indemnización pecuniaria queda indiscutible, constituyéndose,

de esta manera, corolario de la garantía constitucional a la prestación de una tutela efectiva.

PALABRAS CLAVE: Derecho fundamental. Tutela efectiva. Tutela de resarcimiento específica.