



**AÇÕES INIBITÓRIA E DE RESSARCIMENTO NA FORMA
ESPECÍFICA NO “ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MODELO DE
PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA” (ART. 70)**

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade
Federal do Paraná - Brasil

1. AS CARACTERÍSTICAS DOS “NOVOS DIREITOS”

Os “novos direitos”, aí incluídos o direito à higidez do meio ambiente e o direito do consumidor, são fundamentais para o desenvolvimento da sociedade. A partir do momento em que restou evidente que o Estado não poderia mais tratar apenas dos direitos individuais, uma vez que, para a justa e adequada inserção do homem na vida social, tornou-se imprescindível proteger bens pertencentes a toda a comunidade, surgiram não apenas normas de direito material que, objetivando dar-lhes conteúdo, assumiram a nítida função de prevenção e concretização destes bens, como a necessidade de novas formas de tutela jurisdicional.

Os direitos transindividuais, como é óbvio, não podem ser tratados por meio do processo civil tradicional e das velhas categorias da legitimação para a causa e da coisa julgada material. Não há dúvida que a legitimação para a causa e a coisa julgada material devem ser vistas de forma particularizada em relação a estes direitos .

Porém, o que importa, neste trabalho, é evidenciar que direitos deste porte também exigem uma nova visualização das tutelas preventiva e ressarcitória. Note -se, em primeiro lugar, que a concretização dos direitos transindividuais exige do Estado a edição de normas impositivas de condutas ou proibitivas de ações ou atividades. Através delas, o Estado procura não apenas a realização de determinados direitos, mas também dar -lhes efetiva proteção. Nesta perspectiva, tais normas adquirem conteúdo nitidamente preventivo, e assim diverso daquele assumido pelas tradicionais normas civis. Diante destas “novas” normas, a tutela jurisdicional deve ser repensada, uma vez que, se a norma possui caráter preventivo, não só deve ser potencializada a técnica processual de prestação da tutela inibitória (de



inibição do ilícito), como deve ser incrementada a técnica de prestação da tutela posterior ao ilícito (de remoção do ilícito), com a necessária advertência de que esta última forma de tutela jurisdicional, embora posterior à violação (e neste sentido repressiva), não é tutela ressarcitória (nem mesmo na forma específica), mas uma tutela repressiva do ilícito e preventiva do dano.

Por outro lado, tratando-se de direitos transindividuais ou de direitos individuais que podem ser lesados em massa, não há como deixar de lado a questão da efetividade da tutela ressarcitória. Nesta linha, não só deve ser realçada a prioridade do ressarcimento na forma específica em relação ao ressarcimento pelo equivalente pecuniário, mas também demonstrado que os meios de execução da tutela ressarcitória na forma específica não mais podem ter a configuração que antigamente lhe era dada, uma vez que o ressarcimento pelo equivalente passou a ser preferido não apenas em razão da evidente “mercificação” dos direitos, mas também pelo fato de que os sistemas processuais, ao não permitirem a efetividade do ressarcimento na forma específica, acabaram estimulando a transformação do direito à reparação do dano em direito à obtenção de soma em dinheiro equivalente ao valor da lesão. Ora, é desnecessário dizer que, para os direitos não-patrimoniais, a velha tutela ressarcitória pelo equivalente, bem como os meios executivos tradicionais, são completamente inadequados.

2.A TUTELA INIBITÓRIA

Os direitos transindividuais exigem que sejam evitadas condutas que possam lesá-los. Deste modo, são instituídas normas de direito material que proíbem ou impõem determinadas ações. Como já foi dito, estas normas possuem caráter preventivo. Com efeito, se um direito não-patrimonial, para ser efetivo, depende da sua inviolabilidade, as normas materiais de imposição ou proibição de condutas prestam verdadeira tutela preventiva aos direitos transindividuais.

Além das normas de direito material, o processo administrativo, deparando -se com a violação de normas de conteúdo preventivo, ao conferir tutela repressiva em relação à violação ocorrida, evidentemente presta tutela preventiva no que concerne ao dano que a própria norma deseja evitar.



A questão que mais interessa surge quando é necessária a atuação o jurisdicional. Deixe-se claro, em um primeiro momento, que, para a efetividade do direito não-patrimonial, não importa a existência de norma material capaz de lhe outorgar prevenção. É que a tutela inibitória é inerente a todo e qualquer direito não-patrimonial.

Se o direito à tutela inibitória é co-natural ao direito não-patrimonial, e as modernas Constituições garantem o direito à tutela jurisdicional efetiva, a legislação processual está obrigada a instituir técnicas processuais realmente capazes de prestá-la. Nesta dimensão, a afirmação do direito à higidez do meio ambiente, por exemplo, somente deixará de possuir sentido retórico se, ao seu lado, estiverem predispostas técnicas processuais (procedimento, técnica antecipatória, sentenças e meios de execução) efetivamente idôneas para viabilizar a prestação da tutela jurisdicional inibitória.

No caso em que existe norma material de imposição ou proibição de conduta - relacionada ao direito transindividual - que está sendo ameaçada de violação, a tutela inibitória também aparece como necessária. Neste caso é possível dizer que a tutela jurisdicional inibitória é fundamental para a consecução do desejo preventivo pretendido pela própria norma de direito material.

Se a tutela inibitória objetiva evitar o ilícito, ela evidentemente se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Considerando a noção das consequências da violação do direito, o ato contrário ao direito pode, em alguns casos, ter eficácia imediata. Nesta hipótese pode existir ameaça de repetição do ato contrário ao direito, mas o ilícito sempre terá esta eficácia, sob pena de a tutela jurisdicional resultar em ressarcitória. Isto quer dizer que, em tal hipótese, a ação processual deverá propiciar a concessão da tutela inibitória antes da violação.

A situação complica quando se pensa em uma única violação (ação) de eficácia continuada e em ação ilícita continuada. No caso de ação ilícita continuada, o jurisdicionado pode ter interesse em evitar que o agir ilícito pros siga. Evitar o prosseguimento do agir ilícito é o mesmo que impedir a continuação da sua prática. Isto somente é possível quando o ilícito temido depende de uma atividade do demandado, ou seja, quando se pode impedir que o demandado prossiga com o seu agir ilícito. É o caso, por exemplo, da tutela inibitória voltada contra a continuação da poluição ambiental.



3. TUTELAS INIBITÓRIA E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

Quando uma norma proibitiva - objetivando proteger determinado direito transindividual - é violada, o ilícito pode ter eficácia continuada no tempo, muito embora a ação que o originou tenha sido uma só. É o caso, por exemplo, da exposição à venda de produto nocivo à saúde do consumidor.

Aqui há somente uma ação ilícita, e assim não há como pensar em inibição da repetição ou da continuação do ilícito. Neste caso, não há o temor de continuação do ilícito, ou melhor, não se teme que o demandado prossiga com sua atividade ilícita, pois o ilícito já foi praticado e apenas a sua eficácia é que é continuada.

Portanto, a tutela é posterior ao ilícito, e assim, ao menos em relação a ele, é repressiva. Mas é preventiva no que concerne aos danos que podem decorrer da ação ilícita. A tutela de remoção do ilícito, desta forma, embora repressiva do ilícito, é fundamental para evitar a ocorrência de danos ao direito que se quer proteger através da norma violada.

Se um comerciante expôs à venda produto nocivo à saúde do consumidor, o ilícito - que se caracteriza pela exposição à venda - já ocorreu, e assim a tutela a ser requerida é repressiva do ilícito e preventiva no que concerne ao eventual dano que a proibição da exposição à venda desejou evitar.

4. PRESSUPOSTOS DAS TUTELAS INIBITÓRIA E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

Quando é feita uma identificação entre ilícito e dano, imagina-se que o elemento psicológico (dolo ou culpa), de lado os casos de responsabilidade objetiva, é necessário para a configuração do próprio ilícito. Na realidade, se o ilícito é pensado a partir da perspectiva da responsabilidade civil, torna-se natural a confusão entre ilícito e dano, e assim a suposição de que o elemento subjetivo é, em regra, um componente do ilícito.

Como é sabido, de lado a responsabilidade objetiva, o ato do homem somente pode constituir fonte da obrigação de ressarcir quando é culposo ou doloso; tais elementos,



em princípio, relacionam-se com a responsabilidade pelo dano. Contudo, a partir do momento em que se afasta a noção de ilícito da idéia de dano, não há razão para se cogitar de culpa ou dolo. No caso de ação voltada a impedir a prática de ato contrário ao direito, ou mesmo de removê-lo, não há como se pensar em dano, pois o que importa é a probabilidade de ato contrário ao direito ou a necessidade de sua remoção.

O dano é apenas uma eventual consequência do ilícito. O dano e o elemento subjetivo somente importam para o caso de ressarcimento, mas não para as hipóteses de inibição e de remoção do ilícito. No caso de remoção do ilícito basta a transgressão da norma, pouco importando o motivo que conduziu o infrator a assim proceder.

5. SEGUE: OS MEIOS DE EXECUÇÃO IDÔNEOS PARA A PRESTAÇÃO DAS TUTELAS INIBITÓRIA E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

A tutela inibitória, em regra, volta-se contra um ilícito comissivo, e assim exige, para ser efetivamente prestada, a possibilidade de o juiz poder ordenar um não-fazer sob pena de coerção patrimonial (multa).

Esta possibilidade está expressa no “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, que não só estabelece, em seu art. 7º, que “en la acción que tenga por objeto el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o determinará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento”, como também explicita, no § 3º deste artigo, que “el juez podrá, en la hipótesis de anticipación de tutela o en la sentencia, imponer multa diaria al demandado, independientemente del pedido del actor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijando plazo razonable para el cumplimiento de la resolución”.

Como está claro, o referido art. 7º permite que o juiz ordene um não fazer sob pena de multa, seja na sentença, seja por ocasião da tutela antecipatória. Desta forma, confere-se aos legitimados à ação coletiva a possibilidade de requerimento de decisão (tutela antecipada) ou sentença (tutela final) que ordene sob pena de multa, o que é fundamental quando se pensa na necessidade de prevenção, e por consequência na



imprescindibilidade não só de ordem de não fazer sob pena de multa, como também de técnica viabilizadora de tutela antecipatória.

Contudo, tratando-se de tutela inibitória, a “multa diária” só tem eficácia nos casos de tutela que tem por fim fazer cessar o ilícito, ou seja, nas hipóteses de ilícito continuado. A multa, em tais casos, pode ser aplicada por dia de atraso na cessação do ilícito. Porém, quando se deseja impedir a prática ou a repetição de um ilícito, não há outra saída que não a imposição da multa em “valor fixo”. De modo que a previsão de “multa diária”, contida no §3o do art. 7o (antes citado), não merece prevalecer. Basta que se diga que o juiz pode impor multa ao demandado, deixando -se de lado a expressão “multa diária”.

Além disto, cabe perceber que o ilícito pode ser omissivo ou comissivo, e que assim a tutela inibitória poderá depender, conforme o caso concreto, não só da possibilidade da imposição de um não fazer, mas também de um fazer. Isto, de acordo com o mencionado art. 7o do “Anteproyecto de Código Modelo”, é expressamente possível.

A questão que poderia ser levantada é a de que a multa não pode ser utilizada no caso de obrigação de fazer fungível, pois nesta situação é viável o uso da execução por sub-rogação. Porém, não há razão lógica para afirmar que a previsão de meios típicos de execução por sub-rogação implica a exclusão da execução indireta. Como observa Chiarloni, haveria, no máximo, um fundamento histórico, que poderia ser retirado do fato de que algumas medidas executivas indiretas, em certos ordenamentos – como o alemão –, são admitidas apenas onde a execução por sub-rogação não se mostra adequada; contudo, mesmo esse tipo de argumentação cai por terra quando se observa que há muito tempo, no ordenamento francês, que é aquele que serve de modelo, inclusive em termos históricos, às investigações teóricas preocupadas com a incidência da multa ou das astreintes, tais formas de execução podem ser cumuladas e coexistem pacificamente. Frise -se, aliás, que não é verdade que a jurisprudência francesa tenha caminhado no sentido de excluir o emprego das astreintes nas hipóteses contempladas pela execução por sub-rogação. A prática jurisprudencial das astreintes também afirmou-se no que diz respeito às obrigações em relação às quais a execução por sub-rogação é prevista, revelando-se assim equivocada, caso entendida em sentido absoluto, a afirmação segundo a qual as astreintes são cabíveis apenas quando não é possível o obter o resultado do adimplemento mediante a execução por sub-rogação.



A multa, ao agir sobre a vontade do obrigado, elimina a demora e as complicações que marcam a execução por sub-rogação. Não é justo obrigar o autor a adiantar as despesas necessárias ao fazer quando é o réu que deve; obrigar o autor a pagar para evitar o ilícito, reservando-se a ele o direito ao ressarcimento da quanti a adiantada, implica uma completa desconsideração do princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

Quando se diz que a obrigação infungível deve ser tutelada através de multa, não se quer dizer que apenas a obrigação infungível pode ser tutelada desta forma, mas que a obrigação infungível somente pode ser tutelada mediante a imposição de multa.

Se todos têm direito à efetividade da tutela jurisdicional – efetividade que poderia ser comprometida se a execução tivesse que ser feita necessariamente através da execução por sub-rogação –, e se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, não há como não admitir que a tutela inibitória que implica em um fazer fungível possa ser executada através de multa. Aliás, a nova redação do art. 287 do Código de Processo Civil brasileiro foi sensível a isto, ao assim dispor: “Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, §4o, e 461 -A)”. Esta nova redação alterou a antiga norma, que aludia a “prestar fato que não possa ser realizado por terceiro”, passando a falar apenas em “prestar ato”.

Se é certo que a idéia contida nesta alteração já era aceita pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, é inegável que ela importa em uma tomada de posição pelo Código de Processo Civil, a qual possui significado bastante amplo, e assim deve ser colocado às claras. É importante analisar a razão pela qual havia resistência ao emprego da multa em relação às obrigações fungíveis. Entendia-se, simplesmente, não ter fundamento constranger alguém a fazer algo que pode ser feito por terceiro, uma vez que tal maneira de proceder, por não se apresentar como necessária e deste modo – nesta perspectiva - não ter legitimidade, atentaria contra a liberdade dos cidadãos. Acontece que esta conclusão é própria de uma época em que se dava valor demasiado a idéia de não permitir a interferência do Estado na esfera jurídica do particular.



Além disto, nesta época não era percebida a necessidade de um processo jurisdicional célere e barato para dar efetividade ao direito que dependia da imposição de um fazer, até porque sequer se concebia que a jurisdição pudesse atuar antes da violação do direito. Supunha-se que a lei já continha em si força suficiente para evitar a sua violação, e assim a agressão dos direitos. Nessa linha, se nem mesmo as tutelas inibitória e de remoção do ilícito eram admitidas, não havia como pensar em processo que, atendendo a necessidade destas espécies de tutelas jurisdicionais, viabilizasse a imposição de um fazer fungível.

Acontece que a realidade da sociedade contemporânea é outra. É neste sentido que se diz que o direito processual não pode escapar à idéia do histórico, uma vez que os valores se expressam, como é evidente, por meio de formas que se inserem dentro da consciência das épocas.

Ora, a sociedade atual mostra claramente a necessidade de tutela dos direitos difusos ou coletivos que estão na dependência da implementação de ações positivas. Imaginar que o processo apenas pode responder a esta necessidade por meio da execução por sub-rogação, é simplesmente negar a possibilidade de efetividade às tutelas inibitória e de remoção do ilícito.

Como está claro, a própria tutela de remoção do ilícito, ainda que admitindo, em princípio, a execução por sub-rogação, pode ser atuada, nesta linha, mediante ordem sob pena de multa.

Contudo, o art. 7o, §4o, do “Anteproyecto de Código Modelo”, afirma que “para la tutela específica o para la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez determinar las medidas necesarias, tales como búsqueda y aprensión, remoción de cosas y personas, demolición de obra, impedimento de actividad nociva, además de requisición de fuerza policial”. Isto quer dizer que se admite que o juiz possa, ao deparar-se com a necessidade de um fazer fungível, proferir decisão ou sentença que desde logo autorize a prática de atos executivos, “tales como” aqueles enumerados no descrito §4o do art. 7o.

Como se vê, é possível, nos casos de ação inibitória ou de ação de remoção do ilícito, o uso da execução indireta ou da execução direta. Assim, é apenas o caso concreto que poderá dizer quando uma ou outra deverá ser utilizada. O caso concreto é que dirá qual é a



medida mais efetiva ao autor, sem esquecer que o meio executivo deve ser o “mais idôneo” para a tutela do direito, e assim causar a “menor restrição possível” ao demandado. Lembre-se que a necessidade do uso do meio mais idôneo tem uma íntima ligação com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres.

6. O RESSARCIMENTO NA FORMA ESPECÍFICA

Em tema de responsabilidade civil, sempre esteve presente, no direito brasileiro, o princípio da dupla forma de ressarcimento: ou o ressarcimento na forma específica ou a indenização em dinheiro. Mais do que isto, o direito brasileiro sempre deu prioridade ao ressarcimento na forma específica em relação ao ressarcimento em pecúnia. Neste sentido, basta atentar para a norma que estava no art. 1.537 do CC de 1.916 – agora reproduzida no art. 947 do Código Civil de 2.002 –, assim escrita: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”. Esta norma estabelece a centralidade do ressarcimento na forma específica, deixando em segundo lugar a indenização em dinheiro, que por isto é meramente subsidiária. Isto quer dizer que, na ação que objetiva reparar ato ilícito, “o pedido pode dirigir-se a restauração em natura, e somente quando haja dificuldade extrema ou impossibilidade de se restaurar em natura é que, em lugar disso, se há de exigir a indenização em dinheiro”.

Portanto, é errado imaginar que o ordenamento jurídico brasileiro não permite o ressarcimento na forma específica.

O Código Civil argentino é expresso no sentido da prioridade do ressarcimento na forma específica. Diz o seu art. 1.083: “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.” Como escreve Jorge Bustamente Alsina, “esta reparación natural es la más apropiada, sobre todo si se trata del daño ambiental, pues el ambiente sano es un derecho humano que determina la calidad de vida del hombre garantizada por la Constitución Nacional. Por otra parte, el derecho al ambiente constituye uno de esos intereses supraindividuales por su incidencia colectiva. Su significación ecológica solamente recupera su valor mediante su recomposición, y no satisface colectivamente a todos los damnificados que



padecen el impacto ambiental, que alguno o algunos de ellos reciban una indemnización pecuniaria como compensación por el daño particular de cada uno de ellos”.

O problema, portanto, nunca esteve no plano do direito material, mas sim no plano dos valores e do direito processual. Partindo da premissa de que os direitos sempre possuíam natureza patrimonial, e que assim a sua eventual lesão poderia ser medida em pecúnia, a doutrina não só indevidamente associou as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil, como a ainda supôs que a tutela ressarcitória poderia ser adequadamente prestada por meio de dinheiro. Isto significa que, no plano dos valores, imaginou -se que a obrigação de reparar o dano poderia ser convertida em obrigação de pagar dinheiro.

Porém, foi o Código de Processo Civil que transformou o direito ao ressarcimento na forma específica em direito ao recebimento de dinheiro. Isto pela simples razão de ter conferido ao jurisdicionado, sem raciocinar adequadamente sobre o direito ao ressarcimento na forma específica, um processo civil completamente incapaz de atendê-lo.

O direito ao ressarcimento na forma específica implica em uma obrigação de reparar o dano, ou seja, em uma obrigação de fazer fungível. Entretanto, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 previu, para o direito ao ressarcimento na forma específica, o processo de conhecimento (condenatório) seguido do processo de execução das obrigações de fazer. Este último somente poderia se desenvolver por meio da execução por sub-rogação, uma vez que, se a condenação não fosse adimplida, o autor teria que solicitar que a obrigação de reparar, devida pelo réu, fosse cumprida por um terceiro.

A opção pela nomeação de um terceiro para fazer aquilo que deveria ter sido feito pelo réu não só acarreta maior demora, como também custos para o autor, que ficava obrigado, segundo a disposição do art. 634, §7o, do Código de Processo Civil brasileiro, a adiantar as despesas necessárias ao fazer.

Ora, se o autor, mesmo depois de dois ou três anos de processo de conhecimento, deve pagar para que um terceiro faça o que deveria ter sido feito pelo réu, lhe é muito melhor arcar imediatamente com as custas para a reparação do dano (sem a necessidade de processo judicial) e depois postular a condenação do infrator a pagar indenização equivalente ao seu valor.



Portanto, foi o Código de Processo Civil que transformou o direito à reparação do dano em direito à obtenção de soma em dinheiro. Isto pelo simples motivo de que este modelo estruturado para o ressarcimento é completamente inidôneo para a prestação da tutela ressarcitória na forma específica, e assim para atender aos direitos que melhor se adaptam a esta forma de ressarcimento.

7. SEGUE: OS MEIOS DE EXECUÇÃO IDÔNEOS PARA A PRESTAÇÃO DA TUTELA RESSARCITÓRIA NA FORMA ESPECÍFICA

Entretanto, o art. 7o, §1o, do “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, foi sábio ao frisar que a conversão da tutela específica em indenização pecuniária “solamente será admisible si por ella optara el autor o si fuese imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente”.

Ora, se o art. 7o, em seu §1o, deixa clara a preferência da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente, e, em seu § 3o, admite o uso da multa (coerça o indireta) na sentença ou na decisão concessiva de tutela antecipatória, está autorizando a tutela ressarcitória na forma específica mediante a imposição de multa.

Lembre-se que a obrigação de reparar é, antes de tudo, uma obrigação de fazer e não uma obrigação de pagar soma em dinheiro. O argumento que poderia ser invocado contrariamente ao uso da multa para compelir à reparação, é o de que o demandado pode não ter capacidade técnica para proceder à reparação do dano. Neste caso, porém, necessitando -se da intervenção de terceiro - que deverá ser designado (após indicação do autor e manifestação do réu) pelo juiz -, este deverá obrigá-lo sob pena de multa a custear as despesas da reparação.

Não procede, aí, o argumento de que não é possível usar a multa para compelir ao pagamento de soma em dinheiro. Esta idéia não cabe quando se está diante da necessidade da realização de um direito que foi objeto de dano. Aliás, se a obrigação de pagar, no caso, serve somente para viabilizar o cumprimento da obrigação de reparar – sem a qual o direito não poderia ser efetivamente tutelado – a primeira obrigação é meramente acessória à segunda. Ora, esta obrigação é tão acessória quanto à obrigação de informar o local em que está a coisa móvel – no caso em que se deseja a sua entrega.



Se ninguém nega que é possível obter forçadamente, através da expropriação de bens, o custo do ressarcimento, porque razão seria impossível utilizar a multa para pressionar o infrator a custear a reparação? Ora, somente assim o lesado não será penalizado pelo infrator e pelo processo, e apenas desta forma o ordenamento jurídico será efetivamente atuado.

Lembre-se que a inexistência de uma efetiva tutela ressarcitória implica na aceitação da transformação dos bens em pecúnia, e assim no pagamento do valor em dinheiro que seria equivalente ao do dano após vários anos da infração (por meio do binômio sentença condenatória-execução forçada). Para ser mais preciso: a negação da efetividade do ressarcimento na forma específica, em face das novas relações de direito substancial, equivale à própria negação do direito material, ou na transformação das normas relativas aos direitos ambiental e do consumidor (por exemplo) em mera proclamação retórica.

Como é óbvio, um processo que só permite a cobrança de dinheiro não constitui resposta adequada aos direitos. Um processo deste tipo é, na realidade, um incentivo a prática de danos ou, pior, uma porta aberta à desconsideração do direito material, já que o infrator, neste caso, somente terá que pagar o valor equivalente ao do dano depois de um bom tempo, o que certamente poderá ser, em termos meramente econômicos e de mercado, uma excelente opção.

8. A CUMULAÇÃO DO RESSARCIMENTO NA FORMA ESPECÍFICA COM O RESSARCIMENTO PELO EQUIVALENTE PECUNIÁRIO

Deixe-se claro que, com a afirmação da preferência da tutela ressarcitória na forma específica sobre a indenização em dinheiro, não se está dizendo que para a efetiva tutela dos direitos não é possível a cumulação do ressarcimento na forma específica com o ressarcimento em dinheiro.

Há quem suponha que o dano não-patrimonial não pode ser materializado, e que assim somente pode ser compensado em dinheiro; pensa-se, neste sentido, na chamada “dor moral”. Trata-se de engano, uma vez que a natureza do dano não pode ser confundida com a forma de sua reparação. Há danos não-patrimoniais que, em razão da sua natureza,



podem ser reparados na forma específica (como visto anteriormente), enquanto que outros somente podem ser compensados em dinheiro. O dano não-patrimonial pode abrir ensejo ao ressarcimento na forma específica cumulado com o ressarcimento em dinheiro ou, quando a primeira forma de reparação for impossível, apenas ao pagamento de dinheiro.

É importante frisar que ressarcimento na forma específica não significa mero restabelecimento da situação anterior a do ilícito, mas sim o estabelecimento da situação que deveria existir caso o dano não houvesse ocorrido. Há casos em que é impossível o estabelecimento de uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não tivesse ocorrido, mas é viável o estabelecimento da situação anterior à do dano, ou de uma situação que satisfaz, em parte, à necessidade de sua reparação.

Assim, por exemplo, se somente é possível, no caso da poluição de um rio, o estabelecimento de uma situação parcialmente equivalente àquela que existia antes da poluição, apenas parcela do dano será ressarcida através da tutela ressarcitória na forma específica. A outra parcela do dano, que não poderá ficar sem sanção, terá que ser ressarcida através do pagamento de dinheiro.

No caso de corte de árvores, a determinação do plantio de pequenas árvores, evidentemente não equivalentes àquelas que existiriam caso o corte não houvesse ocorrido, configura apenas ressarcimento parcial do dano, sendo necessário, também neste caso, para que o dano seja adequadamente sancionado, a cumulação da tutela ressarcitória pelo equivalente.

Nesta linha, é perfeita a regra do art. 6o do “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, que assim estabelece: “En la acción condenatoria a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, la indemnización revertirá en un fondo administrado por un Consejo gubernamental, del que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados”. Ou seja, no caso “de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado”, sendo impossível ou inadequado o ressarcimento na forma específica ou necessária a sua cumulação com o ressarcimento em dinheiro, estabelece-se que “la indemnización revertirá en un fondo administrado por un Consejo gubernamental, del que participarán necesariamente el Ministerio Público y



representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados”.

Com esta regra, não só fica garantido o ressarcimento do bem e a sanção do dano no caso em que a reparação em natura não se mostrar adequada, como ainda se con fere o valor em dinheiro, em tal hipótese, a uma entidade idônea – em que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade -, advertindo-se, ainda, que as somas por ela geridos devem ser destinados à reparação dos bens lesad os.

9. DA AÇÃO COLETIVA PARA O RESSARCIMENTO NA FORMA ESPECÍFICA DE DIREITOS INDIVIDUAIS

Se é evidente a possibilidade da tutela ressarcitória na forma específica dos direitos indivisíveis, alguma dúvida poderia haver acerca da viabilidade de uma ação c oletiva voltada à tutela ressarcitória na forma específica de direitos individuais.

O “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, após afirmar, em seu art. 18, que “los legitimados podrán proponer, en nombre propio y en el interés de las víctimas o sus sucesores, acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos”, estabelece, em seu art. 20, que “en caso de procedencia del pedido, la condena será genérica, fijando la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar”. De acordo com o art. 22, parágrafo único, deste “Anteproyecto”, “en la liquidación de la sentencia, que podrá ser promovida ante el juez del domicilio del liquidante, corresponderá a éste probar, tan sólo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización”.

Como está claro, quando o “Anteproyecto” admite uma “acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos”, afirma que a sua sentença de procedência deverá ser liquidada, fixando-se o “monto de la indemnización”. Porém, no caso de ação coletiva para o ressarcimento na forma específica de direitos individuais, não há como pensar em “valor” do dano. Isto não é possível - no caso de ressarcimento na forma espe cífica - porque o objetivo não é o de dar aos lesados os valores equivalentes aos seus danos, mas sim o de permitir a reparação na forma específica dos danos que foram impostos a cada um dos



prejudicados. Isto significa que a prova do valor da indenização somente precisará ser feita quando se buscar indenização em pecúnia.

Conforme evidencia o referido art. 20, a sentença da ação coletiva de ressarcimento de danos individuais deverá apenas fixar “la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar”. Portanto, até o momento desta sentença não se questiona acerca da “forma de ressarcimento”, mas apenas sobre o dever de reparar o dano. Na chamada “habilitación”, prevista no art. 22 do “Anteproyecto”, é que a vítima ou seus sucessores poderão optar pelo ressarcimento na forma específica ou pelo ressarcimento pelo equivalente em dinheiro. No primeiro caso, será necessário provar somente o dano e o nexo de causalidade; na segunda hipótese, além do dano e do nexo de causalidade, deverá ser provado o “quantum” indenizatório.

No caso de ressarcimento na forma específica, a sentença que define a “habilitación” (prevista no art. 22) deve ordenar ao réu, sob pena de multa (art. 7o, par. 3o), o fazer necessário para que surjam situações equivalentes àquelas que existiriam caso os danos não tivessem sido cometidos, ou mesmo a entrega de coisa da mesma espécie daquela que foi destruída.

A exigência da entrega de coisa da mesma espécie da destruída, como é sabido, também implica em ressarcimento na forma específica. Neste caso, poderá ser invocado, pelo consumidor, o art. 8o do “Anteproyecto”, que assim estabelece: “en la acción que tenga por objeto la obligación de entregar cosa, determinada o indeterminada, se aplican, en lo pertinente, las disposiciones del artículo anterior” (art. 7º).

Entretanto, justamente porque o ressarcimento na forma específica pode não abarcar a totalidade do dano, é que o legitimado coletivo deve também postular a fixação da responsabilidade do réu pelo dano conseqüente. Nesta hipótese, a vítima ou seu sucessor poderá requerer, ao lado da reparação na forma específica, a condenação ao pagamento do valor equivalente ao do dano conseqüente. Como é óbvio, este valor também deverá ser provado na “habilitación”.

Além disto, o “Anteproyecto” prevê, em seu art. 25, que, “transcurrido el plazo de un año sin habilitación de interesados en número compatible con la gravedad del



daño, podrán los legitimados del artículo 3o promover la liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados”. De acordo com os parágrafos 1º e 2º deste artigo “el valor del daño causado será fijado por peritaje arbitral” e “el producto de la indemnización revertirá para el fondo previsto en el artículo 6o” .

10. A AÇÃO COLETIVA E O ADIMPLEMENTO IMPERFEITO DA OBRIGAÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro trata, nos seus artigos 18 e seguintes, da responsabilidade por vício do produto e do serviço. Trata -se de hipótese de adimplemento imperfeito da obrigação, e não de responsabilidade por danos.

De acordo com o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, “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”. Neste caso, segundo o par. 1o deste artigo, “não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço”.

Tratando dos vícios de qualidade do serviço, assim afirma o art. 20 do mesmo Código de Defesa do Consumidor: “O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízos de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. §1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor. §2º 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”.

Como se vê, diante do adimplemento imperfeito da obrigação, abre-se ao consumidor a oportunidade de tutela específica da obrigação contratual adimplida de maneira imperfeita. O caso não é de ressarcimento na forma específica, uma vez que não se trata de responsabilidade por dano, mas de verdadeiro inadimplemento contratual. Nesta hipótese, como explica Zelmo Denari, “a responsabilidade está ‘in re ipsa’ e seu fundamento é diverso daquele que enucleia a responsabilidade por danos” .

Se o adimplemento imperfeito atinge vários consumidores, e o caso assim é de violação em massa de direitos individuais - os quais poderiam, em tese, ser reivindicados mediante ações individuais ou em litisconsórcio ativo - há o que o próprio “Anteproyecto” chama, no seu art. 1o, III, de “intereses o derechos individuales homogêneos, así entendidos los provenientes de origen común”.

Entre os vícios de qualidade dos produtos, pode ser lembrado, por exemplo, o defeito no sistema de freios dos automóveis de determinada série. A alegação deste defeito, como é evidente, não é a afirmação de um dano, mas sim do adimplemento imperfeito da obrigação de entrega dos veículos. Se vários consumidores foram lesados em razão de um defeito que possui origem em uma determinada falha da indústria automobilística, existem “direitos individuais homogêneos” nos termos do art. 1o do “Anteproyecto” , antes referido. Se nesta hipótese é necessária a reparação do sistema de freios, ou mesmo a sua substituição, poderá ser proposta ação coletiva para a tutela dos direitos individuais que foram lesados.

Cabe lembrar, entretanto, que no caso de vício de qualidade do produto, o consumidor poderá requerer, de acordo com o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, não só a “substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso”, mas também “a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou “o abatimento proporcional do preço”. Portanto, saber se é melhor a substituição integral do produto, sua mera reparação, a restituição da quantia paga ou o abatimento no preço, dependerá do caso concreto e do desejo de cada um dos consumidores.



A sentença de procedência, no caso em que se alega adimplemento imperfeito que violou direitos individuais homogêneos, deve apenas declarar que o réu cumpriu de maneira defeituosa a sua obrigação, entregando aos consumidores produto com vício de qualidade.

Exatamente por isto, os consumidores deverão se habilitar, na forma individual, após esta sentença. Nesta ocasião, deverão demonstrar apenas o vínculo obrigacional que os une ao demandado, o qual lhes garante o direito ao adequado e perfeito adimplemento do contrato. Aí é que o consumidor optará pela substituição integral do produto, por sua mera reparação, pela restituição da quantia paga ou pelo abatimento no preço. Se a opção for pela substituição integral do produto ou por sua reparação, poderá ser pleiteada multa, nos termos do art. 7º, par. 3º. Nesta hipótese, não existirá outra maneira de se obter tutela específica, pois solicitar (no caso de obrigação de fazer) que terceiro faça o que deveria ser feito pelo demandado, obriga ao pagamento de soma em dinheiro. Além do mais, o uso da multa, obrigando o réu a fazer ou a entregar coisa, propiciará tutela mais barata, tempestiva e efetiva aos lesados, e assim não só responderá a os anseios da ação coletiva como também estará de acordo com os valores que a inspiram.

Por outro lado, desejando-se abatimento no preço ou devolução da quantia já paga, deverá ser realizado cálculo aritmético, para que após, se for o caso, modifique -se o contrato (no caso de abatimento do preço) ou, mediante a imposição da sanção executiva, abra-se oportunidade para o consumidor, mediante o uso da execução forçada, realizar o seu direito à devolução da quantia que foi paga.

Perceba-se, porém, que não é possível confundir o valor correspondente ao cumprimento da prestação com a indenização devida em virtude do dano eventualmente gerado pelo adimplemento imperfeito. No caso de dano ocasionado em razão de adimplemento defeituoso, a responsabilidade deverá ser fixada na sentença da ação coletiva, cabendo ao consumidor, na forma individual, demonstrar o dano sofrido, bem como o nexo de causalidade. Isto significa que o consumidor não pode pleitear - na fase de “habilitación” - indenização pelo dano derivado do adimplemento defeituoso se a responsabilidade por este dano não foi fixada na sentença da ação coletiva. Em outras palavras, é o legitimado coletivo que deve pedir a fixação da responsabilidade pelo adimplemento imperfeito e pelo dano dele decorrente.



BIBLIOGRAFIA

ALSINA, Jorge Bustamante, Derecho Ambiental, Buenos Aires, Abeledo -Perrot, 1995.

ARENHART, Sérgio. Tutela inibitória do direito à vida privada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

BAKER, P. V.. LANGAN, P. St. J.. Snell's principles of equity. London, Sweet & Maxwell Ltd., 1982.

CHIARLONI, Sergio. Misure coercitive e tutela dei diritti, Milano, Giuffrè, 1980.

DENARI, Zelmo, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Uni versitária, 1991.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 2.

ERMAN, Peter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Münster, Aschendorf, 1993, v.1.

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro , Forense, 2001.

GIDI, Antonio, Coisa julgada e litispêndência em ações coletivas, São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Amparo. Buenos Aires, Rubinzal -Culzoni, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

HUTCHINSON, Tomás. Responsabilidad pública ambiental, in Daño ambiental, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, t. 2.

ITURRASPE, Jorge Mosset. El daño ambiental en el derecho privado, in Daño ambiental, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, t. 1.

JAUERNIG, Othmar. Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München, CH, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La tutela civil inhibitoria. La Ley, 1995 -C.

MARANHÃO, Clayton. Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor, Revista de Direito Processual Civil, v. 24.



MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Específica, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, 3a. ed.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, 3a. ed.

MORELLO, Augusto M., La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino, La Plata, Platense, 1999

NICOLAU, Noemi Lidia. La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. La Ley, 1996-A.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, v. 26.

POZZOLO, Paulo Ricardo. Ação inibitória no processo do trabalho, São Paulo, Ed. LTr, 2001.

RÜBMANN, Helmut. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Darmstadt, Luchtenhand, 1980.

SALDANHA, Nelson. O Estado moderno e a separação de poderes, São Paulo, Saraiva, 1987.

SILVESTRI, Elisabetta. TARUFFO, Michele. Esecuzione forzata, Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 13.

SPADONI, Joaquim Felipe. Ação inibitória, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

TARUFFO, Michele. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. Rivista Critica del Diritto Privato, 1986.

TARUFFO, Michele. SILVESTRI, Elisabetta. Esecuzione forzata, Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 13.

WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.