

A CONFORMAÇÃO DO PROCESSO E O CONTROLE JURISDICIONAL A PARTIR DO DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná

SUMÁRIO: 1. Direitos fundamentais e dever de proteção estatal; 2. Direito do consumidor como direito fundamental; 3. Significado de “defesa” do consumidor na “forma da lei”; 4. O Código de Defesa do Consumidor. O dever do legislativo e a tutela normativa; 5. Tutela administrativa: controle administrativo e tutela preventiva através da administração pública; 6. A projeção das normas de proteção do consumidor sobre a jurisdição; 6.1. A necessidade de inibição da violação, de remoção do ato concreto contrário à norma de proteção e de correção de propaganda enganosa; 6.2 A responsabilidade pelo adimplemento imperfeito; 6.3. Segue: a proteção contra o vício de qualidade do produto; 6.4. Segue: a proteção contra o vício de quantidade do produto; 6.5. Segue: contra os vícios de qualidade e quantidade do serviço; 6.6. A proteção contra o dano; 7. A efetividade da tutela (ou da proteção) jurisdicional: a interpretação do processo à luz das necessidades do direito material que protege o consumidor; 7.1. Sobre proteção e tutela; 7.2. A participação do processualista; 7.3. Os modelos – ou as ações – processuais adequados à proteção do consumidor; 7.3.1. A ação inibitória; 7.3.2. A ação de remoção do ilícito; 7.3.3. As ações inibitória e de remoção do ilícito não permitem a discussão do dano. A sumarização do procedimento; 7.3.4. A ação de adimplemento na forma específica; 7.3.5. A ação de ressarcimento na forma específica; 7.3.6. A ação coletiva como resposta ao direito do público consumidor participar na reivindicação dos seus direitos; 8. A proteção jurisdicional em caso de omissão ou atuação inadequada da administração; 9. A possibilidade de a jurisdição atuar ainda que as normas técnicas de produção tenham sido observadas; 10. A concordância da administração com a fabricação e a comercialização do produto e a necessidade de tutela jurisdicional

1. Direitos fundamentais e dever de proteção estatal

Atualmente, os direitos fundamentais não são mais pensados como à época do Estado Liberal de Direito, isto é, apenas como direitos dos particulares contra o Estado, mas sim como direitos a algo, ou seja, como direitos a prestações, que são subdivididos em direitos a prestações sociais, direitos à proteção e direitos à participação mediante a organização e o procedimento adequados.¹

Aqui interessam os direitos à proteção, que fazem surgir um verdadeiro dever de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado. Trata-se de um dever de proteger os direitos fundamentais contra os sujeitos privados, com o objetivo de permitir que todos os cidadãos possam deles usufruir.

Esse dever de proteção recai sobre o legislativo, o administrativo e o judiciário. Nesse sentido é exato falar em tutela normativa, tutela administrativa e tutela jurisdicional. Em princípio, isso significa que o legislador tem o dever de editar normas materiais de proteção, que o administrador tem que agir concretamente de modo a proteger os direitos, e que a jurisdição deve dar efetividade às normas de proteção.²

¹ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

² Como é óbvio, essa é apenas uma *imagem aproximada* do dever estatal de proteção.

O presente trabalho pretende demonstrar como a idéia de dever de proteção estatal repercute especialmente sobre a atividade jurisdicional de proteção – ou de tutela – do consumidor.

2. Direito do consumidor como direito fundamental

Não há dúvida que o direito do consumidor constitui um direito fundamental. O artigo 5º da CF, ao catalogar os direitos fundamentais, afirma expressamente que “o Estado promoverá, *na forma da lei*, a defesa do consumidor”. Aliás, essa norma constitucional não só definiu um direito fundamental, como deixou claro que o direito do consumidor é um direito à proteção, que, assim, gera ao Estado um dever de proteção.

3. Significado de “defesa” do consumidor na “forma da lei”

Mas o que seria promover a defesa do consumidor na forma da lei? Defender o consumidor na forma da lei não quer dizer, evidentemente, que basta ao Estado editar normas voltadas à sua proteção, uma vez que o dever de proteção é do Estado, e não apenas do legislativo. Contudo, se é certo que a administração e a jurisdição também possuem a incumbência de dar proteção aos direitos, resta esclarecer se a proteção do consumidor deve se dar apenas com base nos exatos ditados das leis.

Sabe-se que o legislador é obrigado a deferir à administração poder para proteger os consumidores a partir do adequado preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados e que a jurisdição pode questionar a idoneidade dessa atuação. Porém, o juiz não pode cruzar os braços, diante do seu dever de proteção, no caso em que o legislador se revelar omissivo na tutela do consumidor.

Além disso, o juiz deve conformar a estrutura técnico-processual, isto é, os procedimentos, de acordo com as necessidades de proteção do consumidor, considerando as tutelas materiais que lhe são outorgadas pelas normas de proteção.

4. O Código de Defesa do Consumidor. O dever do legislativo e a tutela normativa

Em razão da referida norma constitucional, que estabeleceu o dever do Estado proteger o consumidor, e do art. 48 do ADCT³, editou-se o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor possui regras preocupadas com a segurança do consumidor. Por isso tais regras impõem proibições ou condutas positivas, como por exemplo a proibição da venda de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10, CDC) ou o dever de informar de forma ostensiva (art. 9º, CDC). Essas regras, destinadas a proteger o consumidor contra os produtos e os serviços nocivos e perigosos, *têm natureza preventiva, pois proíbem ou impõem condutas para evitar danos*.

Outras normas, objetivando garantir as relações obrigacionais, tratam da chamada responsabilidade *in re ipsa*, dando ao consumidor várias opções *no caso de adimplemento imperfeito*; fala-se, aqui, em “responsabilidade *por vício* do produto e do serviço (CDC, art. 18 e ss).

³ ADCT, art. 48: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

Existem, ainda, normas que objetivam dar a devida proteção ao consumidor em caso de dano, quando importa a chamada “responsabilidade *pelo fato* do produto e do serviço” (art. 12 e ss, CDC).

É claro que as normas materiais de proteção do consumidor não se limitam apenas a essas. Basta lembrar dos “direitos básicos do consumidor” (art. 6º, CDC) e, especialmente, dos Capítulos que tratam das práticas comerciais e da proteção contratual (CDC, Título I, Capítulos V e VI). De qualquer forma, o que se deseja evidenciar é que o Código de Defesa do Consumidor contém regras preocupadas: i) com a segurança do consumidor, e que, por isso, têm o objetivo de evitar danos; ii) com o adimplemento perfeito das obrigações relativas a produtos e serviços; e iii) com o ressarcimento adequado dos danos causados ao consumidor. Todas essas normas dizem respeito à proteção normativa *material* (não-penal) do consumidor.

Entretanto, o dever legislativo de proteção não pode parar nas normas de *natureza material*, exigindo a estruturação normativa de procedimentos adequados à efetiva realização dessas normas através da jurisdição. No Código de Defesa do Consumidor, as normas processuais estão arroladas embaixo do seu Título III, que possui a epígrafe “Da defesa do consumidor em juízo”. Embora existam, nesse Título III, várias normas processuais destinadas a dar efetividade à proteção jurisdicional do consumidor, é inegável que a mais importante delas está no seu art. 84.

Essa norma processual, freqüentemente lembrada como instituidora da ação para a tutela das obrigações de fazer e de não fazer, contém uma série de técnicas processuais que, quando interpretadas à luz dos desejos das normas de direito material e do dever estatal de proteção, propiciam as tutelas jurisdicionais adequadas a cada uma das necessidades de direito material. Assim, as normas de proteção da segurança do consumidor encontram resposta nas ações inibitória e de remoção do ilícito; as normas que garantem o adimplemento perfeito na ação para o cumprimento da obrigação na forma específica; e as normas que tratam da responsabilidade pelo dano na ação de ressarcimento na forma específica.

5. Tutela administrativa: controle administrativo e tutela preventiva através da administração pública

O art. 55, “caput” do Código de Defesa do Consumidor, contém previsão de exercício de dever *normativo* de proteção. Diz que “a União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, *baixarão normas* relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços”. Mas, o parágrafo único desse artigo afirma que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *fiscalizarão e controlarão* a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias”.

O dever de proteção, nesse caso, não se limita à edição de normas, requerendo também atividades concretas de fiscalização e controle. Além disso, o Dec. Federal n. 2.181/97, através dos seus arts. 4º e 5º, outorga à administração o denominado “poder de polícia”, que nada mais é do que um poder de fiscalização e de instauração de procedimento administrativo para a apuração e eventual repressão de conduta discrepante dos direitos dos consumidores.

Se uma norma considera que determinada conduta pode gerar danos ou que é necessário uma ação positiva para que eles sejam evitados, ela deve impor, por

consequência, um não-fazer ou um fazer. No caso da sua violação, é preciso que a administração atue para dar concretude ao desejo de proteção nela instituído. Porém, além dessas providências concretas voltadas a eliminar ou a corrigir ações positivas ou negativas, a administração tem o dever de fiscalizar determinadas ações capazes de causar danos aos consumidores.

Por isso é correto afirmar que a prevenção dos defeitos e da periculosidade dos produtos e dos serviços não se restringe a normas técnicas de segurança na sua produção e distribuição, exigindo atividades não apenas de controle da observância dessas normas, como também de repressão das práticas que lhes são contrárias. Nessa linha, diz o art. 58 do CDC: “As penas de apreensão, de inutilização de produtos, de proibição de fabricação de produtos, de suspensão do fornecimento de produto ou serviço, de cassação do registro do produto e revogação da concessão ou permissão de uso serão aplicadas pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando forem constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço”. Logo após, complementa o art. 59: “As penas de cassação de alvará de licença, de interdição e de suspensão temporária da atividade, bem como a de intervenção administrativa serão aplicadas mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando o fornecedor reincidir na prática das infrações de maior gravidade previstas neste Código e na legislação de consumo. §1º - A pena de cassação da concessão será aplicada à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual. §2º - A pena de intervenção administrativa será aplicada sempre que as circunstâncias de fato desaconselharem a cassação de licença, a interdição ou suspensão da atividade. §3º - Pendendo ação judicial na qual se discuta a imposição de penalidade administrativa, não haverá reincidência até o trânsito em julgado da sentença”.

Como está claro, as medidas de apreensão, inutilização e proibição de fabricação de produtos têm nítida vinculação com sua inadequação ou insegurança. São medidas que, tomando em consideração apenas o ato contrário ao direito - isto é, a violação da norma que exige um padrão de adequação ou segurança - objetivam impedir a fabricação e a comercialização de produtos que a ela são contrários⁴.

É claro que, por um lado, as sanções administrativas do Capítulo VII do Título I do CDC (arts. 55 a 60) têm o objetivo de punir o infrator das normas de defesa do consumidor, ou ainda de realizar o desejo preventivo dessas normas. Porém, por outro, como não se pode esquecer que toda previsão de pena também assume a função de “ameaça”, não há como negar que a simples previsão de punição do infrator, ainda que imediatamente desligada da função de impedir a agressão ao consumidor (como ocorreria com a apreensão de produtos que estão expostos à venda), acaba servindo de estímulo à não violação dos direitos do consumidor.

Por fim, cabe considerar o art. 60 do CDC, que trata do que chama de “contrapropaganda”, que deverá ser determinada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva. A publicidade é enganosa quando é capaz de induzir o consumidor em erro em relação aos riscos do produto ou do serviço (art. 37, §1º, CDC), ou quando deixa de informar o consumidor sobre tais riscos (art. 37, §3º, CDC).

O fornecedor, além de ter o dever de dar as informações necessárias e adequadas sobre os riscos considerados “normais e previsíveis” (art. 8º, CDC), possui o dever de informar “de maneira ostensiva e adequada” a respeito de produtos e serviços

⁴ A suspensão do fornecimento, *nessa linha*, impõe-se nos casos em que há apenas o temor de que o produto ou o serviço possa ser inadequado ou inseguro.

“potencialmente nocivos ou perigosos” (art. 9º, CDC). Caso isso não ocorra, deve ser imposta, na esfera administrativa, o que se designou de “contrapropaganda”.

Porém, a expressão “contrapropaganda” é costumeiramente ligada à reparação do dano ocasionado por uma propaganda. Mas, o objetivo da “contrapropaganda” que aqui interessa é o de corrigir a informação, e assim evitar que o consumidor não tenha conhecimento dos riscos a que está exposto, ou que não tenha conhecimento das providências e das cautelas que deve tomar em razão desses riscos. De modo que o fim dessa “contrapropaganda” é o de eliminar o defeito da informação - dando assim atuação à norma que a exige em nome da segurança do consumidor -, e não a de ressarcir um dano.

Cabe concluir que há um verdadeiro dever de tutela administrativa, que pode se realizar mediante a edição de normas, mas se apresenta, na maioria das vezes, como uma *proteção fática*, distanciando-se da proteção que vem do legislativo, que constitui essencialmente uma tutela normativa. E que essa tutela administrativa objetiva realizar o desejo das normas de proteção, atuando antes (mediante controle administrativo) ou depois da prática violadora (mediante atos de repressão), mas sempre anteriormente a ocorrência do dano.

6. A projeção das normas de proteção do consumidor sobre a jurisdição

Não deveria ser preciso dizer que a jurisdição é vinculada à proteção prometida pelo direito material. O próprio direito fundamental à tutela jurisdicional evidencia essa situação. Mas, como o direito fundamental do consumidor exigiu e exige uma forma de proteção especial do legislador e do juiz, torna-se importante demonstrar como o direito material de proteção do consumidor vincula a função jurisdicional e, por consequência, conforma o processo civil.

6.1. A necessidade de inibição da violação, de remoção do ato concreto contrário à norma de proteção e de correção de propaganda enganosa

Para a efetivação das normas de proteção, importa que a jurisdição possa impedir a violação e determinar a remoção do ato ilícito de eficácia continuada, muito mais do que impor o ressarcimento do dano, mesmo na forma específica (i.e., através de um fazer).

Assim, nos casos em que teme que o fornecedor industrialize, fabrique, importe ou exponha à venda produto (ou serviço) de alto grau de nocividade ou periculosidade, ou dotado de defeito de concepção ou de fabricação, é necessário que o juiz possa compelir o fornecedor a não violar o direito do consumidor.

Nas hipóteses em que já foi industrializado, fabricado, importado ou exposto à venda produto de alto grau de nocividade ou periculosidade, ou dotado de defeito de concepção ou de fabricação, deve ser possível à jurisdição remover os efeitos concretos do ilícito. No caso de serviço, deve ser viável ao juiz determinar a interdição da sua comercialização.

Tratando-se de infração ao dever de informação, ou seja, de publicidade capaz de induzir o consumidor em erro em relação aos riscos do produto ou do serviço (art. 37, §1º, CDC), ou de publicidade que simplesmente se omitir a respeito de tais riscos (art. 37, §3º, CDC), o juiz deve ter poder para compelir o fornecedor a realizar o que o art. 60 do CDC chama de “contrapropaganda”. Essa “contrapropaganda” nada mais é do que a exteriorização do dever de informar do fornecedor, ou melhor, a exteriorização da

correção de sua informação anterior para que o seu dever de informar seja integralmente cumprido.

Tal “contrapropaganda” deverá ser divulgada “às *expensas do infrator*” (art. 60, *caput*, do CDC) e “da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade” anterior (art. 60, §1º, CDC).

Na hipótese de tutela jurisdicional impeditiva de violação de norma de proteção, de tutela jurisdicional de remoção do ilícito e de correção de informação publicitária, é lógico que não se há cogitar sobre dano. Basta a ameaça de violação, a simples prática de conduta violadora da norma que se prolonga no tempo e a veiculação de propaganda enganosa.

Por conseqüência, a culpa é completamente descartável, uma vez que constitui elemento que importa apenas para a definição do dever de ressarcir, mas jamais do dever de não violar, de remover um ato contrário ao direito e de corrigir uma propaganda enganosa. Para o efeito das tutelas de proteção da norma, pouco importa se o fornecedor agiu *com culpa* quando praticou o ilícito, ameaçou a sua prática ou veiculou propaganda enganosa.

6.2 A responsabilidade pelo adimplemento imperfeito

A responsabilidade pelos vícios inerentes aos produtos ou serviços tem fundamento diverso da responsabilidade pelos acidentes de consumo. A primeira deriva da obrigação do fornecedor em assegurar o cumprimento perfeito, colocando o produto ou o serviço no mercado com a qualidade e a quantidade garantidas.

Quando a obrigação é cumprida de forma imperfeita surge ao consumidor o direito de exigir tutela jurisdicional específica (a correção do defeito no adimplemento), isto é, a sanção do vício, a complementação do peso ou medida, a substituição do produto ou a reexecução do serviço. Esse direito não se funda na responsabilidade por dano,⁵ mas sim na própria obrigação, ou melhor, na garantia de qualidade inerente à obrigação.

A responsabilidade diante do cumprimento imperfeito é completamente diferente da responsabilidade por acidente de consumo ou pelo fato do produto ou do serviço. A primeira está relacionada à falta de equivalência entre o garantido e o prestado, enquanto que a segunda se funda no dano. Melhor explicando: a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço se baseia no dano (arts. 12 a 17 do CDC), ao passo que a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço está ancorada na obrigação de garantir a sua adequação e quantidade (arts. 18 a 21 do CDC).

Em relação à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, o CDC estabelece de forma expressa a responsabilidade objetiva (arts. 12 e 14, CDC). Porém, no que diz respeito à responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, a doutrina ora pensa em responsabilidade objetiva ora em culpa *juris et de jure*.

Fala-se em culpa *juris et de jure* principalmente porque o CDC, ao tratar da responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, silencia em relação à dispensa da culpa, não repetindo os dizeres que evidenciam a responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes do fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14, CDC).

Porém, falta a percepção de que a responsabilidade pelo vício do produto ou do

⁵ João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 213 e ss.

serviço tem dois patamares. O do inadimplemento e o do dano por ele provocado. O direito de exigir o cumprimento perfeito nada tem a ver com a questão da culpa, pois essa somente pode aparecer diante do dano provocado pelo adimplemento imperfeito.

De modo que o CDC não poderia ter dito que, no caso de inadimplemento, o fornecedor responde, sem culpa, pelo cumprimento imperfeito, pois isso é óbvio. *Não é possível dispensar o que não pode estar previsto*. A culpa somente poderia ser considerada pelo CDC diante da responsabilidade pelo dano provocado pelo inadimplemento.

Lembre-se que, no regime dos vícios redibitórios, o dano provocado pelo adimplemento imperfeito não abre oportunidade para o ressarcimento *se restar demonstrado* que o alienante ignorava os vícios.⁶ Ou seja, de acordo com o CC, o ressarcimento somente será cabível em caso de má-fé.

Porém, afirma o art. 23 do CDC que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”. Como é óbvio, se a responsabilidade pelo cumprimento imperfeito nada tem a ver com culpa, essa disposição somente pode dizer respeito à responsabilidade pelo dano dele derivado.

No CDC, para a responsabilização pelo dano decorrente do inadimplemento, pouco importa a ignorância do fornecedor sobre os vícios do produto ou do serviço⁷. Com efeito, segundo o CDC a demonstração de boa-fé não é capaz de elidir a responsabilidade pelo dano causado ao consumidor.

Ora, considerando que a necessidade de adimplemento perfeito (específico) não tem razão para tomar em consideração a culpa, resta a conclusão de que o sistema do CDC é adequado ao dispensá-la no único local em que poderia ser indagada, ou seja, no que concerne aos danos decorrentes do fato do produto ou do serviço e em relação aos danos derivados do inadimplemento.

6.3. Segue: a proteção contra o vício de qualidade do produto

Diante do art. 18 do CDC, é possível que, no caso vício de qualidade na entrega de um produto, o consumidor peça ao juiz a substituição do produto ou a substituição das partes viciadas – embora também possa requerer a restituição da quantia paga (mais perdas e danos, se for o caso) ou o abatimento proporcional do preço. Quanto ao pedido de substituição das partes viciadas, o consumidor deverá ter solicitado anteriormente essa substituição diretamente ao fornecedor, obviamente sem ser atendido.

Não há dúvida de que o fundamento do pedido de substituição do produto não está na responsabilidade pelo dano – que seria conexo ao inadimplemento –, *mas sim na própria responsabilidade derivada da garantia de qualidade insita à obrigação*. Porém, o fundamento do pedido de substituição do produto e das partes viciadas é o mesmo; ele repousa na obrigação de entrega da coisa em perfeitas condições. De modo que, nesses casos, *não há que se pensar em dano ou em culpa*.

Quanto ao pedido de substituição do produto, é importante observar a previsão contida no §4º do art. 18 do CDC, que estabelece que, não sendo possível a substituição

⁶ Art. 443, CC de 2002: “Se o alienante *conhecia* o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu *com perdas e danos*; se o não *conhecia*, tão somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato”.

⁷ Sobre as noções de vícios ocultos e vícios aparentes, ver, no direito português, João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 39 e ss.

do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, *mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço*.

Essa norma objetiva viabilizar a proteção do consumidor mediante a substituição do bem por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante a complementação ou restituição de eventual diferença de preço. Deixe-se claro que, em princípio, o bem deve ser substituído por outro da *mesma* espécie, marca e modelo. Porém, se isso não for possível, o consumidor poderá pedir a entrega de bem de *outra* espécie, marca ou modelo, o qual, quando de valor *superior* ao devido originariamente, obrigará ao complemento do preço e, quando de valor *inferior*, à restituição da diferença. Isso por uma razão óbvia: a tutela jurisdicional não deve causar lucro ou prejuízo ao lesado.⁸

6.4. Segue: a proteção contra o vício de quantidade do produto

Na hipótese de vício de quantidade do produto, a responsabilidade também é derivada da garantia inerente à obrigação, ou seja, à obrigação de colocar no mercado produto com conteúdo líquido idêntico às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou da mensagem publicitária.

Na hipótese de vício de quantidade, o consumidor possui as seguintes opções de tutela jurisdicional: i) o abatimento proporcional do preço; ii) a complementação do peso ou medida; iii) a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; e iv) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Como categorias de tutela jurisdicional específica, importam a complementação do peso ou medida e a substituição do produto. Aqui o consumidor também poderá pedir a substituição do produto por outro da mesma espécie, mas se isso não for possível poderá pleitear a substituição por produto de espécie, marca ou modelo diferentes, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço (art. 19, §1º, CDC).

Exatamente pelo fato de que a responsabilidade, no caso, repousa na própria obrigação, não há como pensar, em qualquer dessas hipóteses de tutela jurisdicional, em dano e culpa.

6.5. Segue: contra os vícios de qualidade e quantidade do serviço

O consumidor, diante de vícios de serviços 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, tem o direito de pedir ao juiz, 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; e iii) o abatimento proporcional do preço (art. 20, CDC).

A reexecução dos serviços é espécie de tutela jurisdicional específica. Essa tutela

⁸ Como é óbvio, o fornecedor não poderá, quando existente bem da mesma espécie, oferecer ao consumidor bem diverso e, muito menos, pretender receber eventual diferença de preço.

é fundada no adimplemento e tem base na garantia de qualidade própria à obrigação. Sendo o direito a reexecução do serviço baseado na obrigação de sua prestação com as qualidades que são inerentes às indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, não há como pensar que a culpa possa aí importar.

Como já foi demonstrado, em todos os casos de vícios do produto ou do serviço *a culpa só tem importância para a fixação da responsabilidade pelos eventuais danos decorrentes do inadimplemento*. Frise-se que, enquanto no caso de tutela jurisdicional fundada no cumprimento imperfeito, a culpa *não tem relevância alguma*, na hipótese de tutela ressarcitória em virtude do dano ocasionado pelo inadimplemento, a culpa – que é cogitada no âmbito dos vícios redibitórios – *foi dispensada* pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor.

O consumidor pode pedir que o serviço seja reexecutado pelo próprio fornecedor. Tratando-se de obrigação infungível, caso o pedido de reexecução não seja atendido, restará a restituição imediata da quantia paga, razão pela qual o consumidor poderá cumular o pedido de reexecução com o pedido de reembolso do que pagou. Na hipótese de obrigação fungível, se o fornecedor não cumprir a ordem judicial e, assim, deixar de reexecutar o serviço, o consumidor poderá pedir ao juiz que determine a reexecução do serviço por parte de um terceiro às custas do fornecedor.

6.6. A proteção contra o dano

Se há direito à reparação do dano, basta perguntar qual é a tutela idônea para o ressarcimento. 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, a não ser nos casos em a reparação na forma específica é praticamente impossível ou em que essa forma de reparação deve ceder diante de sua onerosidade excessiva⁹.

Ao abordar a preferência do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento em dinheiro, adverte João Calvão da Silva, perante o direito português, que a primeira forma de ressarcimento “*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 se tivesse verificado o evento que obriga à reparação – dando à vítima aquilo de que foi privada. *É o modo ideal de ressarcimento*”.¹⁰

Jorge Mosset Iturraspe, ao aludir à impropriedade do ressarcimento pelo equivalente, adverte que em alguns casos resultará odioso admitir que com dinheiro “tudo é possível”, e que aquele que não cumpre sua obrigação ou destrói bens pode se liberar da sua responsabilidade pagando uma soma em pecúnia¹¹. De acordo com Iturraspe, esta tese é “*materialista en exceso y aferrada a una defensa de la libertad del deudor inadmisibile*”¹².

⁹ A “onerosidade excessiva” não precisa estar expressamente prevista na lei, pois se a razão e a equidade devem permear as decisões, não é racional ou justo impor um prejuízo excessivamente oneroso ao causador do dano quando, de outra maneira, o lesado puder ser ressarcido.

¹⁰ João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 153/154.

¹¹ Jorge Musset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 380.

¹² O CC argentino é expreso no sentido da prioridade do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento pelo equivalente. 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

A prioridade do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento pelo equivalente não precisa estar prevista na lei, pois é imposição que decorre da própria natureza dos direitos.¹³

Se a tutela ressarcitória em pecúnia objetiva dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda pode constituir uma resposta contra o dano acarretado a um direito não-patrimonial, a tutela ressarcitória na forma específica é aquela que, em princípio, deve conferir ao lesado a situação que existiria caso o dano não tivesse acontecido. O § 249¹⁴ do CC alemão, ao tratar do ressarcimento na forma específica, fala em obrigação de reconstituir a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido.¹⁵ A tutela ressarcitória na forma específica, com efeito, deve proporcionar um resultado equivalente ao da situação que existiria caso o dano não tivesse sido praticado. Não basta, em outras palavras, o restabelecimento da situação que era anterior ao do dano. Como o bem protegido deve ser integralmente tutelado, é necessário que se estabeleça uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido.¹⁶

É certo que, em algumas hipóteses, o ressarcimento na forma específica não é concretamente possível e, em outras, constitui apenas parte da integralidade do ressarcimento. Porém, *o que se deseja esclarecer é que a proteção contra o dano não se resume à indenização em pecúnia e, por isso, o consumidor lesado pode pedir ao juiz, na medida do possível diante da situação concreta, o ressarcimento na forma específica.*

O Código de Defesa do Consumidor, ao lado da responsabilidade pelos vícios de qualidade ou quantidade dos bens ou serviços, trata da responsabilidade pelos danos causados pelos ditos “acidentes de consumo”. Nessa linha, o art. 12, *caput*, do CDC afirma que “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,*

fijará en dinero. También podrá el damnificado *optar por la indemnización en dinero.*” Essa norma consiste no resultado de uma grande polêmica travada no direito argentino, tendo substituído o texto anterior do antigo artigo 1.083, que possuía o seguinte teor: “toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito, *debe resolverse en una indemnización pecuniaria* que fijará el juez, salvo el caso en que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito”. Discorrendo sobre o novo artigo 1.083, observa Iturraspe “que la reforma ha puesto las cosas en su lugar, al sancionar el único criterio que, cuando es viable, *permite ‘desmantelar’ el ilícito y retornar al ‘statu quo ante’*: *la reparación específica*” (Jorge Musset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, cit., p. 380).

¹³ Aliás, em relação aos direitos transindividuais, essa forma de reparação nem mesmo constitui opção, mas sim obrigação, pois o legitimado à sua tutela não pode preferir dinheiro no lugar da reparação em natura.

¹⁴ § 249 (Schadensersatz durch Naturalherstellung): Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

¹⁵ De acordo com Helmut Rübmann, o § 249, primeira fase, dá ao credor a pretensão ao reestabelecimento *in natura*. “§ 249 Satz 1 gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf Herstellung in Natur” (Helmut Rübmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Darmstadt*, Luchtenhand, 1980, p. 185). Ver, também, Peter Erman, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Münster, Aschendorf, 1993, v. 1, p. 12.

¹⁶ Como diz Rübmann, “Wer Pflanzen zerstört, muß zur Herstellung solche Pflanzen oder auch Früchte liefern, wie sie sich bis zum Herstellungszeitpunkt beim Gläubiger entwickelt hätten” (Helmut Rübmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., p. 186).

construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e risco”. No mesmo sentido, embora fazendo referência aos “serviços”, diz o art. 14, *caput*, do mesmo Código que “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”.

Nessas hipóteses, para ficar caracterizado o dever de ressarcir, é preciso restar demonstrado o defeito do produto ou do serviço, o dano e a relação de causalidade entre o defeito e o dano. A responsabilidade dispensa a investigação de culpa, e assim é dita objetiva, embora possa ser excluída nas hipóteses dos §§ 3º dos art. 12 e 14¹⁷.

Constatado o direito ao ressarcimento do consumidor, a reparação pode se dar na forma específica ou em dinheiro. O problema, então, passa a ser processual, ou seja, pertinente ao modo como o processo vai atuar para viabilizar o ressarcimento na forma específica. *Lembre-se, no entanto, que esse item se destina apenas a demonstrar a projeção do direito material sobre a jurisdição, indicando os contornos que o processo civil deve tomar para que os direitos do consumidor sejam efetivamente tutelados.*

7. A efetividade da tutela (ou da proteção) jurisdicional: a interpretação do processo à luz das necessidades do direito material que protege o consumidor

7.1. Sobre proteção e tutela

Não há diferença entre dar proteção e dar tutela aos direitos. Os direitos podem ser protegidos, ou tutelados, pelo legislador, pelo administrador e pelo juiz. Nesse sentido há um gênero, a tutela dos direitos, do qual a tutela jurisdicional é apenas espécie.

No item anterior foi estudada a projeção do direito que protege o consumidor sobre a jurisdição. Tentou-se demonstrar o “modo” como o processo civil deve atuar para efetivamente tutelar o consumidor. Isso porque a jurisdição, como é óbvio, deve conferir ao consumidor a proteção – ou a tutela – que lhe é conferida pelo direito material.

É por essa razão que se torna imprescindível a distinção entre as formas de tutela - ou de proteção – jurisdicional e as técnicas processuais capazes de lhes dar efetiva atuação. A tutela jurisdicional nada mais é do que uma proteção ao direito por parte do juiz, embora prometida pelo direito material. As técnicas processuais são os instrumentos colocados à disposição das partes e do juiz para a concreta prestação da tutela jurisdicional.

De modo que é impossível pretender dar tutela jurisdicional efetiva ao direito do consumidor sem se considerar a proteção - ou a tutela - que lhe é outorgada pelo direito material. Mas, como a técnica processual é neutra em relação à proteção prometida pelo direito material – pois é concebida para atender as várias situações de direito substancial

¹⁷ Art. 12, §3º CDC: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Art. 14, §3º CDC: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

-, ela necessariamente deve ser compreendida e interpretada de forma crítica pelo juiz, a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e das tutelas prometidas pelo direito material.

Ou seja, para a correta interpretação da regra que institui as técnicas processuais, é preciso que o juiz tenha plena consciência do que o direito material espera da sua atuação. Nesse sentido, a interpretação da regra processual deve construir os modelos processuais adequados à prestação das tutelas prometida pelo direito material.

7.2. A participação do processualista

A construção de modelos processuais capazes de corresponder às necessidades do direito material logicamente também é tarefa do processualista. Assim como a função da jurisdição, no Estado constitucional, não é mais aquela que um dia foi vislumbrada por Chiovenda, é claro que o processualista, nos dias de hoje, tem uma missão bem mais importante a cumprir, não estando limitado a dizer o que está escrito nas normas processuais.

Cabe agora ao processualista, em primeiro lugar, compreender a lei à luz dos princípios e dos direitos fundamentais postos na Constituição. Essa compreensão já é uma tarefa crítica e de concretização, no sentido de que a lei não é mais objeto, mas apenas um componente que vai levar à sua construção (de um objeto).¹⁸

Mas o pós-positivismo, próprio dos Estados constitucionais, exige não só a compreensão, mas também a crítica da lei em face da Constituição, para que após o jurista possa projetar ou cristalizar a norma adequada. Essa transformação da ciência jurídica confere maior dignidade e responsabilidade à doutrina, já que dela se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às justas aspirações da sociedade.

De modo que o processualista deve conformar a lei, dando-lhe os contornos exigidos pelas normas constitucionais. No presente caso deve interpretar as regras processuais sempre lembrando do dever do Estado proteger os direitos do consumidor e da proteção conferida ao consumidor pelo direito material.

Aliás, a própria *abertura das regras processuais de proteção do consumidor* - como as dos arts. 83 e 84, §5º do CDC - *constitui um vivo sinal de que a estruturação do procedimento foi deixada a cargo do processualista e do juiz no caso concreto*. Nesse sentido, basta recordar que o art. 83 afirma que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código (pelo CDC) *são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*”, e que o §5º do art. 84 dá ao juiz o poder de determinar a “medida *necessária*” para a “tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente”.

Isso significa que não basta ao processualista falar sobre os instrumentos processuais – classificando, por exemplo, as sentenças em condenatória etc - *sem considerar o que está ao seu redor, ou seja, a própria razão da sua existência, que são exatamente as tutelas prometidas pelo direito material*.

Essa perspectiva é que animará a construção que vem a seguir, quando serão desenhados os modelos processuais adequados à efetiva obtenção da proteção outorgada pelo direito material ao consumidor.

¹⁸ Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho, Neoconstitucionalismo(s)*. Coordenado por Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003, p. 18.

7.3. Os modelos – ou as ações – processuais adequados à proteção do consumidor

7.3.1. A ação inibitória

A tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita “principal”. Trata-se de “ação de conhecimento” de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.¹⁹

A sua importância deriva do fato de que constitui ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Dessa forma, distancia-se, em primeiro lugar, da ação cautelar, a qual é caracterizada por sua ligação com uma ação principal, e, depois, da ação declaratória, a qual já foi pensada como “preventiva”, ainda que destituída de mecanismos de execução realmente capazes de impedir o ilícito.

A inexistência de uma ação de conhecimento dotada de meios executivos idôneos à prevenção, além de relacionada à idéia de que os direitos não necessitariam desse tipo de tutela, encontrava apoio no temor de se dar poder ao juiz, especialmente “poderes executivos” para atuar antes da violação do direito. Supunha-se que a atuação do juiz, antes da violação da norma, *poderia comprimir os direitos de liberdade*.

Porém, a ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial.

A ação inibitória é imprescindível à efetiva proteção do consumidor. Basta lembrar que se pode concretamente temer que o fornecedor industrialize, fabrique, importe ou exponha à venda produto ou serviço de alto grau de nocividade ou periculosidade, ou dotado de defeito de concepção ou de fabricação.

A norma do art. 84 do CDC institui uma série de técnicas processuais que, quando conjugadas, permitem a concepção de uma ação inibitória idônea para dar proteção ao consumidor. Basta reunir a técnica antecipatória (art. 84, §3º) e as sentenças mandamental (ordem sob pena de multa; art. 84, §4º) e executiva (determinação das medidas executivas necessárias; art. 84, §5º) para preparar o desenho de uma ação de conhecimento capaz de inibir atos de agressão aos direitos individuais e coletivos dos consumidores.

7.3.2. A ação de remoção do ilícito

Se a ação inibitória se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção do ilícito, como o próprio nome indica, dirige-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu.²⁰

Esclareça-se que a ação inibitória, quando voltada a impedir a repetição do ilícito, tem por fim evitar a ocorrência de outro ilícito, e, quando objetiva inibir a continuação do ilícito, tem por escopo evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita. Perceba-se que a ação inibitória somente cabe, nesse último caso, quando se teme um agir ou uma atividade. Ou melhor, a ação inibitória somente pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir *o agir ou o seu*

¹⁹ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, São Paulo: Ed. RT, 2003, 3ª. ed.

²⁰ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, Ed. RT, 2004.

prosseguimento, e não quando esse já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos.

Há diferença entre temer o prosseguimento de uma atividade ilícita e temer que os efeitos ilícitos de uma ação já praticada continuem a se propagar. Se o infrator já cometeu a ação cujos efeitos ilícitos permanecem, basta a remoção da situação de ilicitude. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a ação inibitória, o ilícito que se deseja atingir está no passado, e não no futuro.

A dificuldade de se compreender a ação de remoção do ilícito advém da falta de distinção entre ato ilícito e dano. Quando se associa ilícito e dano, conclui-se que toda ação processual voltada contra o ilícito é ação ressarcitória ou de reparação do dano. Acontece que há ilícitos cujos efeitos se propagam no tempo, *abrindo as portas para a produção de danos*, o que demonstra que o dano é apenas uma consequência eventual do ilícito.

Porém, não há cabimento em ter que esperar o dano para poder invocar a tutela jurisdicional. A prática de ato contrário ao direito, como é óbvio, já é suficiente para colocar o processo civil em funcionamento, dando-lhe a possibilidade de remover o ilícito e, assim, de tutelar adequadamente os direitos e de realizar o desejo preventivo do direito material.

Lembre-se das hipóteses em que já foi industrializado, fabricado, importado ou exposto à venda produto de alto grau de nocividade ou periculosidade, ou dotado de defeito de concepção ou de fabricação. *Nesses casos, a ação de remoção do ilícito é o único modelo adequado para permitir à jurisdição remover os efeitos concretos do ilícito, evitando-se danos ao público consumidor.*

Em relação aos direitos do consumidor, a ação de remoção de ilícito encontra técnicas adequadas no art. 84 do CDC. Esse artigo permite a elaboração de uma ação de conhecimento, dotada de tutela antecipatória (art. 84, §3º) e sentenças mandamental (art. 84, §3º; ordem sob pena de multa) e executiva (art. 84, §5º; por exemplo, busca e apreensão de produtos nocivos).

7.3.3. As ações inibitória e de remoção do ilícito não permitem a discussão do dano. A sumarização do procedimento

As ações inibitória e de remoção do ilícito se dirigem contra o ato contrário ao direito (respectivamente provável e já ocorrido), e assim não têm entre seus pressupostos o dano e o elemento subjetivo relacionado à imputação ressarcitória (culpa ou dolo).

De modo que, a não ser nos casos em que se teme um ilícito que se identifica cronologicamente com o dano, o autor não deve e não precisa invocar dano para obter a tutela inibitória. No caso de ação de remoção, existindo regra estabelecendo um ilícito, a invocação da violação da norma é suficiente para permitir a obtenção da tutela jurisdicional.

Os problemas das ações inibitória e de remoção, nessas hipóteses, são justamente os dos limites da defesa do réu e da extensão da cognição judicial. Ou seja, o que se pergunta é se, quando basta evidenciar a proibição de uma conduta, há como justificar a impossibilidade do réu discutir o dano e o juiz perguntar sobre ele.

Não temos dúvida que sim. Lembre-se que, no caso de direito absoluto, pouco importa o fato danoso, uma vez que o seu titular tem o direito de impedir qualquer ato que lhe seja contrário. O mesmo acontece em relação a normas que, embora

relacionadas a direitos individuais, objetivam protegê-los através da vedação de condutas.

Mas, o que mais preocupa e importa são as normas que, também por intermédio da proibição de condutas, protegem determinados direitos transindividuais, como o direito do consumidor. Ora, se a norma objetiva dar tutela ao direito, impedindo certa conduta, ela foi editada justamente porque a sua prática pode trazer danos, e por isso deve ser evitada.

Assim, *ampliar a cognição das ações inibitória e de remoção do ilícito, viabilizando a discussão do dano, é o mesmo que negar a proteção outorgada pela norma jurídica*. Em outros termos: caso o réu pudesse negar a norma, afirmando que sua conduta não pode gerar dano, a norma não teria significação alguma. Do que adiantaria a norma proibir uma conduta, por entendê-la capaz de produzir dano, se o procedimento judicial abrisse oportunidade à discussão do que foi nela pressuposto?

*Pense-se, por exemplo, na norma que proíbe a venda de determinado remédio ou produto, reputados nocivos ao consumidor. Caso não existissem ações voltadas a impor a vontade da norma, sempre seria possível a comercialização de remédio ou produto afirmado nocivo pela legislação. Não existiria, nessa perspectiva, ação capaz de inibir ou remover o ilícito, pois o réu sempre poderia apresentar contestação dizendo que tal comercialização não iria trazer danos. Portanto, essas ações seriam reduzidas, no máximo, a ações contra a probabilidade de dano. E daí novamente apareceria a pergunta: qual a razão de ser das normas de proteção?*²¹

Se a jurisdição tem o dever de proteger os direitos do consumidor, obviamente é necessário que o Estado *estabeleça técnica processual idônea à sua efetivação e que o juiz preste, mediante interpretação adequada, uma forma de tutela jurisdicional que seja realmente capaz de lhes outorgar utilidade*. Tem-se, a partir daí, a idéia de que devem existir ações processuais destinadas a dar atuação ao desejo dessas normas, seja evitando (ação inibitória negativa) ou impondo (ação inibitória positiva) condutas, seja eliminando o ato que, embora proibido, foi praticado (ação de remoção do ilícito).

Nesse exato momento é que entra em jogo o labor da doutrina que liga o dever de proteção estatal à norma de direito material, ou que é consciente de que a atuação do ordenamento jurídico requer a atuação das normas protetivas. As ações inibitória e de remoção do ilícito constituem resultados de uma construção dogmática preocupada em dar ao processo a possibilidade de atuação dessas normas.

Para tanto, tal elaboração dogmática não só parte de uma interpretação dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda é obrigada a pensar no procedimento como algo materialmente sumarizado, ou melhor, que elimina a possibilidade de discussão do dano, e assim deve possuir cognição parcial, *a qual é plenamente legitimada pela necessidade de atuação das normas de proteção*.

A restrição da cognição em relação ao dano, nessas ações, encontra justificativa na necessidade de se dar efetividade à norma. Portanto, não há nada de lesivo ao contraditório ou à igualdade em se impedir a discussão do dano nessas ações. Arbitrário e irracional seria dar a um perito a possibilidade de substituir o juízo técnico que fundamentou a atuação do legislador ao proibir, por exemplo, a comercialização de um produto.

Como é óbvio, não se quer dizer, através dessa argumentação, que o dano não possa ser discutido, ou, em outras palavras, que aquilo que foi pressuposto pela norma não possa ser questionado. O que se quer frisar é que nessas ações a cognição deve ficar

²¹ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit.

restrita ao ato contrário ao direito, pois de outra forma simplesmente não haverá razão para a proteção outorgada pelo direito material. Ou seja, da mesma forma que na ação possessória não se discute o domínio, nas ações inibitória e de remoção do ilícito não se discute o dano. Porém, e como é evidente, esse poderá ser discutido através de ação inversa posterior.

7.3.4. A ação de adimplemento na forma específica²²

A outorga de proteção adequada no caso de adimplemento imperfeito requer a estruturação de uma ação de conhecimento capaz de permitir ao juiz forçar o devedor a substituir o produto ou suas partes viciadas, a complementar o peso ou a medida e a reexecutar o serviço. Para tanto é correto pensar *na sentença que se concretiza em ordem sob pena de multa, prevista no §4º do art. 84 do CDC*.

Contudo, nem sempre a multa será o meio executivo ideal a esses casos, pois não é possível ignorar que, em determinadas hipóteses, ela poderá não surtir o efeito desejado pelo consumidor. Nessas situações, quando a tutela almejada puder ser obtida sem a necessidade de participação do devedor, poderá ser requerida *uma medida de execução necessária fundada no § 5º do art. 84, como a busca e apreensão do produto*.

Particularmente para a hipótese de reexecução do serviço, é possível que se peça a sua reexecução por um terceiro às custas do devedor. *Nesse caso não há racionalidade na aplicação do antigo modelo da execução das obrigações de fazer*. Desejando que o serviço seja executado por terceiro, o credor deverá indicá-lo desde logo, não havendo razão para ter que se subordinar a uma indicação do devedor ou do juiz, embora o serviço sempre corra por conta e risco do fornecedor (cf. art. 20, §1º, CDC).

Contudo, como a reexecução depende de financiamento do devedor, e o terceiro obviamente não começará o serviço antes de ser pago, é possível que o adimplemento seja mais uma vez frustrado, agora pelo não pagamento do valor necessário à sua realização.

A admissão da obstaculização da realização do serviço por simples iniciativa do fornecedor, significa o mesmo do que dar ao detentor do bem ou do capital a possibilidade de transformar o direito ao bem contratado em pecúnia. Se essa lógica fosse aceita, aquele que necessita do bem, e por isso realiza o contrato – ou seja, o consumidor –, jamais teria efetivamente assegurado o seu direito, enquanto o detentor do capital ou do bem teria a possibilidade de, a qualquer momento, e inclusive em razão de uma “variação de mercado” que não lhe é benéfica, liberar-se da obrigação de entregar o bem mediante simples pagamento de dinheiro.²³

²² Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit.

²³ Como escreve Calvão da Silva, “esta concepção, que alarga desmedidamente o princípio da reparação do dano e da execução por equivalente – de forte influência romanista e do antigo direito, onde, por efeito novatório da *litis contestatio*, a obrigação primitiva desaparecia para dar lugar à obrigação de indenização –, foi sendo atacada porque, na verdade, é inaceitável. Tinha, com efeito, à partida, uma contradição insanável ao afirmar que o devedor se vinculava no momento da formação do contrato, *mas já seria livre de não cumprir, como se o cumprimento fosse, para o devedor, um ‘dever livre’ ou um puro ato potestativo e não um ato devido*. Recondizia a obrigação à idéia de um poder do credor sobre o patrimônio do devedor quando não mesmo à relação entre patrimônios, tomando a nuvem por Juno, sem captar a verdadeira substância do direito de crédito como direito à prestação. *Contrariava a realidade da vida, pois era indiferente à realização efetiva e espontânea da prestação (cumprimento), ou da prestação efetivada por via executiva. Desrespeitava, em suma, as obrigações, que não têm valor senão na medida*

De qualquer forma, como foi demonstrado nos itens anteriores, o CDC, através de normas materiais de proteção, confere ao consumidor o direito ao adimplemento perfeito da obrigação, de modo que o processo civil não pode fugir dessa realidade, negando a proteção que lhe foi expressamente prometida.

Apenas a tutela jurisdicional específica pode assegurar a prestação devida àquele que possui a expectativa de receber um bem. Não é por outra razão que o art. 84, §1º do CDC afirma que a obrigação somente se converterá em perdas e danos “se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

Lembre-se que o juiz pode utilizar a multa (art. 84, §4º do CDC) para constranger o devedor a entregar o bem, a suprir os seus vícios, a complementar o peso e a medida e a reexecutar o serviço. Portanto, quando o demandado, além de descumprir a ordem judicial para reexecutar o serviço, nega-se a custeá-lo, impedindo que um terceiro o faça, a única saída para se dar efetividade à proteção prometida ao consumidor é admitir o uso da multa para compelir o devedor a arcar com as custas relativas a reexecução do serviço.

Se as regras processuais do CDC devem ser interpretadas em consonância com o dever estatal de proteção ao consumidor, não há como negar que a multa pode ser utilizada para forçar o devedor a pagar pelos custos da reexecução do serviço, pena de o direito à reexecução ser entregue à vontade não só de quem já detém uma posição de privilégio no mercado, mas também de quem, segundo a própria decisão jurisdicional, já violou o direito do consumidor.

Cabe deixar claro, por outro lado, que a ação para o adimplemento perfeito ou na forma específica se baseia apenas no inadimplemento ou no cumprimento imperfeito; nunca em dano. Por isso não é possível *sequer cogitar* a respeito de discussão de culpa nessa ação.

É certo que não há como confundir inadimplemento e mora. Mas essa distinção não pode partir da premissa de que o *inadimplemento é definitivo e a mora é temporária*, como sustentam alguns civilistas.²⁴ A diferença entre inadimplemento e mora não tem relação com a *possibilidade do cumprimento* da obrigação. Inadimplir é simplesmente descumprir. Se o prazo para o cumprimento não foi observado, e a obrigação ainda pode ser adimplida, há evidente inadimplemento (ou descumprimento). A mora é o inadimplemento *qualificado pela culpa*. Portanto, quando a obrigação ainda pode ser adimplida, *pode haver simples inadimplemento e inadimplemento culposo (ou mora)*. Dizer que o simples inadimplemento (não culposo) não importa quando há descumprimento “temporário” é o mesmo que afirmar que, nesse caso, a obrigação – ainda que o seu cumprimento seja possível e desejável – não pode ser adimplida. *Ora, o fundamento do direito à prestação não tem nada a ver com o dano e, portanto, com a culpa*. A culpa somente tem relevância quando se investiga a responsabilidade pelo dano. Ou seja, a mora (ou o retardamento culposo) somente importa quando se pensa na responsabilidade pelo eventual dano causado pelo inadimplemento.

Como é lógico, o consumidor não tem que provar dano na ação voltada ao

em que realizam o seu pleno efeito, sendo antijurídica a recusa de cumprir ainda que acompanhada da oferta de reparação do dano proveniente do não cumprimento” (João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 173-174).

²⁴ Por exemplo Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*. Direito das obrigações – 1.ª Parte. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 266.

adimplemento específico da obrigação. “É que *pacta sunt servanda* e o desrespeito dos contratos é *contra ius*, constitui um ilícito violador do direito de crédito, *a que pode ou não se seguir dano*. É um comportamento ou estado contrário ao direito – um ilícito, portanto – condenado pelo ordenamento jurídico *mesmo sem a presença de dano*, à semelhança do que se passa nos direitos absolutos, como na ação de reivindicação. Ilícito e dano são dois fenômenos conceitual e temporalmente distintos. *O ilícito é conceitualmente mais amplo do que o dano: pode conter este mas não tem que conter necessariamente*. O ilícito não postula necessariamente dano, que é conseqüência eventual mas não necessária dele. Pode haver ilícito sem dano, mas sem este não pode surgir a obrigação de indenização. *Daí que a ação de cumprimento possa ter lugar na ausência de dano, por ser justamente uma forma de suprimir o ilícito, enquanto que a ação de indenização, por ser uma forma de superar os danos resultantes do ilícito, só pode ter lugar em caso de dano.*”²⁵

7.3.5. A ação de ressarcimento na forma específica²⁶

Ao contrário, a ação de ressarcimento, como é evidente, pressupõe dano. O consumidor, para obter tutela ressarcitória, deve demonstrar o dano e a relação de causalidade entre esse e o defeito do produto ou do serviço, ou ainda que o dano é proveniente de informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e o risco do produto ou do serviço. Mas a responsabilização, nesse caso, dispensa a culpa. É que a culpa, que em regra constitui critério para a imputação da sanção ressarcitória, foi expressamente dispensada pelo CDC (arts. 12 e 14).

Já foi visto acima que o lesado tem direito ao ressarcimento na forma específica, que prevalece sobre a outra forma de ressarcimento, ou seja, sobre o ressarcimento pelo equivalente monetário.

Porém, em termos de proteção processual, interessam as técnicas capazes de permitir a obtenção do ressarcimento na forma específica. Conforme já foi demonstrado, o direito à reparação do dano não é um simples direito à obtenção de dinheiro. Foi a legislação processual, em razão da sua ideologia e de falsos pressupostos, que estimulou a distorção da idéia de ressarcimento, levando à *necessária* postulação do ressarcimento em dinheiro no lugar do ressarcimento na forma específica. Ou seja, em razão da ineficiente estruturação do processo civil, o ressarcimento pelo equivalente, *que é uma opção, foi transformado em necessidade*.

A obrigação de reparar o dano é, antes de tudo, uma obrigação de fazer. Em razão do dano, o lesado passa a ter o direito de obrigar o infrator à reparação, e não um mero direito *sobre o patrimônio do devedor*. A existência de um direito de obrigar à reparação implica na possibilidade de usar o processo para coagir o infrator a reparar, ou seja, *na possibilidade da utilização da multa*.

A multa, prevista no art. 84 do CDC, deve ser utilizada para dar efetividade ao direito do consumidor se proteger contra o dano. Trata-se de conclusão natural quando o intérprete olha para o regramento processual à luz do direito fundamental do consumidor e do dever que o Estado possui de lhe dar proteção.

Não obstante, parece correto argumentar que, quando o infrator não possui

²⁵ João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 152-153.

²⁶ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit.

capacidade técnica para proceder à reparação, não é racional usar a multa para constrangê-lo a fazer. Contudo, nesse caso *não basta a simples alegação* de incapacidade técnica, *sendo necessária a sua prova*. Nessa hipótese, a multa deixará de ser aplicada para obrigá-lo a fazer, mas não para obrigá-lo a custear a reparação a ser feita por um terceiro.

Não é correto pensar que o consumidor, diante da incapacidade técnica do infrator, deve adiantar as despesas para a reparação para somente após, mediante execução por expropriação, cobrar o seu valor. Ora, se o dever de reparar foi declarado pelo juiz, o fato de o infrator não possuir capacidade técnica para fazer não pode permitir a conclusão de que o lesado deve arcar com as despesas para a reparação, como se o dever de reparar na forma específica não mais existisse ou houvesse sido transformado em mera obrigação de indenizar o gasto com a reparação.

Não procede, aí, o argumento de que não é possível usar a multa para compelir ao pagamento de soma em dinheiro. Se a obrigação de pagar, no caso, *serve somente para viabilizar o cumprimento da obrigação de reparar, a primeira obrigação é meramente acessória à segunda*. A obrigação de pagamento de soma é um mero instrumento para a realização da obrigação de reparar, essa sim a verdadeira obrigação do infrator.

Se ninguém nega que é possível obter forçadamente, mediante expropriação de bens, o custo do ressarcimento, por que razão seria impossível utilizar a multa para pressionar o infrator a pagar a reparação? Somente assim o consumidor não será prejudicado pelo infrator e pelo processo, e apenas dessa forma o dever estatal de proteção será realmente cumprido.

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

Como lembra Clayton Maranhão, estando a sociedade de consumo exposta a *riscos inevitáveis*, cujos exemplos marcantes são o da colocação no mercado de produtos ou serviços com periculosidade inerente (art. 8º, CDC) e de produtos ou serviços cujo desenvolvimento da ciência é limitado sobre o seu alto grau de nocividade à saúde (art. 10, §1º, CDC), não há como impedir que danos possam vir a ocorrer. Nessa linha, *a necessidade de efetiva reparação do dano está diretamente ligada à noção geral de expectativa legítima do consumidor e ao princípio geral da segurança dos bens de consumo*.²⁷

Maranhão, ciente de que o ressarcimento do dano, nas relações de consumo, deve priorizar a forma *específica*, e que essa modalidade de tutela somente possui real sentido quando é *efetiva*, apresenta o seguinte exemplo: “O dano à saúde decorrente de erro médico tem sido muito freqüente. Uma dessas situações refere-se ao esquecimento de instrumentos cirúrgicos no corpo do paciente, havendo um caso real, já apreciado pela jurisprudência, em que foram necessárias cinco cirurgias, a última delas estética reparadora de deformidade. No caso concreto, a paciente foi submetida a uma simples cirurgia para retirada de cálculos na vesícula, recebendo alta cinco dias depois. Sentindo

²⁷ Clayton Maranhão, Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor, *Revista de Direito Processual Civil (Genesis)*, v. 24, p. 248.

fortes dores, retirou de seu abdômen um objeto metálico da dimensão de uma agulha, reinternando-se por quatro vezes sucessivas no mesmo hospital, onde foi submetida a tantas intervenções para retirada de objetos esquecidos em seu abdômen na primeira cirurgia. Por conseqüência, contraiu deformidades estéticas que exigiram uma sexta intervenção cirúrgica reparadora. Não bastasse, apresentou problemas de locomoção em razão de mais um erro profissional: a enfermeira quebrara a agulha quando aplicava uma injeção. Diante de tanta negligência, demandou em face do hospital e da equipe médica. Como arcou com todas as despesas, pleiteou indenização pela soma em dinheiro correspondente. *Contudo, poderia muito bem ter invocado o art. 84, §§ 3º, 4º e 5º, para pleitear ressarcimento na forma específica, com pedido de antecipação de tutela, consistente: i) na ordem de fazer dirigida ao hospital, sob pena de multa, sem depender qualquer soma em dinheiro, pois tudo deveria correr às custas do referido estabelecimento; ou então ii) na ordem de fazer dirigida ao hospital, no sentido de entregar soma em dinheiro diretamente a outro hospital e equipe médica de confiança, indicados pelo consumidor lesado, e nomeados pelo juiz, nos valores que se fizessem necessários para a realização das cinco cirurgias reparadoras do dano biológico, incluído o dano estético*²⁸.

O hospital poderia dizer *que o uso da multa somente é possível quando o infrator for titular de capacidade técnica suficiente para realizar a reparação*. Porém, se o infrator possui, antes de mais nada, o dever de reparar o dano na forma específica, e se essa reparação, diante do caso concreto, somente pode ser realizada se por ele for custeada, é lógico que essa obrigação de pagar (de custeio da reparação) deve ser vista como uma simples obrigação acessória ao dever de reparar. Se não for assim, o dever de reparar o dano será transformado em obrigação de pagar. Ou em outras palavras: o direito ao ressarcimento na forma específica somente existiria quando o infrator tivesse condições técnicas suficientes. Ora, o ressarcimento na forma específica constitui direito básico do consumidor, e assim não devem importar as qualidades daquele que cometeu o dano. Com efeito, a especial qualidade do infrator não pode servir para retirar a efetividade do direito de ressarcimento do lesado.

Ao apresentar o exemplo do erro médico que exigiu várias cirurgias, Maranhão, além de ter deixado claro – como mencionado ao final do exemplo narrado acima – que a ordem poderia ser dirigida para obrigar o próprio hospital a realizar as cirurgias, evidenciou que a ordem sob pena de multa poderia ser endereçada para obrigar o demandado a custear o valor da reparação do dano. Disse que o lesado poderia, invocando o art. 84 do CDC, postular tutela ressarcitória na forma específica, inclusive na forma antecipada, consistente em *“ordem de fazer dirigida ao hospital, no sentido de entregar soma em dinheiro diretamente a outro hospital”*.²⁹ Na realidade, em um caso como esse, se não for viável o ressarcimento na forma específica mediante o uso da multa, porém apenas o recurso ao mecanismo da antiga execução por sub-rogação, o processo civil *estará aceitando a morte do paciente lesado*³⁰ e transformando o direito à reparação específica em direito à herança!

²⁸ Clayton Maranhão, Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor, *Revista de Direito Processual Civil (Genesis)*, v. 24, p. 257.

²⁹ Clayton Maranhão, Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor, *Revista de Direito Processual Civil (Genesis)*, v. 24, p. 257. Ver, ainda, do mesmo autor, *Tutela jurisdicional do direito à saúde (tese de doutorado apresentada no Curso de Doutorado em Direito - Direito Processual Civil - da UFPR)*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

³⁰ Ou, na melhor das hipóteses, que ele tenha que se conformar com o seu estado durante a longa demora para a obtenção de indenização em dinheiro.

7.3.6. A ação coletiva como resposta ao direito do público consumidor participar para a reivindicação dos seus direitos

Conforme dito no início, o direito fundamental do consumidor exige a instituição de condutos para que o público consumidor possa participar para reivindicar os seus direitos.

Como o direito do consumidor pertence à sociedade, ou particularmente àqueles que vivem dentro do mercado de consumo, é óbvio que esse direito pode ser visto como um interesse pertencente a uma coletividade, e não apenas a um indivíduo ou a consumidor isolado.

Nesse sentido, importa a instituição da ação coletiva, no modelo instituído pelo CDC e pela Lei da Ação Civil Pública. Na perspectiva da face necessariamente participativa do direito fundamental do consumidor, a ação coletiva pode ser vista como uma resposta do legislador ordinário ao direito fundamental de participação dos consumidores.

Para a configuração da ação coletiva, foi necessário repensar a legitimidade para a causa, que antes era dada ao titular do direito material, e agora passa a ser conferida a vários entes e associações, como o Procon, as associações de proteção dos consumidores e o Ministério Público, conforme o art. 82 do CDC. Dando-se legitimidade para participar, nos lugar dos indivíduos isoladamente, a entes que, em tese, têm legitimidade para representá-los, por consequência lógica também foi dada uma nova configuração à coisa julgada material. Isso para permitir que o indivíduo representado pela associação ou pelo Procon fosse realmente beneficiado pela eventual proteção jurisdicional conferida ao direito e, ao mesmo tempo, para evitar que a má condução do processo por parte de um desses entes pudesse prejudicá-lo. Foi nesse sentido que o CDC afirmou, no seu art. 103, II, que a sentença, no que diz respeito aos direitos coletivos, faz coisa julgada *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

No caso em que é preciso evitar a violação de norma de proteção ou em que é imprescindível remover um ato concreto a ela contrário, as ações inibitória e de remoção do ilícito podem ser propostas na forma coletiva para proteger o público consumidor. Nesse caso, tais ações poderão ser propostas por qualquer um dos legitimados do art. 82 e com sentenças geradoras de coisa julgada material nos termos do art. 103, II.³¹

Por outro lado, 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 CDC chama, no seu art. 81, III, de “direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Entre os vícios de qualidade dos produtos, pode ser lembrado, por exemplo, o defeito de fabricação do rádio dos automóveis de certa série. A alegação desse defeito, como é evidente, não é 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. 81, III do CDC. Nesse

³¹ Ver Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Inibitória, 3ª. ed., cit., p. 92 e ss. e 152 e ss.

exemplo, constatada a necessidade de substituição do rádio, 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 CDC, não só a “substituição das partes viciadas” do bem ou 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 das partes viciadas, a substituição integral do bem, 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 isso, os consumidores deverão se “habilitar”, na forma individual, após essa sentença. Nessa ocasião, deverão demonstrar apenas o vínculo obrigacional que os une ao demandado, o qual lhes garante o direito ao adequado e perfeito adimplemento. Aí é que o consumidor optará pela substituição das partes viciadas do bem, por sua substituição integral, pela restituição da quantia paga ou pelo abatimento no preço. Se a opção for pela substituição das partes viciadas ou pela substituição integral do produto, poderá ser pleiteada multa, nos termos do art. 84 do CDC. Nessa hipótese, não existirá maneira mais adequada 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 aos anseios da ação coletiva como também estará de acordo com os valores que a inspiram.

Como se vê, a ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, nessa hipótese, não é de “condenação genérica” (art. 95 do CDC) nem se volta à obtenção de soma em dinheiro.

Perceba-se, aliás, 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. Embora o art. 18 do CDC fale em perdas e danos apenas no caso em que se pede restituição da quantia paga (art. 18, §1º, II, CDC), é óbvio que as outras alternativas de tutela, se podem constituir reação aos vícios, não são capazes de responder aos danos por eles eventualmente provocados.

Sublinhe-se, porém, que 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 e o seu valor. Isso significa que o consumidor não pode pleitear - na fase de liquidação (arts. 95 e 97, CDC) - indenização pelo dano derivado do adimplemento defeituoso se a responsabilidade por esse dano não tiver sido 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.

Da mesma forma, diante dos termos do art. 95 do CDC, alguma dúvida poderia haver acerca da viabilidade de uma ação coletiva voltada à tutela ressarcitória na forma específica dos direitos individuais homogêneos. Isso porque o art. 95 do CDC, ao referir-se àquela que seria, em princípio, a sentença destinada à tutela dos direitos

individuais homogêneos, afirma que, “em caso de procedência do pedido, a *condenação será genérica*, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

A sentença de condenação genérica, de acordo com elaboração doutrinária já fixada há bastante tempo, é aquela que condiciona a execução forçada à *prévia liquidação do valor devido*. O próprio parágrafo único do art. 97 do CDC, embora vetado por razão estranha àquela que aqui interessa, estabelecia que a sentença do art. 95 deve ser liquidada, ocasião em que deveria ficar *provado o “montante” do dano*”.

Contudo, na hipótese de tutela ressarcitória específica de direitos individuais homogêneos, não cabe pensar em sentença condenatória e, muito menos, *em liquidação do valor do dano*. Nesse caso, porque a tutela não objetiva dar aos lesados os valores equivalentes aos seus danos, mas sim a reparação na forma específica dos danos que foram ocasionados a cada um dos prejudicados, obviamente não há que se falar em liquidação dos valores dos danos.

Na hipótese de ressarcimento na forma específica, a sentença coletiva é declaratória e não mandamental, pois não instaura a execução - ordenando, por exemplo, o demandado a fazer, isto é, a exercer uma atividade capaz de permitir a reparação na forma específica dos danos acarretados aos titulares dos direitos individuais. Essa sentença se limita a declarar o dever de ressarcir. Porém, na fase que a sucede – que pode ser chamada de “liquidação de sentença” – deve ser provado o dano e a sua qualidade e extensão, *não importando o seu valor*.

A sentença que julga a “liquidação da sentença” é que assumirá natureza mandamental, devendo ordenar que o demandado repare na forma específica ou custeie a reparação a ser feita por terceiro, que nesse caso deverá ser indicado pelo juiz. É desnecessária, em vista da própria natureza da sentença mandamental, a propositura de ação de execução, que somente tem cabimento no caso de “condenação” (cf. artigos 95 e 98, CDC).

O fato de a “ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos” ter sido ligada, em princípio, à sentença de condenação genérica (art. 95, CDC) e à ação de execução (art. 98, CDC), obviamente não tem o condão de eliminar a possibilidade de uma ação para a tutela ressarcitória na forma específica de direitos individuais homogêneos. O que há de diferente, nesse último caso, é que a “liquidação”, por objetivar o ressarcimento na forma específica, além de apenas definir o dano e não o seu *quantum*, desemboca na técnica mandamental, dispensando a ação de execução.

Mas, como a *forma* de ressarcimento do dano deve ser deixada ao critério do lesado, ele deve ter a opção de solicitar, diante do caso concreto e de suas condições pessoais, ressarcimento na forma específica ou ressarcimento pelo equivalente. É por essa razão que a sentença da ação coletiva é declaratória, ao passo que, quando se objetiva ressarcimento na forma específica, a “liquidação” deve culminar em sentença mandamental, e no caso em que se deseja ressarcimento em pecúnia a “liquidação” deve condenar ao pagamento de soma em dinheiro, fixando a sanção executiva e abrindo oportunidade para a ação de execução.

Como se vê, no caso em que se postula a reparação de direitos individuais homogêneos, a sentença ficará limitada, no caso de procedência, a *declarar o dever de indenizar*, não podendo *tratar da forma do ressarcimento*. Isso, como já dito, deve ficar ao critério do lesado, que assim deve ter a oportunidade de escolher, na chamada fase de “liquidação”, a *forma* de ressarcimento de sua *preferência*. Por esse motivo, o lesado ou seu sucessor, depois de proferida a sentença declaratória coletiva, pode optar entre a

tutela ressarcitória pelo equivalente (execução por quantia certa) e a tutela ressarcitória na forma específica (técnica mandamental).

Entretanto, justamente porque o ressarcimento na forma específica pode não abarcar a totalidade do dano, o legitimado coletivo também pode postular a fixação da responsabilidade do réu pelo dano que não poderá ser ressarcido através da tutela na forma específica. Nesse caso, a vítima ou seu sucessor poderá requerer (na fase de “liquidação”, evidentemente), ao lado da reparação na forma específica, a condenação ao pagamento do valor equivalente ao do dano incapaz de ser ressarcido na forma específica. Como é óbvio, esse dano, o nexo de causalidade e o seu valor deverão ser provados na chamada fase de “liquidação”.

8. A proteção jurisdicional em caso de omissão ou atuação inadequada da administração

Além de o juiz ter que interpretar as regras processuais segundo o direito fundamental do consumidor, cabe-lhe, ainda, dar efetividade às normas de proteção em caso de omissão ou atuação inadequada da administração pública. Basicamente porque o dever de proteção não recai somente sobre a administração, mas também sobre o juiz.

Não há razão para imaginar que o juiz, no caso, estará ocupando o espaço da administração. Quando se confere à administração o poder de atuar as normas de proteção, isso é feito para otimizar a tutela do consumidor, a partir da suposição de que a melhor política de prevenção contra os abusos do fornecedor deve priorizar o controle administrativo. Portanto, quando se dá à administração o poder de exercer a tutela preventiva, pretende-se apenas outorgar maior efetividade à prevenção. Isso significa, como é fácil perceber, que o controle administrativo é privilegiado em atenção aos direitos do consumidor, *e não com o intuito de afastar o exercício do controle jurisdicional*.

Assim, não há como pensar que o juiz não pode atuar para evitar a violação da norma, ou mesmo para remover o ilícito continuado que contra ela foi praticado, quando a administração for omissa ou ineficiente. Nessa situação, a jurisdição estará suprindo a negação da proteção devida pela administração.

9. A possibilidade de a jurisdição atuar ainda que as normas técnicas de produção tenham sido observadas

Uma análise apressada poderia levar à conclusão de que a simples observância das normas técnicas, quando da concepção ou da fabricação de um produto, seria suficiente para identificá-lo como adequado à venda ao consumidor.

Acontece que as normas técnicas, por terem sido formuladas – como não poderia deixar de ser – para um determinado momento histórico, podem não acompanhar o desenvolvimento da ciência. Se, em regra, as normas técnicas são suficientes para atender ao consumidor, isso apenas pode significar uma presunção *iuris tantum*, que por isso pode ser posta em teste³². Ora, se o objetivo dessa espécie de norma é proteger o consumidor, seria irracional não permitir que justamente o sujeito que, em princípio, deve por ela ser tutelado, não possa discutir a sua adequação para a segurança. Como corretamente escreve Calvão da Silva, a não se entender assim permitir-se-ia a colocação no mercado de produtos *inseguros* que, utilizados em condições normais ou

³² João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 651.

previsíveis, implicariam perigo ou risco inaceitável para a segurança física e a saúde dos consumidores, pelo simples fato de se apresentarem conformes com normas técnicas...desatualizadas e ultrapassadas.³³

10. A concordância da administração com a fabricação e a comercialização do produto e a necessidade de tutela jurisdicional

A simples liberação, por parte do administrador, de produto para ser fabricado e comercializado, não significa que a sua fabricação e comercialização não possa ser controlada pelo juiz. Se o administrador possui o dever de proteger os direitos do consumidor, ele não pode deixar de tutelá-los, pena de o Estado ferir o seu dever de proteção e o direito fundamental do consumidor.

Não há dúvida que, se o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, a administração, ao liberar um produto altamente perigoso ou nocivo para industrialização ou comercialização, viola o direito fundamental do consumidor. Para que esse direito prevaleça, a decisão administrativa deve ser levada ao Judiciário.

Nesse caso, nada pode impedir a afirmação de que o produto liberado apresenta, como diz o art. 10 do CDC, “alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”. O fato dessa norma possuir um conceito indeterminado não quer dizer que o administrador, diante dela, esteja em uma situação de discricionariedade.

Cabe deixar claro, assim, que não há relação aproximativa entre conceito indeterminado e discricionariedade. Fala-se, é certo, que um conceito indeterminado conduz a uma zona de penumbra, onde não se pode negar que existe discricionariedade. Acontece que a zona de penumbra é uma região interna a duas outras regiões ou zonas, chamadas de zona de certeza positiva e de zona de certeza negativa, nas quais o conceito se concretiza ou não³⁴, e nessas zonas não existe discricionariedade. Por isso, o produto não pode ser liberado *quando é altamente nocivo ou perigoso, pois nesse caso se está pisando em uma zona de certeza positiva*.

Em tal hipótese, a prova, se necessária, deverá recair sobre a periculosidade ou nocividade do produto, o que não é o mesmo do que prova do dano ou da sua probabilidade. Como é óbvio, de prova do dano não se pode falar, pois dano sequer houve. Porém, não se trata, também, de provar a probabilidade do dano, uma vez que essa noção supõe um evento futuro, do que não precisa se cogitar quando se está frente aos conceitos de alta nocividade e de alta periculosidade. Ou melhor, para se impedir a industrialização e a comercialização de um produto basta a sua alta nocividade ou a sua alta periculosidade, sendo desnecessário se cogitar sobre um fato futuro.

Diante de um direito fundamental e do dever estatal de proteção, há o que Canaris³⁵ chama de imperativo de tutela, isto é, a necessidade de tutela ou de proteção do direito fundamental. Essa tutela incumbe, em princípio, ao legislador, que deve editar a norma de proteção, realizando a *denominada proteção ou tutela normativa*. Porém, quando o legislador confere ao administrador, através de um conceito indeterminado, o poder de concretizar a proteção mediante a eleição de fatos que a ele (legislador) são

³³ João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 652.

³⁴ Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionariedad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 71.

³⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 56 e ss.

imprevisíveis, o legislador expressamente outorga ao administrador a incumbência da proteção que lhe é impossível. Contudo, como já foi dito, isso não significa que o administrador passa a ter plena liberdade, mas sim que ele deve preencher o conceito indeterminado de maneira correta. Caso o administrador assim não o preencha, descumprindo o seu dever de proteção, surgirá *uma situação de omissão de tutela ou de proteção, que, obviamente, poderá ser* questionada perante o Poder Judiciário. Nesse caso, o juiz deverá verificar, *em face do direito fundamental*, se realmente houve omissão de proteção por parte do administrador. Se a conclusão for positiva, caberá ao magistrado *suprir a omissão na proteção do direito fundamental, concedendo a tutela jurisdicional*.

Portanto, na iminência da industrialização ou da comercialização de produto liberado pela administração, mas que apresenta alto grau de periculosidade ou nocividade, caberá ação inibitória, e na mesma situação, mas se o produto já estiver exposto à venda, poderá ser proposta ação de remoção do ilícito.