

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 09/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30101-tutela-coletiva-espec-fica-primazia-e-efetividade>

Autori: Talita Tatiana Dias Rampin, Naiara Souza Grossi

Tutela coletiva específica: primazia e efetividade

TUTELA COLETIVA ESPECÍFICA: PRIMAZIA E EFETIVIDADE

*Talita Tatiana Dias Rampin **

*Naiara Souza Grossi ***

Riassunto: Lo studio esamina la revisione collettiva giudiziaria dal punto di vista dell'efficacia, evidenziando la tutela specifica come quella più appropriata per soddisfare le aspirazioni collettive e domande in generale, soprattutto nelle azioni di obblighi di fare e fare. Sottolinea la necessità di riclassifica delle azioni dal campo di applicazione piena di azione, concentrandosi sulle frasi di agire in piano concreto. I sostenitori del primato della tutela specifica, dall'altro, intesa come un modo più adatto a soddisfare le aspirazioni collettive.

Palore-chiave: Effetività; Tutela específicas; processo coletivo.

Resumo: O estudo analisa a tutela jurisdicional coletiva sob o prisma da efetividade, enaltecendo a tutela específica como sendo a mais adequada para satisfazer as pretensões e aspirações coletivas *lato sensu*, especialmente nas ações de obrigações de fazer e não fazer. Evidencia a necessidade de reclassificação das ações a partir da dimensão total da ação, enfocando as sentenças destinadas a atuar no plano concreto. Propugna pela primazia da tutela específica sobre as demais, entendendo-a como via mais adequada para a satisfação das pretensões coletivas.

Palavras-chaves: Efetividade; Tutela específica; processo coletivo.

SUMÁRIO: Introdução 1 Tutela jurisdicional coletiva 1.1 Instrumentalidade processual 1.2 Instrumentalidade processual coletiva 1.3 O desafio da efetividade 2 Por uma reclassificação das sentenças 2.1 Tutelas que atuam no plano concreto 3 A primazia da tutela específica 3.1 A Tutela Coletiva Específica nas obrigações de fazer e não fazer. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

As novas relações derivadas da dinâmica da sociedade de massa têm sido objeto de grandes discussões tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais. O Estado Democrático de Direito, tendo como escopo o bem estar social, tem o dever de amparar tais situações.

* Mestranda em Direito pela UNESP, em Franca (SP), Brasil; pesquisadora bolsista da CAPES.

** Graduanda em Direito pela UNESP, em Franca (SP), Brasil.

Nesse sentido, surge a problemática da satisfação de “novos direitos”, que necessitam ser efetivados, antes do que declarados. Em se tratando de direitos coletivos¹, a concretização adquire contornos de fundamentalidade, dado sua ligação umbilical com os direitos fundamentais². O desafio é identificar modos específicos de sua tutela, já que as previsões processuais civis, baseadas na condenação em pecúnia, são inadequadas.

Essa solução pode ser viável diante de um sistema individualista e de cunho patrimonial tal qual o sistema processual civil comum, todavia, ao enfrentar uma demanda coletiva, na qual interesses muitas vezes de uma multidão estão envolvidos, e que não são quantificados (ou quantificáveis), muito melhor a primazia por uma tutela que consiga restaurar o bem transindividual lesionado ao estado anterior do ilícito, é nessa ideia que se encontra o conceito de tutela específica.

O presente trabalho logra analisar a tutela jurisdicional coletiva sob a ótica da efetividade, deseja estabelecer diferenças terminológicas para melhor compreensão da matéria e, a partir delas, evidenciar que a classificação tradicional das sentenças, não é apta a satisfazer no plano concreto o direito almejado – daí a prevalência da tutela ressarcitória. Critica-se ainda a prevalência da tutela em pecúnia demonstrando que a efetividade do processo coletivo ocorre a partir da primazia da tutela específica.

1. A tutela jurisdicional coletiva: o desafio da efetividade

A efetividade é atributo de algo, instrumento ou procedimento, que cumpre adequada, rápida, eficaz e não excessivamente onerosa sua finalidade.

O tema tem sido uma constante nas discussões jurídicas contemporâneas, sendo acalorados os discursos daqueles que invocam a efetividade como atributo essencial à tutela jurisdicional. No mínimo, esta constatação indica sua relevância, tanto prática quanto teórica.

Sérgio Cruz Arenhart, dissertando sobre a tutela inibitória coletiva³, afirma que o problema da (in)efetividade da tutela de direitos tem origem na crise de legitimidade pela qual o Estado atravessa e na constante tensão existente entre a realidade (ser) e a atuação estatal (dever ser). Esse descompasso, sentido em todos os ramos do Direito, contribui para a edição de normas processuais (dever ser) esparsas e obsoletas, atualizadas somente de modo reflexo e mediato ao Direito Civil (ser), como se deste fosse mero apêndice. Desta postura decorre, lógica e invariavelmente, a ineficácia e inaptidão do processo em instrumentalizar a consecução e o acesso à justiça.

1.1 A instrumentalidade do processo

O processo, enquanto atos concatenados destinados a um fim, traduz o conceito clássico da terceira fase metodológica do processo, a chamada fase instrumentalista.⁴

¹ Por “direitos coletivos” designamos indistintamente direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, sejam eles difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.

² Por “direitos fundamentais” designamos toda a gama positivada de direitos humanos em um determinado Estado.

³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35-40.

⁴ As outras duas fases metodológicas nas quais o processo se divide são o período do sincretismo no qual o exercício do direito de ação era considerado o próprio direito, o processo é visto simplesmente como um meio de exercício de direitos sem qualquer autonomia. A segunda fase, também conhecida como autonomista ou conceitual, é marcada

Segundo Cândido Rangel Dinamarco⁵, a luta pela autonomia científica processual gerou distorções e exageros formais no empenho de sua técnica, afastando-se do ideal das formas como meio para que os objetivos específicos do processo sejam atingidos. A questão ganha relevo quando indagamos quais são esses objetivos. Para Ovídio Baptista da Silva:

A utilização de alguma coisa como instrumento pressupõe uma atividade humana orientada para um fim. O agente que se serve do instrumento pode usá-lo para finalidade muito diferente daquela para a qual ele foi criado. É possível dizer que a enxada é um instrumento utilizado pelo agricultor para cultivar a terra. Isto estaria certo, mas nada impede que o agricultor se valha da enxada como instrumento para ferir alguém. O arsênico pode ser utilizado tanto como medicamento quanto como veneno. Qual será, porventura, a função instrumental do arsênico? ⁶

A instrumentalidade tratada de forma isolada, sem nenhuma finalidade ou escopo a ser atingido nada mais é do que um vácuo, uma ferramenta inoperante. Há a necessidade de direcioná-la a um fim, somente dessa forma é que tem sentido em falar em instrumentalidade. Se um determinado instrumento pode ser utilizado para diversos fins, há de existir um que se mostre mais adequado e idôneo e dessa forma cumpra objetivamente o resultado almejado. Nesse sentido, ao tratar de instrumentalidade do processo é imperioso também questionar quais são os fins a que o processo se destina sob pena de não se aludir a nada.⁷

Ada Pellegrini Grinover vê no processo um instrumento da paz:

Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre as pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídicos*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.⁸

De maneira didática, a obra de Cândido Rangel Dinamarco⁹ sintetiza o exposto acima. O referido autor aponta três escopos do processo: *o jurisdicional, o social e o político*. O escopo jurisdicional é aquele relacionado à aplicação do direito objetivo do Estado bem como o escopo do processo fazer a lei atuar por si, uma vez que essa revela a intenção da sociedade em relação às condutas a serem observadas. Os sociais seriam aqueles da pacificação social ¹⁰ e da educação

principalmente pelas grandes construções da teoria processual, será nesta fase que irão surgir a teoria da natureza jurídica da ação e do processo, as condições da ação, os pressupostos processuais fazendo o processo erigir como uma verdadeira ciência jurídica. Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros.2010. p. 48-49.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. p. 381

⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000. vol. III, p. 49-50.

⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Op. Cit.** p. 35

⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.** p. 47.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.** p. 206-207.

¹⁰ "Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderando o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor *justiça*. *Eliminar conflitos*

para um melhor reconhecimento e exercício de direitos, tudo isso sob o prisma da sociedade, a jurisdição e o processo jurisdicional destinam-se assim a atingir a paz nas relações pessoais, e nessa medida, impõe seu poder para ensinar aos seus membros no que consiste seus direitos e suas obrigações para com os demais. Por fim, os escopos políticos podem ser expostos em três metas:

Primeiro afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.¹¹

Seriam esses então os objetivos do processo, e nesse sentido é que caminha a sua instrumentalidade, dessa forma é que poderíamos afirmar que o processo será “instrumental” quando estiver direcionado a atingir os escopos descritos acima.

1.2 A instrumentalidade processual coletiva

No âmbito da proteção coletiva da sociedade, a efetividade é adjetivo indispensável à atuação de todos os Órgãos, Entidades, Organismos e Instituições que tutelam os interesses e direitos coletivos, sob pena de abalar as próprias estruturas do sistema constitucional posto e violar irreversivelmente direitos fundamentais.

Compartilhamos da opinião de José Roberto dos Santos Bedaque¹², quando afirma que alguns aspectos da ciência processual carecem de melhor desenvolvimento. Entendemos que as técnicas de tutela coletiva estão se desenvolvendo, ou melhor, estão sendo aplicadas sem que, com isso, ocorra uma análise científica rigorosa. Temáticas cruciais para a efetividade dessa tutela acabam sendo sedimentadas pela doutrina e jurisprudência a despeito de qualquer reflexão fundamentada ou criteriosa.

O denominado “trinômio processual”, por exemplo – constituído pelos pressupostos processuais, pelas condições da ação e pelo mérito -, merece ser examinado outra vez, agora pelo ângulo instrumentalista. Muitos dos dogmas estabelecidos no passado sobre esse tema não mais se justificam, especialmente no que concerne à inexorável extinção do processo sem julgamento do mérito, se ausente um dos requisitos de admissibilidade desse exame¹³.

Bedaque anuncia ainda outras temáticas processuais desafiam o exegeta contemporâneo em sua atuação construtora do direito, tais como as nulidades processuais, a classificação das ações, a participação do juiz, a fungibilidade procedimental, entre outras.

mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”. (grifo do autor) Cf.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 223-224.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 233-234.

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P.17.

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P.17 e 18.

As estruturas dispostas na legislação processual civil, mormente aquelas regras previstas no CPC, parecem não “servir” à tutela coletiva. Noções fundantes da relação processual (v.g., pedido, causa de pedir, legitimação ativa) assumem novos contornos nas situações jurídicas coletivas e, apesar dessa constatação que, inclusive, é compartilhada por grande parte dos juristas, a ciência processual tem revelado tímido desenvolvimento. Agrava o fato de que a jurisprudência acaba “sedimentando” entendimentos desprovidos de qualquer flexão científica. Se por um lado o direito processual viveu ou vive sua era instrumentalista, cumpre-nos, agora, zelar pela sua efetividade. “Diante de tal premissa, torna-se necessário rever a técnica processual, para adequá-la a essa nova realidade”¹⁴.

Sérgio Cruz Arenhart¹⁵ conflui para esse entendimento, dizendo que para que o processo, individual ou coletivo, seja visto sob esse prisma da instrumentalidade é necessário que saiba lidar com as mudanças cotidianas. O processo deverá estar a par das situações estabelecidas não só pelo direito, mas também por aquelas instauradas pelas próprias relações sociais vivenciadas atualmente, este cenário é incompatível com “a disseminada tendência (quase uma necessidade vital), do jurista, de estabelecer dogmas válidos para todo lugar e tempo, imutáveis e intocáveis”.¹⁶

Pode-se dizer que o processo civil brasileiro atual, da forma como é aplicado, ainda é incapaz de lidar de modo concreto com as adversidades que a realidade concreta apresenta, principalmente no que tange os direitos não patrimoniais e os direitos metaindividuais.

1.3 O desafio da efetividade

Uma das causas é que nossa Constituição foi “declarada”, e não “conquistada/realizada”. Parte da baixa efetividade do processo – e dos direitos coletivos – se explica pelo seu afastamento, enquanto instrumento, do objeto de tutela (direito material). Parece haver uma cultura na qual os conflitos individuais (“verdadeiros” direitos) são resolvidos pelo Judiciário; enquanto aos demais “interesses” (como se não fossem dotados de normatividade/imperatividade) seriam delegados aos demais poderes (executivo e legislativo atuariam de modo discricionário, verificando, em nome de uma democracia representativa-delegativa, a viabilidade da concretização dos direitos sociais e coletivos).

O Estado não possui condições, ou até mesmo interesse, em ver todos os direitos sociais efetivados, sob pena de contrapor-se ao sistema econômico hegemônico vigente (capitalismo/liberalismo). Assim, para atender seus interesses secundários (dos entes da Administração e do próprio Estado), posterga a realização de interesses primários.

Basta observar que as regras brasileiras que disciplinam essa matéria não são fornecidas pelo Código de Processo Civil, mas sim pela legislação extravagante, isso porque o conteúdo do CPC – principalmente antes da reforma de 1994 – contém um forte cunho individualista

¹⁴ Id., Ibid., Op. Cit. P.17.

¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz.Op. Cit.. p. 39.

¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz.Op. Cit. p. 39. E completa: Deveras, o processo instrumental deve estar sempre disposto a receber novas influências da realidade social e dos novos perfis do direito material, mudando sua feição conforme esses novos influxos. Essa permeabilidade do processo a tais informações externas é o que lhe permite manter-se moderno e hábil a lidar com as necessidades sociais. Dessa necessária mutabilidade dos institutos processuais deve o jurista estar consciente, pois aí reside o real coração do movimento em prol da efetividade do processo e de seu caráter instrumental. Deve o processualista estar sempre sensível à realidade material, capaz de compreender os anseios da sociedade e as peculiaridades de cada situação carente de tutela.¹⁶

e patrimonial e por esse motivo não é capaz de amparar as novas situações que a dinâmica atual da sociedade faz emergir.¹⁷

Nessa vertente, pensar na tutela de interesses metaindividuais exige redimensionar e repensar inúmeros institutos do processo civil clássico, uma vez que vários dos seus institutos foram idealizados para operacionalizar no plano individual, mostrando-se inaptos para atuar no âmbito coletivo.

Nos últimos anos, percebemos que o Brasil passou (e passa) por um período de “reformas”. A constatação de que as estruturas dispostas não são hábeis a satisfazer às pretensões e aspirações sociais propiciaram um ambiente em que “tudo precisa ser reformado”. Sistemas financeiros, educacionais, culturais, relacionais e, porque não, jurídicos, passaram a ser questionados. No tocante à ordem jurídica estabelecida, os debates se concentram, muitas vezes, na discussão sobre a necessidade de edição de novas leis, novos códigos. Já foi dito que a miragem do fenômeno da codificação é sua completude. Em outras palavras: a edição de leis novas não resolve o problema da eficácia dos direitos e, principalmente, da tutela coletiva se, com isso, a ciência jurídica e os construtores do direito não se dedicarem ao estudo das estruturas do nosso sistema jurídico e, também, se prostrarem alheios à necessidade contínua e ininterrupta de refletirem e realizarem o direito com vistas à efetivação dos direitos fundamentais. De nada serve a técnica se seus operadores não souberem manuseá-la. Pois bem.

Entendemos, mais, que nesse movimento pela efetividade do processo, o construtor do direito, seja ele promotor de justiça, advogado, defensor público, magistrado, procurador, parte, pesquisador, doutrinador, enfim, seja ele quem for, deve identificar na estrutura disposta e nas articulações que passam a ser estabelecidas em seu meio, os instrumentos, técnicas e meios que melhor tutelem o direito ou pretensão judicializado.

Os esforços, nesse sentido, devem ser conjuntos, de modo que todos contribuam para a realização de uma tutela efetiva e adequada.

2. Por uma reclassificação das sentenças

Entender a tutela de direito a partir da mera prolação da sentença é reducionismo que queremos evitar.

A idéia de sentença auto-satisfativa pode ser associada à de sentença satisfativa. Trata-se de sentença que é suficiente por si só, vale dizer, da sentença que satisfaz o jurisdicionado sem precisar interferir na esfera jurídica do réu ou modificar de maneira forçada a realidade dos fatos. (...)

Ou seja, a correlação entre a tutela dos direitos e a técnica processual assume importância vital quando se está diante das sentenças não-satisfativas. Não que as sentenças declaratória e constitutiva não tenham relevância. É que, se essas sentenças não bastarem, diante de um caso concreto, para a satisfação de um direito, é porque é

¹⁷ Nesse sentido ainda é interessante apontar os ensinamentos de Sérgio Cruz Arenhart: “Como se sabe, o processo foi pensado para tratar com problemas individuais, de maneira compartimentada e isolada; pensar o processo sob a forma de distribuição de justiça de massa requer a compreensão da dimensão política do direito processual – o que nem sempre é bem visto pelo Judiciário – em que se cria um dogma de que o juiz não é um político, nem é sua função intervir na política (...)”, ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit. p. 41-42.

necessário conformar os fatos, *quando a questão da adequação da técnica processual voltará a cair sobre as sentenças não-satisfativas.* [grifos do autor]¹⁸

No tocante aos direitos coletivos, de fato, essas sentenças satisfativas geralmente não condizem às expectativas do processo coletivo e à própria pretensão de direito material. Direitos coletivos tais como o meio ambiente, a moralidade administrativa, a proteção do patrimônio histórico cultural, dentre outros, dificilmente são tutelados a partir, por exemplo, de uma sentença meramente declaratória.

Daí a necessidade de verificar se as sentenças não-satisfativas constituem técnicas idôneas para a tutela (proteção) dos direitos. Se essa proteção não é capaz de ser encontrada por meio das ações declaratória ou constitutiva, ela necessariamente deve encontrar resposta em uma das sentenças não-satisfativas, pena de evidente lesão ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.¹⁹

O artigo 84, *caput* do Código de Defesa do Consumidor preconiza: “nas ações que tiverem por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático ao do adimplemento”. Note que este dispositivo coloca novos instrumentos processuais à disposição para a tutela de direitos quando comparados àqueles existentes na estrutura tradicional do processo.

A norma supracitada permite o uso de novas modalidades de provimentos antes não suscitadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Todavia, é importante esclarecer de imediato que não se deve confundir a tutela jurisdicional com técnicas de tutela. A tutela jurisdicional pode ser definida como “resultado que o processo proporciona no plano direito material”²⁰, assim, quando se fala em pensar o processo sob a perspectiva da prestação da tutela jurisdicional adequada, verdadeiramente o que se deseja é um processo que efetivamente se preocupe a prestação da tutela de direito e esta pode ser realizada por diversos meios ou técnicas da qual a sentença é o maior exemplo.

A formulação dessas novas categorias autônomas das sentenças tem como grande expoente e estudioso, Pontes de Miranda²¹, que baseado na classificação quinária das ações e sentenças aloca ao lado dos provimentos declaratórios, constitutivos e condenatórios os executivos *lato sensu* e mandamentais inseridos no processo de conhecimento.

Sérgio Cruz Arenhart, em estudo sobre o tema²², assevera que para classificarmos as ações e sentenças, não podemos ignorar os escopos meta-jurídicos (elementos ideológicos sociais, políticos, econômicos, históricos, culturais) que incidem sobre o Direito. Nesse sentido, Arenhart esboça um panorama das tutelas baseado na dimensão total da ação, elucidando que as mesmas devem mostrar-se aptas à proteção da pretensão deduzida em juízo. Nesse sentido, o autor não só critica a classificação tradicional das tutelas (baseada nos efeitos), mas também propõe uma nova classificação fundada no objeto tutelado e na forma protetiva da pretensão, distinguindo, dentre os provimentos existentes, aqueles que atuam no plano jurídico (declaratório, constitutivo e desconstitutivo) e os incidentes no mundo concreto (mandamentais ou executivos).

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 116.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. P.117.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. p. 61

²¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970-78, p. 225.

²² ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit. p. 50.

O aludido autor denuncia, com perspicácia, que a opção pátria em adotar, via de regra, provimentos condenatórios para a solução dos conflitos, revela-se postura não só ineficaz, por não satisfazer os interesses imediatos das partes no mundo sensível, como também injustificável em se tratando de pretensões coletivas. Considerando que os direitos adquiriram uma nova tônica molecular (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), exige-se do intérprete uma nova mentalidade, seja pela relevância dos interesses, seja pela extrema lesividade que suas eventuais violações (irreparáveis e irremediáveis) possam conter.

Pedro Lenza²³ aponta esta divisão demonstrada acima como solução encontrada antes da redação da Lei 11.232/2005 que traz sincretismo ao processo, acabando com o processo de execução extrajudicial autônomo. Dessa forma, proferida a sentença não se tem mais a necessidade de ingressar com um novo processo para ter a prestação jurisdicional adimplida, esta continua no próprio processo de conhecimento agora na fase chamada de cumprimento de sentença de mérito no processo de conhecimento.

Com a alteração legislativa (Lei 11.232/2005), entende-se mais adequado, nos termos da teoria de Liebman, filiar-se à classificação trinar das sentenças, tendo os seus efeitos declaratórios, constitutivos e condenatórios carga executiva e se dispensando a abertura de um novo processo de execução, com nova citação e toda a complexidade que o processo exige.²⁴

2.1 Tutelas que atuam no plano concreto

As sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* distinguem-se dos provimentos declaratórios, constitutivos e condenatórios exatamente por não necessitarem de um procedimento executivo *ex intervallo* para a atuação concreta do comando da sentença.²⁵

Por essa razão, não há como considerar adequada a clássica divisão trinária das sentenças, pois ainda que a Lei 11.232/2005 tenha possibilitado o sincretismo processual, há a necessidade de instauração de um processo executivo autônomo para as sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias que não é necessário quando se tem um provimento mandamental ou executivo *lato sensu*.

A necessidade de instauração de um processo executivo autônomo, para viabilizar os efeitos das sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias externados em sentença, é real na medida em que esses provimentos foram idealizados para atuar no mundo jurídico em abstrato. Todavia as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, não se contentam em meramente produzir seus efeitos no plano fictício, extrapolando-o para atingir o mundo real, concreto e nele produzir efeitos.

Cumprido ressaltar, que a presença dos efeitos no mundo fático não se trata de mera consequência acidental do processo – como ocorre com as técnicas processuais declaratória, constitutiva e condenatória –, esse é o verdadeiro objetivo da ação de direito material e também por

²³ LENZA, Pedro. Op. Cit. p 347

²⁴ LENZA, Pedro. Op. Cit. p 347.

²⁵ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 332. Completam ainda os autores: “A ordem judicial da sentença mandamental e a eficácia própria da sentença executiva *lato sensu* não dependem, para sua concretização, de processo de execução autônomo, como ocorre para a sentença condenatória pura”.

esse motivo que tal objetivo somente será galgado quando essa categoria se prestar a atender as necessidades das chamadas tutelas de prestação.²⁶

Evidentemente, pois, essa categoria é, e deve ficar, reservada aos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*. Aqui as tutelas dirigem-se à emissão de uma ordem para que o sujeito passivo realize alguma conduta, ou à prática, efetiva, do fato que se pretende. Tão-só nestas duas espécies de tutela é que se têm, realmente, efeitos dirigidos para além do mundo normativo, alojando-se na realidade concreta. Cabe atentar para que o Código de Processo Civil, em certos dispositivos, refere-se a tutelas concebidas como formas de execução outorgadas com efeito preponderantemente constitutivo (arts. 639/641). Poderia alguém supor que essa tutela (de cunho constitutivo predominante) também opera no plano fático; isso, todavia, não é verdade, já que esse provimento se limita a alterar a condição jurídica da pessoa ante o bem ou outro sujeito do contrato, sem impor alterações no mundo sensível.²⁷

Estabelecida a premissa acima exposta, cabe questionar se haveria alguma diferença na conceituação da sentença mandamental e executiva *lato sensu*. Segundo Kazuo Watanabe:

(...) na ação mandamental é o próprio juiz que, através de expedição de ordens, que se descumpridas farão configurar o crime de desobediência, e de realização por ele de atos materiais (como o fechamento de um estabelecimento comercial ou industrial, ou a cessação efetiva da publicidade enganosa, se necessário com impedimento da circulação do veículo de publicidade, da interrupção da veiculação de um anúncio pela televisão etc., ou ainda a retirada do mercado, com uso de força policial, se necessário, de produtos e serviços danosos à vida, saúde e segurança dos consumidores), é o próprio magistrado – repita-se – que praticará todos os atos necessários para que o comando da sentença seja cumprido de modo específico.²⁸

Por sua vez, o provimento executivo *lato sensu* é particularizado na obra de Pedro Lenza pela “(...) dispensa da execução *ex intervallo*, já que permite a execução do provimento jurisdicional no próprio processo em que proferida por simples mandado judicial, como ocorre, por exemplo, na ação possessória e na de despejo”.²⁹

No que tange as ações coletivas, o parágrafo 5º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor completa a ideia de que o juiz concederá a tutela específica ou o resultado prático equivalente ao expressar que, para tal, o juiz poderá determinar medidas necessárias³⁰ “tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção temas atuais de direito processual civil. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 97. “Somente quando seja preciso obter, de alguém, uma prestação, consistente em um fazer, não fazer ou dar (inclusive pagar), é que surgirá a necessidade da interferência no mundo concreto, para permitir a efetivação da medida”.

²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit. p. 97

²⁸ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p.747.

²⁹ LENZA, Pedro. Op. Cit. p. 340.

³⁰ A respeito das medidas necessárias que podem ser executadas pelo juiz para o adimplemento da tutela específica ou do seu resultado prático equivalente, Luiz Guilherme Marinoni completa: “Tais normas permitem que o juiz, na própria sentença, determine a “medida necessária” para a tutela do direito, valendo lembrar que as medidas enumeradas nos artigos mencionados são meramente exemplificativas, diante da significativa expressão “tais como”, neles contida”. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. p. 76.

Muito embora a doutrina exaustivamente separe os provimentos mandamentais e executivos, classificando-os e apontando as características que possibilitam agrupá-los em categorias distintas, quando analisados sob a ótica do objetivo da ação de direito material é imperioso concluir que não reside qualquer diferença entre as duas categorias, isso porque ambas logram um mesmo fim, qual seja, o resultado concreto, a prestação do fato.³¹

Enquanto na tutela mandamental observa-se a colaboração do sujeito passivo da obrigação, que é obtida por meio de uma ordem diretamente dirigida a ele que, caso seja descumprida, pode gerar uma coação de ordem civil ou criminal, no provimento executivo *lato sensu* pode ocorrer a substituição da atuação do sujeito passivo pelo agir do próprio Estado. Observa-se que o que se altera é apenas o meio processual utilizado para atingir o núcleo fundamental do interesse que tanto no provimento mandamental quanto no executivo *lato sensu* é o mesmo, qual seja, a atuação no plano concreto.

Nesse diapasão, é possível concluir ser dispensável a separação dos dois provimentos. Possuindo ambos altos graus de afinidade, podemos agrupá-los em uma única categoria, conforme lição Arenhart³²: a da tutelas de prestação concreta. O que irá variar entre elas, será o meio de obtenção do resultado, pois o que realmente interessa em ambas é a prestação.

3 A primazia da tutela específica sobre qualquer outra

A afirmação de que a sociedade contemporânea reveste-se de novas relações inter pessoais que conflui em uma dinâmica nova e antagônica dos princípios do Estado Liberal chega a ser acadiana.

O advento dos “novos direitos” é a forma mais elucidativa para demonstrar o exposto acima, indubitavelmente, será a partir deles que a busca por instrumentos mais eficazes será intensificada. Não somente os instrumentos devem ser eficazes, afinal, instrumento somente é considerado adequado quando o fim a que ele se destina também o é, assim, também a tutela jurisdicional diferenciada³³ ganhará espaço e relevância principalmente na tutela dos direitos não-patrimoniais.

³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit. p. 98. “A diferença está em que, em um dos casos, esse resultado somente se obtém com a colaboração do sujeito passivo da prestação, a ser obtida mediante ordem dirigida a ele, para cumprimento; no outro, ao contrário, pode-se lograr esse objetivo diferentemente pela substituição da atuação desse sujeito passivo, pelo agir do Estado. Em ambos os casos, porém, a intenção do titular do direito é a mesma: realizar alguma material, no mundo sensível”.

³² Ibidem. p. 98. “Em substância, portanto, a diferença entre a tutela mandamental e a executiva *lato sensu* está apenas na espécie de relação jurídica de que a prestação deriva: se esta é daquela que somente o sujeito passivo pode realizar, então será necessário agir sobre a vontade deste (por meio de uma ordem somada a um meio de coerção, civil ou criminal) para satisfazer o direito do demandante; se, porém, o fato pode ser realizado por terceiro (ainda que seja o próprio Estado por meio de sua substituição à prática devida pela parte requerida), ou independer de prestação de alguém, a ordem terá a exclusiva função de permitir ao sujeito passivo uma última oportunidade para o adimplemento espontâneo, pois, se descumprida, dará lugar não à aplicação de um meio de coerção, mais sim a uma forma de “efetivação” por sub-rogação praticando-se o ato por obra de terceiro, sob expensas do sujeito passivo, ou sendo realizada diretamente sobre o patrimônio deste”.

³³ Denominação dada pelo professor Donaldo Armelin em ARMELIN, Donaldo. **Tutela jurisdicional diferenciada**. RePro 65/45. “[...] a temática de uma tutela jurisdicional diferenciada posta em evidência notadamente e também em virtude da atualidade do questionamento a respeito da efetividade do processo, prende-se talvez mais remotamente à própria questão da indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela. A adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade”.

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu artigo 83 a permissão de uso de todas as espécies de ações – sejam declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou ainda executivas *lato sensu* – para a defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, desde que propiciem uma adequada e efetiva tutela jurisdicional.³⁴

O legislador ao elaborar o dispositivo acima desejou, na lição de Kazuo Watanabe, “tornar mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código”³⁵, princípio este, segundo o próprio professor, derivado do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal o qual institui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entendimento de Patrícia Miranda Pizzol, não basta garantir a tutela jurisdicional dos direitos. Antes, é necessário garantir a efetividade na prestação dessa tutela. Para tanto, “o legislador previu expressamente a possibilidade de serem utilizadas todas as espécies de ação para a defesa dos direitos e interesses coletivos [...]”.³⁶

Todavia, a interpretação que deve ser aferida do artigo 83 encontra sua razão de ser quando realizada em conjunto com o artigo 84 do CDC, isso porque este dispositivo menciona que nas ações que tenham por objeto obrigações de fazer e não fazer o juiz concederá tutela específica ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente.

Em se tratando de ações que versem sobre direitos difusos e coletivos o dispositivo legal em exame se mostra completamente adequado uma vez que deseja a prevalência da tutela específica nas ações que tenham por objeto obrigações de fazer e não fazer em detrimento a condenação por perdas e danos, além de conferir poderes ao juiz para que conceda a mencionada tutela ou o resultado prático equivalente.³⁷

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery Júnior:

A conversão em perdas e danos não é mais aplicável, como regra, às ações coletivas para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a menos que por ela opte o autor da ação civil pública, ou seja, impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente (CDC, 84, § 1º). O princípio é o da maior coincidência

³⁴ Sobre o mencionado artigo Kazuo Watanabe adverte: “Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se, ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dele se podem extrair, desde logo várias conseqüências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual “o processo deve dar, quando for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. A segunda, que é consecutória da anterior, é a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz e completa de todos os direitos dos consumidores. Uma outra conseqüência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem empenhando no sentido da mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicista, impregnada no sistema com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc.), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada”. WATANABE, Kazuo. Op. Cit. p. 743.

³⁵ Ibidem. 743.

³⁶ PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998. p.160

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. p. 185 “Na sociedade de massa, em que é imprescindível a proteção da posição do consumidor, não há como não se conferir ao jurisdicionado a tutela na forma específica. Como já foi dito, no sistema em que não há tutela específica, o consumidor não tem direito ao bem, já que o empresário detém a possibilidade de transformar este direito em pecúnia. Na realidade, o ordenamento jurídico que não conhece a tutela específica afirma que a parte mais forte no contrato pode sempre quebrá-lo, bastando estar disposta a pagar por isto”.

possível entre o direito e sua realização, de modo que, ordinariamente, não se admite a substituição da tutela específica por perdas e danos, mas somente por exceção.³⁸

É cediço que “o processo deve dar, quando for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir”³⁹, nesse sentido e sabendo que a tutela específica é aquela capaz de produzir o resultado prático caso a obrigação fosse adimplida justifica-se mais uma vez preferir o uso desta tutela ao invés da condenação em perdas e danos, justamente por coincidir com a ideia de efetividade do processo.⁴⁰

O conteúdo não-patrimonial, ou notadamente não-patrimonial, dos direitos coletivos impede sua tutela via ressarcitória pelo equivalente.

Se a tutela ressarcitória se mostrava eficaz em um cenário no qual o indivíduo era o cerne do Estado, a economia possuía como principal característica o não intervencionismo estatal tal qual o Estado Liberal pregava, em uma sociedade de massa cujas relações se desenvolvem de forma complexa e interligadas, derivada de um Estado Democrático de Direito que tem como um de seus objetivos principais o resguardo e proteção à tutela coletiva, o ressarcimento em pecúnia se mostra arcaico para proteger tais pretensões transindividuais. Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni:

Como é sabido, o direito liberal não se preocupava com as diferenças entre os bens e as pessoas. Se as pessoas são iguais – independentemente das suas diferenças concretas – e se os bens não merecem tratamento diversificado, basta o ressarcimento em pecúnia, inexistindo razão para a tutela específica. Em uma sociedade em que não há razão para proteger determinadas posições sociais, mas apenas necessidade de manter em funcionamento os mecanismos de mercado, é suficiente a tutela que retribui em dinheiro o valor da lesão. Além do mais, se as pessoas são iguais, e assim livres para se autodeterminarem no contrato, não cabe ao Estado interferir na relação jurídica para assegurar a tutela na forma específica.⁴¹

Dessa forma, a tutela ressarcitória⁴² mostra-se completamente ineficaz para amparar os direitos ou interesses transindividuais, isto porque muitos desses direitos são insuscetíveis de quantificação financeira, o que se deseja na verdade é uma tutela adequada apta a prevenir o ilícito ou a sua continuação. Nesse sentido, na própria definição de tutela específica como “conjunto de remédios e providências que assegurem o preciso resultado prático que seria atingido pelo adimplemento”⁴³, observa-se ser esta mais adequada para amparar as pretensões dos chamados novos direitos.

³⁸ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY JÚNIOR, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 01.03.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 1026

³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell'azione nascente dal contratto preliminare**. In Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p.110.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer**. In Livro de Estudos Jurídicos, coord. James Tebenchlak e Ricardo Bustamante, Instituto de Estudos Jurídicos do Rio de Janeiro, 1995, p. 127. “O próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a ideia da efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois, nela, por definição, a atividade jurisdicional tende e proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento”.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. p.13.

⁴² SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. Coleção prof. Arruda Alvim. São Paulo: Método. 2006. p. 104. “A tutela ressarcitória, conquanto seja o remédio final para o problema, tem-se mostrado inadequado e insuficiente para a proteção desses “novos direitos”. Isto é, há muito se entende como desarrazoado que a única forma de tutela dos direitos lesados ou ameaçados tenha de revelar-se pela indenização do dano causado”.

⁴³ Ibidem. p. 104.

Não por outro motivo que o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor disciplina em seu *caput* e § 1º uma *hierarquia de provimentos jurisdicionais* ⁴⁴ que parte da tutela específica da obrigação, para as providências que asseguram o resultado prático equivalente ao do adimplemento ficando em última hipótese, no caso dos resultados escalonados acima se mostrarem inócuos, a tutela ressarcitória, isso nas ações que tenham por objeto obrigações de fazer e não fazer, principalmente se tratando de direitos transindividuais. Pondera Pedro Lenza:

Nesses termos, particularmente quando se estiver diante da tutela coletiva a opção pela conversão da obrigação em perdas e danos deverá ser sempre a última opção. Critica-se, com veemência, a regra do art. 84, § 1º, do CDC, que permite, indistintamente, a opção, pelo autor, da tutela específica ou reparatória. Este dispositivo deve se harmonizar com o *caput* do art. 84, bem como com toda a ideologia do sistema, já que, em relação à ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, a “vedete” deverá ser sempre a *tutela específica*. Enfatize-se, o autor não terá a liberdade, indistintamente, requerer a conversão da obrigação em perdas e danos. A tutela ressarcitória só poderá ser atendida pelo magistrado se a tutela específica mostrar-se impossibilitada.⁴⁵

A Lei de Ação Civil Pública em seu artigo 3º também será interpretada nesse mesmo sentido. Encontra fundamento o preceito da escalonagem das tutelas jurisdicionais coletivas no caso dos legitimados a propositura da ação coletiva. O magistrado deverá verificar se o interesse da coletividade corresponde ao pedido realizado e se o mesmo não está sendo lesionado, pois como já observado, a efetividade do processo e os anseios da coletividade encontram-se amparados quando a tutela jurisdicional é prestada em sua forma específica.

Corroborando mesmo entendimento, Luiz Guilherme Marinoni conclui inexistir dúvida de que o direito material é melhor protegido pela tutela específica, e que é mais importante a tutela que visa evitar o ilícito do que a que logra ressarcir-lo. “O ressarcimento, na forma específica é o único remédio que permite que o dano não seja monetizado e que o direito, assim, encontre uma forma efetiva de reparação”.⁴⁶

3.1 A Tutela Coletiva Específica nas obrigações de fazer e não fazer.

O Estado não permite que seus próprios entes resolvam os conflitos que se instauram⁴⁷. Ao assumir o monopólio da jurisdição, o Estado traz para si a responsabilidade de apresentar uma solução justa, célere e efetiva por meio do *processo*. Será por este meio que o

⁴⁴ LENZA, Pedro. Op. Cit. p. 359. A expressão é utilizada pelo autor em “Dessa forma, o art. 84, *caput* e §1º, do CDC, nas ações que tenham por objeto o cumprimento da obrigação de fazer e não fazer, destacadas para este estudo, especialmente quando se estiver diante de interesses transindividuais, devem ser interpretados com rigidez, na medida em que estabelecem incontestemente ordem *hierárquica e escalonada de provimentos jurisdicionais*: partindo-se da tutela específica da obrigação, passa-se pelas providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, para, em última hipótese, caso os resultados hierarquizados acima se mostrarem impossíveis de realização, proceder-se à conversão da obrigação em perdas e danos”. (grifos do autor)

⁴⁵ *Ibidem*. p. 360.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. p.70.

⁴⁷ LENZA, Pedro. Op. Cit. p. 324-325. “Nos primórdios das civilizações, preponderava o chamado regime da *autotutela* ou *autodefesa* cujas características mais marcantes eram a falta de um juiz distinto das partes em conflito com a autoridade soberana e a imposição da decisão de uma das partes sobre a outra; verdadeira *vingança privada*. Circunstancialmente parcial, “no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas”, lembra-se *autocomposição*, verificada inclusive nos dias atuais (de modo residual, é claro), através da qual uma das partes em conflito ou ambas renunciam ao seu interesse em contenda [...]”.

Estado exercerá sua jurisdição, utilizando uma terceira pessoa, imparcial diante da relação jurídica conflituosa instaurada, que irá “ditar” a “solução mais justa, fazendo-a preponderar eis que mais forte que as partes”: o juiz.⁴⁸

Destacando a função social do processo, Barbosa Moreira afirma que desde que o Estado proibiu a Justiça privada, chamando exclusivamente para si a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade à disciplina s relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas⁴⁹.

O mecanismo criado para prover a essa necessidade precisa corresponder a uma lógica, mas terrível exigência: atuar de tal maneira que, em toda a extensão da possibilidade de prática, venham às coisas a passar-se exatamente como se deveriam passar, de acordo com os preceitos do ordenamento. Que significa isso ao ângulo jurisdicionado? Recorrendo à justiça, ele há de poder esperar, ao menos em princípio, que, se o seu direito se vê reconhecido, o processo lhe proporcione cabal proteção, pondo-o em condições de fruir, de maneira tão completa quanto possível, da vantagem prometida pela norma.⁵⁰

Sob essa perspectiva o processo passa ser um meio para efetivação dos direitos, é a chamada instrumentalidade do processo em nítida superação a fase conceitual de perspectivas individualistas o processo passa a levar em conta os ângulos externos⁵¹ como a realidade sócio-cultural, política e econômico que o influencia.

Todavia, como anteriormente já exposto, o processo somente poderá ser considerado como um “instrumento” se estiver destinado a um fim. Cândido Rangel Dinamarco⁵² brilhantemente expõe que o processo é um instrumento à medida que busca atingir determinados escopos, quais sejam: jurídicos, sociais e políticos. De forma resumida poderia afirmar que o processo é um instrumento destinado a obter a pacificação social.⁵³

Dessa forma as tendências metodológicas do processo passam a convergir para a noção de efetividade deste, ou seja, um processo será efetivo e proporcionará o verdadeiro acesso à

⁴⁸ Ibidem.. p.325

⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Tutela sancionatória e tutela preventiva. 2ª série. São Paulo:Saraiva, 1980. p. 21.

⁵⁰ Ibidem. p. 21.

⁵¹ A expressão é utilizada em CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit.. p.49. “A fase *instrumentalista*, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juizes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária”. (grifos dos autores)

⁵² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 206-207. p. 206. “É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual”. (grifos do autor).

⁵³ Cf. LENZA, Pedro. Op Cit. p. 122. “Portanto, a fixação e tomada de consciência dos *escopos do processo* evidenciam a utilidade teleológica da jurisdição e da ciência processual, aproximando, cada vez mais, nessa visão orgânica, a interação entre o social, o político e o jurídico, em busca do escopo magno da jurisdição, como visto, a *paz social*, verdadeiro escopo metajurídico”. (grifos do autor).

ordem jurídica justa, quando for um real instrumento de consecução dos escopos sócio-político-jurídicos que ele mesmo preconiza. Ressalta-se que a noção de efetividade do processo aqui é simbiótica ao próprio conceito de efetividade.

No que tange a tutela coletiva⁵⁴, a necessidade de um processo efetivo, com instrumentos hábeis e capazes de promover uma proteção significativa aos bens por ela tutelados, é ainda mais latente.

Nessa linha, em harmonia com a perspectiva da efetividade do processo, a doutrina destaca a denominada tutela jurisdicional diferenciada, buscando a adequação entre a situação da vida e o tipo de tutela, devendo os operadores do direito estar sempre atentos às constantes alterações da vida em sociedade. Na correta constatação de Bedaque, “deve o processo acompanhar essa evolução, para corresponder efetivamente às necessidades sociais. Assim para cada tipo de situação de direito material deve existir uma tutela jurisdicional adequada, isto é, diferenciada pelo procedimento”.⁵⁵

A sociedade de massa requer um instrumento hábil e eficaz para por fim aos seus conflitos, devendo alguns de seus institutos ser repensado à luz dos princípios e normas constitucionais e (re) modelados logrando assegurar as pretensões coletivas. O que se deseja é a concretização da tutela jurisdicional coletiva, “condizente e suficiente aos anseios da sociedade de massa, destacando-se o processo do seu bojo, como verdadeiro e importante instrumento de *pacificação social* (escopo magno da jurisdição)”.⁵⁶

Retomando o conceito de tutela específica, Luiz Guilherme Marinoni a expõe como aquela que proporciona um resultado equivalente àquele que seria obtido caso o dano não ocorresse⁵⁷.

Neste diapasão, e tendo em mente a máxima chiovendiana de que o processo deve dar tudo aquilo e precisamente aquilo que teria direito de receber para que a tutela jurisdicional seja útil e o processo efetivo⁵⁸, afirmamos que em âmbito de tutela coletiva, o processo se mostrará efetivo a partir de uma tutela que vise mais do que reduzir as pretensões coletivas em pecúnia, mas sim, produza o resultado prático equivalente caso a obrigação houvesse sido adimplida, ou seja, o processo coletivo mostrar-se-á efetivo a partir da tutela específica.

Destaca-se, portanto, como um dos vários meios de transformações da técnica processual moderna, ao lado da tutela antecipada e cautelar, além de diversos outros instrumentos processuais colocados a disposição das partes e do juiz a tutela específica, sendo aquilo que nas palavras de Ada Pellegrini Grinover seria “o quarto ponto sensível em busca da efetividade do processo, qual seja, a utilidade das decisões”.⁵⁹

Importante destacar que não se deseja aqui que a fase autonomista ou conceitual⁶⁰ do processo, aquela na qual o processo era visto como um verdadeiro instrumento técnico e

⁵⁴ Derivada dos direitos massificados, reflexo da própria (re) organização social oriunda das relações inter pessoais a partir da segunda metade do século XX.

⁵⁵ LENZA, Pedro. Op. Cit. p.327.

⁵⁶ Ibidem. p. 328.

⁵⁷ MARINONI, Luis Guilherme. **A tutela específica do consumidor** In. Ada Pellegrini Grinover. Org, YARSHEL, Flávio Luiz e MORAES Márcio Zanoide. **Estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 142.

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Op. Cit. p.110

⁵⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 34-35.

⁶⁰ Ibidem. p. 49. “Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como erro instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o

introspectivo seja abandonada. A experiência e os estudos realizados na época devem servir como verdadeiro meio de complementação a fase atual, na qual a técnica é utilizada para que o processo atinja “seus escopos, as suas finalidades e os seus resultados”.⁶¹

Conclusão

O Estado Democrático de Direito possui o dever de tutelar direitos, seja preservando-os incólumes ou restituindo-os ao estado anterior, quando lesionados. Note, que o termo “tutela” ganha um significado mais abrangente, deseja-se realmente proteger e amparar os direitos conferidos pelo Estado.

Sob a ótica do processo coletivo, a verdadeira proteção e amparo do direito somente ocorrem quando a reparação do dano não é reduzida a pecúnia. Isso porque a tutela ressarcitória, típica do processo civil “comum” de cunho individual-patrimonial, tem como fim único a restituição monetária. Ora diante de um dano ambiental, de nada adianta o ressarcimento monetário, o que se deseja é uma tutela que busque restituir o bem transindividual ao estado anterior do dano ou ato ilícito praticado. É neste último aspecto que se encontra o conceito de tutela específica.

Mais do que instrumentos que assegurem a proteção dos direitos difusos e coletivos, o que se deseja modernamente, são mecanismos que efetivamente os protejam e os assegurem no plano real.

Para isso, muitos dos modelos existentes no processo civil “comum” passam por uma reestruturação, seja adaptando-se à realidade processual insurgente, seja concebendo novos paradigmas.

A tutela específica enquadra-se nesse contexto como uma tutela apta a proteger os direitos difusos e coletivos e promover, no campo da concretude, a efetividade tão aclamada pela tônica processual moderna.

Bibliografia

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 6. São Paulo: RT, 2003.

ARMELIN, Donaldo. **Tutela jurisdicional diferenciada**. RePro 65/45.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell'azione nascente dal contratto preliminare**. In Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1.

reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupações pela justiça que ele fosse capaz de fazer”.

⁶¹ LENZA, Pedro. Op. Cit. p. 328.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2 ed. São Paulo: RT. 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer**. In Livro de Estudos Jurídicos, coord. James Tebenchlak e Ricardo Bustamante, Instituto de Estudos Jurídicos do Rio de Janeiro, 1995.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3 ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luis Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil** v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Antecipação da tutela**. 10 ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Tutela específica**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **A tutela específica do consumidor** In. Ada Pellegrini Grinover. Org, YARSHEL, Flávio Luiz e MORAES Márcio Zanoide. **Estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. V. 1. São Paulo: RT, 1970-78.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Tutela sancionatória e tutela preventiva. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY JÚNIOR, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro in. DIDIER JR. Fredie. Org. **Leituras complementares de processo civil**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm. 2008.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus. 1998.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. V. III. 3 ed. São Paulo: RT, 2000.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. Coleção prof. Arruda Alvim. São Paulo: Método. 2006.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.