

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

WELTON RUBENS VOLPE VELLASCO

TUTELA INIBITÓRIA: EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DO *CONTEMPT OF COURT*.

MARÍLIA
2016

WELTON RUBENS VOLPE VELLASCO

TUTELA INIBITÓRIA: EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DO *CONTEMPT OF COURT*.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Paulo Roberto Pereira de Souza.

MARÍLIA
2016

Velasco, Welton Rubens Volpe

Tutelas inibitórias: efetividade e aplicabilidade do *contempt of court* / Welton Rubens Volpe Velasco - Marília: UNIMAR, 2016.

117f.

Dissertação (Mestrado em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Curso de Direito da Universidade de Marília.

1. Efetividade Jurisdicional 2. Medidas Coercitivas 3. Tutelas Inibitórias 4. Prisão Coercitiva I. Velasco, Welton Rubens Volpe

CDD – 341.46

WELTON RUBENS VOLPE VELLASCO

TUTELA INIBITÓRIA: EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DO *CONTEMPT OF COURT*.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob orientação do Professor Doutor Paulo Roberto Pereira de Souza.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____

Professor Doutor Paulo Roberto Pereira de Souza
(Orientador)

Professora Doutora Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Professor Doutor Nelson Borges

*Dedico este trabalho aos meus pais José Rubens Vellasco e Vera Márcia Volpe e aos meus irmãos Allan Wellington Volpe Vellasco e Ana Mirella Volpe Vellasco, que sempre me deram o suporte necessário.
Amo vocês!*

Agradeço a Deus, que me deu a vida, saúde e sabedoria para chegar até aqui.

À minha família, que sempre esteve ao meu lado e acreditou em mim.

Ao meu professor e Orientador, pela dedicação, disponibilidade e pelo compartilhamento do vasto conhecimento.

Aos meus colegas do Mestrado que estiveram juntos durante toda a caminhada, em especial ao Rogério Santos, Wadi Atique e Danilo Franco.

A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

(Rudolf Von Lhering)

TUTELA INIBITÓRIA: EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DO *CONTEMPT OF COURT*.

RESUMO: O instituto das tutelas inibitórias apresenta elevado grau de importância no ordenamento jurídico. É por meio dele que o titular do direito busca guarida no Poder Judiciário, esperando que o provimento final seja, de fato, efetivado no caso concreto de forma imediata, para evitar ou cessar ilícito. O presente estudo tem o escopo de analisar a efetividade das medidas coercitivas utilizadas pelos juízes, bem como, aplicação do *contempt of Court* no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de tentar dar mais efetividade às sentenças mandamentais. O fato é que a sociedade evolui em velocidade desproporcional à da legislação processual, promovendo julgamentos que nem sempre condizem com o quanto requerido pela parte titular do direito. O descumprimento das sentenças judiciais está aumentando, colocando em dúvida o poder soberano do Estado em solucionar lides e garantir direito ao titular. Este descumprimento tem ligação direta com a certeza de impunidade. Por isso foi necessário estudar se as medidas coercitivas funcionam como pressão psicológica para fazer a parte cumprir o mandamento judicial nos exatos termos. O objetivo do presente trabalho é verificar controvérsias acerca do grau de efetividade nas tutelas inibitórias, levando em consideração direitos fundamentais das partes. Foi apresentado o conceito de jurisdição por meio do poder soberano do Estado e democratização do direito processual. Tratou-se também das tutelas inibitórias individualizadas, assim como evolução da legislação para proteger direitos metaindividuais, incluindo defesa do meio-ambiente e direitos do consumidor. Por fim, fez-se comparação com a *common law* com a finalidade de demonstrar a melhor forma de evitar desacato à Corte via *contempt of Court*, bem como quebra da tipicidade das formas executivas. O interesse do presente estudo foi demonstrar importância e a gravidade quando a parte descumpra sentença mandamental, especialmente nas obrigações de fazer e não fazer, assim como na obrigação de dar coisa certa. Na tutela mandamental, o juiz determina ao demandado que se comporte de acordo com o direito reconhecido; porém, o Poder Judiciário atravessa um momento de descrédito perante a população. A problemática encontra-se no fato do descumprimento da sentença mandamental, acatada apenas quando for conveniente à parte, vez que, em alguns casos, as *astreintes* aplicadas jamais serão cumpridas. Por tal razão, entendimento da jurisprudência mostra-se ineficaz ao não permitir prisão como meio coercitivo ao demandado desobediente. O rol das medidas coercitivas apresentado pelo Código de Processo Civil é exemplificativo, portanto, o juiz pode determinar que a parte cumpra a ordem sob pena de multa ou até mesmo de prisão. Pelo viés positivista, o crime de desobediência tipificado no Código Penal é de caráter permanente. Sendo assim, o juiz que perceber infração poderá encaminhar cópia dos autos às autoridades competentes ou dar ordem de prisão por flagrante delito, direito garantido na Carta Magna a todos cidadãos. Por fim, a prisão aqui defendida difere da proibida pela Constituição Federal ou por qualquer outro tratado internacional ou súmula do Supremo Tribunal Federal, pois estas proíbem a prisão por dívida e aqui se defende a prisão coercitiva pelo descumprimento de uma sentença mandamental.

Palavras-chave: Efetividade jurisdicional. Medidas coercitivas. Tutelas inibitórias. Prisão coercitiva.

PROTECTION INHIBITORY: EFFECTIVENESS AND APPLICABILITY OF CONTEMPT OF COURT.

ABSTRACT: The Institute of inhibitory guardianships has a high degree of importance in the legal system. It is through him that the rightholder seeks shelter in the judiciary, hoping that the final provision is, in fact, effective in the case immediately, to prevent or terminate unlawful. This study has the scope to analyze the effectiveness of the coercive measures used by judges, as well as application of contempt of Court in the Brazilian legal system in order to try to give more effectiveness to mandamentais sentences. The fact is that society evolves in proportion to the speed of procedural law, promoting judgments that are not always consistent with the as required by the holder of the right. Failure to comply with court rulings is increasing, putting in doubt the sovereign power of the state to resolve litigations and ensure the right holder. This failure is directly linked with the certainty of impunity. Therefore it was necessary to consider whether the coercive measures act as psychological pressure to make the party fulfills the judicial commandment in exact terms. The aim of this study is to verify controversy about the degree of effectiveness in inhibiting guardianships, taking into account the fundamental rights of the parties. the concept of jurisdiction by the sovereign power of the state and democratization of procedural law was introduced. It was also the individual inhibitory guardianships, as well as changes in legislation to protect metaindividual rights, including protection of the environment and consumer rights. Finally, it compared with the common law in order to demonstrate the best way to avoid contempt of court through contempt of Court, as well as breaking the typicality of the executive forms. The interest of this study was to demonstrate the importance and gravity when the party violates writ sentence, especially in obligations to do and not do, as well as the obligation to right. In the writ guardianship, the judge determines the defendant to behave in accordance with recognized; however, the judiciary through a time of discredit to the population. The problem lies in the fact of violation of the writ sentence, heeded only when it is convenient apart, since in some cases, applied astreintes will never be fulfilled. For this reason, understanding the law proves ineffective by not allowing prison as coercive means to recalcitrant defendant. The list of coercive measures presented by the Civil Procedure Code is exemplary, so the judge can order a party to comply with the order under penalty of a fine or even imprisonment. The positivist bias, the disobedience typified in the Penal Code is permanent. So the judge to realize infringement may submit a copy of the case to the competent authorities or to arrest warrant for flagrante delicto, right guaranteed in the Constitution to all citizens. Finally, the prison advocated here differs from prohibited by the Constitution or by any international treaty or precedent of the Supreme Court, as these prohibit prison for debt and here defends coercive imprisonment for breach of a writ sentence.

Keywords: Judicial effectiveness. Coercive measures. Guardianship inhibitory. Coercive prison.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1 JURISDIÇÃO E PODER SOBERANO DO ESTADO	05
1.1 ESCOPOS DA JURISDIÇÃO.....	10
1.1.1 Escopo jurídico.....	10
1.1.2 Escopo social.....	11
1.1.3 Escopo político.....	13
1.2 A JUSTIÇA E SEU DEVER-SER SOB A ÓTICA DE HABERMAS.....	14
1.3 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA	16
1.4 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DIANTE DA EVOLUÇÃO SOCIAL ATÉ A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DAS TUTELAS INIBITÓRIAS	17
1.5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	21
1.6 PONTOS RELEVANTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	23
2 TUTELA INIBITÓRIA	26
2.1 DINAMISMO DAS RELAÇÕES SOCIAIS COM AS GARANTIAS E DIREITOS POR VIA DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL.....	26
2.2 TUTELA INIBITÓRIA POSITIVA E NEGATIVA	30
2.2.1 Obrigações de fazer e não fazer.....	35
2.2.2 Obrigação de entregar coisa certa	38
2.2.3 Obrigação de entregar de coisa incerta	41
2.3 A DEFESA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS.....	42
2.4 TUTELA INIBITÓRIA E SUA EFETIVIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS	45
2.4.1 A tutela inibitória coletiva do meio ambiente.....	46
2.4.2 A tutela inibitória na defesa dos direitos do consumidor.....	48
2.5 DIRETRIZ SEGUNDO A VISÃO DE GIUSEPPE CHIOVENDA.....	50
2.6 A BUSCA DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL.....	51
2.6.1 Efetividade e técnica processual	55
2.6.2 Efetividade e segurança	56
2.7 SENTENÇA INIBITÓRIA E EVOLUÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO	57
2.7.1 Classificação trinária das sentenças	59
2.7.2 Classificação quinária das sentenças	61
2.7.3 Sentença inibitória e sua característica mandamental	65
2.8 EXECUÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA E SUA EFICÁCIA REAL MEDIANTE OS MEIOS COERCITIVOS	66
2.9 <i>ASTREINTES</i>	69
2.9.1 Possibilidade de cumular as <i>astreintes</i> com a indenização	70
2.10 CRITÉRIOS PARA IMPOSIÇÃO DA MULTA.....	71
2.11 BENEFICIÁRIO DA MULTA.....	75
2.12 CONTROVÉRSIA ACERCA DA COBRANÇA DA <i>ASTREINTE</i>	78
3 DA TUTELA INIBITÓRIA AO CONTEMPT OF COURT	80
3.1 ORIGEM DO <i>CONTEMPT OF COURT</i>	85
3.2 MEDIDAS COERCITIVAS ADMISSÍVEIS	86
3.3 A QUEBRA DA TIPICIDADE DAS FORMAS EXECUTIVAS.....	87

3.4 USO DAS MEDIDAS COERCITIVAS DIRETA, INDIRETA E SUB-ROGAÇÃO...	89
3.5 CRITÉRIOS NA FASE EXECUTIVA NAS TUTELAS INIBITÓRIAS.....	92
3.6 CABIMENTO DA PRISÃO COMO MEDIDA COERCITIVA.....	94
3.7 BASE POSITIVISTA DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.....	102
3.8 DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL E A SENSÇÃO DE IMPUNIDADE.....	103
3.9 DO DESCUMPRIMENTO POR AGENTE PÚBLICO	105
3.10 EFETIVIDADE JURISDICIONAL COERCITIVA	107
CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS.....	114

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é verificar efetividade das medidas coercitivas nas tutelas inibitórias, vez que em muitos casos a multa pecuniária mostra-se ineficiente para pressionar o réu. Visando a alterar entendimento da jurisprudência atual, também objetivou analisar instituto aceito pela *common law* que tem como fundamento manter a ordem no judiciário e evitar o desacato à Corte, instituto nomeado como *contempt of Court*. O acesso à justiça é garantia constitucional no nosso ordenamento jurídico. Para tanto, deve-se levar em consideração a atual situação da sociedade, evoluindo nos moldes em que, fazer justiça, realmente seja o cumprimento e efetividade da ordem judicial.

Todas pessoas que necessitam socorrer-se da justiça sabem que o Poder Judiciário passa por um momento de baixa credibilidade. Tal situação decorre do fato das pessoas não conseguirem efetividade na prestação jurisdicional, ou como diz o ditado popular: “ganha, mas não leva”, pois o réu, quando recebe uma sentença mandamental, dificulta ao máximo o cumprimento da obrigação.

Nem sempre a aplicação da multa como medida coercitiva gera o resultado esperado, confirmando que a *astreinte* aplicada é ineficaz pelo simples fato do réu não se sentir coagido. Em outras palavras, mesmo que o juiz aplique uma *astreinte* diária, o réu irá verificar a viabilidade de descumprir o mandamento judicial de acordo com o prejuízo que a multa aplicada lhe trará. É comum o descumprimento da ordem judicial, assim como o não pagamento da multa coercitiva imposta. Tais atitudes resultam no descrédito do Poder Judiciário em decorrência da falta de força para prestar a função jurisdicional de forma efetiva após o reconhecimento do direito tutelado.

Na busca da efetividade jurisdicional de forma plena, no sentido de permitir o acesso à ordem jurídica justa, faz-se necessário o estudo aprofundado das tutelas inibitórias analisando limites e efetividade no combate à violação da ordem jurídica, principalmente aos direitos fundamentais.

Nos casos das tutelas inibitórias, o Estado-juiz profere uma sentença mandamental, porém, o responsável, sempre que possível, desafia o Poder Judiciário, dificultando ao máximo o cumprimento da ordem.

Visando a uma prestação jurisdicional mais efetiva e célere, foi aprovado o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15. Lamentavelmente o novo Código

não trouxe medidas coercitivas fortes capazes de dar o grau de satisfatividade esperado pelo jurisdicionado. É necessário evoluir o sistema processual civil de acordo com as mudanças sociais, dando resposta rápida e efetiva, principalmente quando se tratar das tutelas inibitórias onde a jurisdição deve ser imediata para evitar o ilícito.

Buscando aplicar o instituto *contempt of Court* no ordenamento jurídico brasileiro de forma abrangente, será demonstrada a importância da efetividade imediata na tutela preventiva, impedindo que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia, por meio de uma inconcebível expropriação de direitos fundamentais.

Embora entendimentos diversos, é de suma importância a busca pelo cumprimento dogmático das tutelas inibitórias, evitando descumprimento da ordem judicial e desacato ao Poder Judiciário. Porém, mesmo com diversas medidas coercitivas aceitas pela jurisprudência atual no ordenamento jurídico pátrio, a problemática encontra-se no alto índice de inadimplemento das tutelas inibitórias.

Destaca-se a importância nas ciências sociais para uma evolução dos direitos e obrigações perante o Poder Judiciário de acordo com a evolução social. É necessário mesclar direitos fundamentais para prestação da jurisdição perfeita, fazendo valer unicidade do poder do Estado.

Há que se verificar proporcionalidade da medida coercitiva para buscar rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre significado da intervenção para o atingido e objetivos perseguidos pelo legislador.

A rigor, a prisão é permitida apenas no casos de alto potencial lesivo para a sociedade, mas no entanto, diversos ordenamentos jurídicos aceitam como medida coercitiva, como por exemplo os Estados Unidos, com seu sistema mais liberal.

A proposta do presente trabalho é polêmica pelo fato do Brasil adotar postura voltada para garantia dos direitos humanos; porém, para quem estuda o processo civil, é de suma importância discutir meios do Poder Judiciário prestar jurisdição no sentido literal, de forma efetiva e de acordo com a necessidade de cada tutela do direito substancial.

O artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, veda prisão civil por dívidas e dispõe “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação

alimentar.”. Acontece que, ao contrário do referido artigo, se o entendimento for voltado ao positivismo, a prisão pelo descumprimento da ordem judicial tem embasamento legal no Código Penal no artigo 330 que se refere ao crime de desobediência. Porém, se for analisada de forma contemporânea que busca a efetividade jurisdicional de maneira ampla, sem afastar os princípios básicos, a prisão também é aceitável como forma de pressão psicológica nas sentenças mandamentais, proferidas nas tutelas inibitórias. Portanto, não se trata de prisão civil em nenhuma das hipóteses. Neste sentido, por mais que a prisão seja para punir a desobediência de determinada mandamento judicial, a mesma tem caráter didático, pois a intenção não é prender a parte indiscriminadamente e sim deixar claro que se a obrigação não for cumprida conforme determinada, poderá incorrer nos meios coercitivos aplicados pelo juiz, seja multa diária ou, em casos extremos, prisão coercitiva.

Com a evolução processual, é necessário que doutrinadores e julgadores estejam abertos para novas técnicas do direito contemporâneo. Todavia, a jurisprudência não se mostra disposta a alterar entendimento acerca da prisão como medida coercitiva para a parte que não cumprir a ordem judicial imposta nas tutelas inibitórias.

Busca-se firmar entendimento de que juiz tem capacidade e autoridade para aplicar as *astreintes* ou até mesmo para, em caso de desacato ao mandamento judicial, determinar a prisão coercitiva ou até mesmo de cunho penal, mediante encaminhamento dos documentos ao Ministério Público para que siga rumos processuais penais. Frisa-se que, pelo fato do crime de desobediência ser de caráter permanente, enquanto a ordem mandamental não for cumprida, o réu estará em flagrante delito e poderá sofrer, inclusive, prisão preventiva.

Embora este estudo tenha a ousadia de ir na contramão do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é de suma importância a busca pelo cumprimento das tutelas inibitórias nos exatos termos, evitando desacato ao Poder Judiciário.

O trabalho é desafiador ao tratar de tema importante nas ciências sociais para evolução dos direitos e obrigações. O destaque está na efetividade das tutelas inibitórias, sem deixar de lado demais princípios constitucionais, assegurando direito fundamental de acesso à justiça à todos e ordem jurídica justa. Foi realizado levantamento de diversos materiais sobre as normas existentes no Código de Processo Civil, bem como nas doutrinas mais respeitadas do direito moderno. O

método utilizado foi dedutivo a par com pesquisa bibliográfica e também documental, com julgados do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça.

1 JURISDIÇÃO E PODER SOBERANO DO ESTADO

Antes de iniciar qualquer demanda, é necessário que a parte saiba para qual órgão estatal deverá endereçar. Este órgão capaz de julgar e buscar efetividade é revestido de jurisdição, devendo aplicar norma editada ao caso concreto. É função da soberania do Estado.

Segundo a doutrina de Giuseppe Chiovenda¹, jurisdição é

Função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

Dissemos, antes de tudo, que a jurisdição é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função da soberania do Estado.

A soberania é o poder inerente ao Estado, quer dizer, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas esse poder único insere três grandes funções: a *legislativa*, a *governamental* (ou administrativa) e a *jurisdicional*.

Ovídio Araújo Batista da Silva², citando a doutrina de Carnelutti, conceitua.

Segundo CARNELUTTI (*Sistema del diritto processuale civile*, 1º vol., 1936, pág. 131 e segts.), a jurisdição consiste na *justa composição da lide*, mediante sentença de natureza declarativa, por meio da qual o juiz *dicitus*; daí porque, segundo ele, não haveria jurisdição no processo executivo (pág. 132)

De acordo com esta concepção, largamente difundida no Brasil, a jurisdição pressupõe um conflito de interesses, qualificado pela pretensão de alguém e pela resistência de outrem. Tal é o conceito de *lide* na doutrina do mestre italiano. Sem haver lide, não há atividade jurisdicional. A jurisdição é um serviço organizado pelo Estado com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesses das mais diferentes espécies, abrangendo não só os conflitos de natureza provada, mas igualmente as relações conflituosas no campo do direito público.

Para a doutrina, jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este substitui titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar pacificação do conflito que os envolve, sempre com justiça. Essa pacificação é feita mediante atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em

¹ CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas, Bookseller: 1998, v. 1, p. 8-9.

² SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil : processo de conhecimento**, v. 1, 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 32-33.

concreto para ser solucionado; o Estado desempenha esta função sempre mediante processo.

A atividade jurisdicional é exercida no Poder Judiciário por meio dos juízes, desembargadores e ministros, devendo estes aplicarem as leis de acordo com a lide.

O juiz, na qualidade de representante do Estado, tem poder para conhecer e decidir a lide; determinar que o vencido cumpra a decisão nos exatos termos; documentar todos os atos processuais.

Na doutrina há duas teorias acerca de jurisdição. Para melhor compreensão, Alexandre Freitas Câmara³ ensina

Segundo os defensores da teoria unitária do ordenamento jurídico, as leis materiais (como por exemplo, o Código Civil) não são capazes de, por si sós, gerar direitos subjetivos. Segundo essa teoria, as normas jurídicas materiais somente conseguem criar expectativas de direitos. Assim é que, para a teoria unitária do ordenamento jurídico, cabe ao Estado-juiz, através do exercício da função jurisdicional, criar o direito subjetivo antes inexistente. A sentença, assim, teria a função de criar direitos substanciais. Para os defensores dessa concepção, a lide decorre da incerteza existente em razão da inexistência de direito subjetivo antes da sentença. Esta teria, então, a função de criar o direito substancial, o que teria como consequência a composição do litígio.

De outro lado, para a teoria dualista do ordenamento jurídico, o Estado não cria direitos subjetivos quando exerce a função jurisdicional. Esta se limitaria ao reconhecimento de direitos preexistentes, razão pela qual essa teoria é conhecida também pelo nome de teoria declaratória. Para os defensores dessa concepção, a norma jurídica cria o direito substancial, limitando-se o Estado, no exercício da jurisdição, a atuar a vontade da norma, aplicando-a no caso concreto.

Dentro da consideração conclusiva sobre conceito de jurisdição de Ovídio Araújo Batista da Silva⁴, é possível notar características da jurisdição.

Depois dessa breve exposição das principais teorias sobre o conceito de jurisdição, cremos que as notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função. O juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade

³ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual Civil**: v. 1. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 80.

⁴ SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil : processo de conhecimento**, v. 1, 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 40.

específica de sua função *tendo a lei por limite de sua ação*, cujo objetivo não é a aplicação simplesmente da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, *segundo o direito objetivo*; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de *terceiro imparcial* em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que por meio de sua atividade o tutela.

Em relação ao poder soberano do Estado, Ovídio Araújo Batista da Silva⁵ anota

Outra nota peculiar à jurisdição, capaz de confirmar que ela em verdade é uma enquanto função do Estado, é a circunstância de ser o seu exercício soberano e exclusivo, qualquer que seja o órgão jurisdicional a que a lei haja conferido competência, ainda que este se encontre em posição de rigorosa inferioridade na escala hierárquica em que se dividem os órgãos do Poder Judiciário.

Tendo em vista a doutrina acima, conclui-se que jurisdição possui algumas características básicas, como substituição da atividade das partes para o Estado, uma vez que esse possui monopólio da jurisdição; imparcialidade que o Estado-juiz deve ter ao julgar a lide; e existência de lide em que alguém tem pretensão, porém, é importante frisar que nem toda lide possui conflito, assim, para haver jurisdição, é necessário lide e não conflito.

Além das características, a jurisdição possui alguns princípios básicos, como inércia da jurisdição. O novo Código de Processo Civil manteve este princípio como basilar ao direito processual civil. Para Cassio Scarpinella Bueno, este princípio deve ser compreendido no sentido de que tudo aquilo que, na perspectiva do direito material depender de iniciativa do interessado, deve também, na perspectiva do direito processual civil, depender dela.⁶

O artigo 3º do novo Código de Processo Civil⁷ traz princípio do acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição, lembrando o disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, pela qual a lei não poderá excluir da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça de direito.

Assim como o direito de ação, a parte, após provocar o Estado, deverá

⁵ SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil : processo de conhecimento**, v. 1, 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 48.

⁶ BUENO, C. S. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 43.

⁷ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

receber tutela jurisdicional, não sendo possível que o Estado-Juiz subtraía-se da função jurisdicional. Mesmo que haja lacuna na lei, o magistrado deverá proferir decisão baseada nos dispositivos legais para justificar seu entendimento. Portanto, a lei não pode impedir que o Judiciário julgue qualquer lesão ou ameaça a direito, muito menos poderá o magistrado abster-se de apreciá-la, quando invocado.

O novo Código de Processo Civil trouxe exceções nos parágrafos⁸ que tratam da arbitragem e dos "meios alternativos de resolução de conflitos". Assim, Bueno⁹ garante que são plenamente compatíveis com o referido princípio e devem ser - como, felizmente são - incentivadas pelas leis processuais civis e também pelo novo CPC. A audiência obrigatória de conciliação ou mediação serve como prova da afirmação.

Outro princípio da jurisdição previsto pelo novo Código de Processo Civil está inserido no artigo 4º¹⁰, garantindo a prestação jurisdicional em tempo razoável e de forma satisfativa.

O art. 4º reproduz, no plano infraconstitucional, o "princípio da economia e eficiência processuais" constante do art. 5º, LXXVIII, da CF, incluído pela EC n. 45/2004.

A expressa menção a "atividade satisfativa" é digna de destaque para evidenciar que a atividade jurisdicional não se esgota com o reconhecimento (declaração) dos direitos, mas *também* com a sua concretização. Até porque, nos casos de título executivo *extrajudicial*, o que o exequente busca perante o Estado-juiz é a *satisfação* do seu direito e não o reconhecimento de que ele existe.¹¹

Visando a um modelo de processo cooperativo, os artigos 5º e 6º do novo Código de Processo Civil¹² trata, respectivamente, dos princípios da boa-fé objetiva e da cooperação. Tais dispositivos foram inspirados pelo modelo constitucional

⁸ § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁹ BUENO, C. S. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 43

¹⁰ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹¹ BUENO, C. S. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 44.

¹² Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comporta-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

pretendendo dar maior efetividade à tutela jurisdicional. Acontece que, conforme será demonstrado no decorrer do estudo, cabe ao juiz determinar o quanto necessário para solução da lide.

O Estado exerce jurisdição por seus órgãos constitucionalmente definidos e essa função é exercida por agentes políticos. Atuação é exercida pelo juiz em localidade específica.

Diante da jurisdição, é necessário respeitar princípios da isonomia¹³ e do contraditório¹⁴, previstos no artigo 7º do novo Código de Processo Civil e 10º do mesmo *codex*.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, LIII que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Também no inciso XXXVII que "não haverá juízo ou tribunal de exceção". Assim, jurisdição só poderá ser exercida pelos órgãos constitucionalmente legalizado. A doutrina tem este princípio fundamental como um dos mais importantes da administração da justiça.

O artigo 13 do novo Código de Processo Civil é de grande importância; dispõe que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte. Aqui vale adiantar discussão sobre cabimento da prisão em caso de descumprimento ao mandamento judicial. O Brasil é parte de alguns tratados, mas Constituição Federal, Código de Processo Civil, Supremo Tribunal Federal e tratados vedam apenas prisão civil em caso de dívida, deixando liberada a prisão como medida coercitivas nos casos das tutelas inibitórias.

A atividade jurisdicional do Estado deve ser prestada por atividade preexistente ao fato, ficando vedado tribunal de exceção. O magistrado, como pessoa humana, deve ser imparcial às partes, ou seja, não pode estar impedido e nem ser suspeito.

¹³ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

¹⁴ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

1.1 ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

Na visão tradicional do processo civil até pouco tempo atrás, a jurisdição possuía finalidade de servir como instrumento do direito material. A partir daquele entendimento, a doutrina possuía duas ramificações. A primeira sustentava que o escopo da jurisdição era o de atuar conforme vontade concreta da lei, sendo a segunda sustentada pelo entendimento de que a sentença colocava fim a lide. Acontece que nenhuma dessas posições tratava da utilidade do sistema processual perante a sociedade.

Acerca das posições acima, Cândido Rangel Dinamarco¹⁵ ensina que

Por serem estritamente jurídicas - embora antagônicas nas colocações propostas - essas duas posições metodológicas favoreciam o dogma da *natureza técnica do processo* como instrumento do direito material, sem conotações éticas ou deontológicas, além de dificultar a valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos. Constituem conquistas das últimas décadas a perspectiva sócio-política da ordem processual e a valorização dos meios alternativos. A descoberta dos *escopos sociais e políticos do processo* valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes que antes estavam excluídos de sua preocupação.

O bem-comum é a busca social contemporânea. Assim, o escopo da jurisdição é solução dos conflitos devidamente garantida pela Constituição Federal, também conhecida por justiça.

A concepção instrumentalista do processo ensina que a jurisdição possui três finalidades: (a) escopo jurídico; (b) escopo social e (c) escopo político.

1.1.1 Escopo jurídico

No escopo jurídico, tem-se a atuação da vontade concreta do direito. Para Cândido Rangel Dinamarco¹⁶:

É de suma importância e vital relevância na técnica processual a

¹⁵ DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 130.

¹⁶ Idem. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 177.

definição do modo como o processo e seus resultados repercutem no sistema jurídico; além disso, as fórmulas mais conhecidas, através das quais se tentou a definição teleológica do processo, constituem acima de tudo pronunciamentos acerca da função que o processo desempenha perante o direito e na vida dos direitos.

O escopo jurídico é aquele que, por meio do processo, produza decisões, títulos executivos e coisa julgada.

É de conhecimento público que o juiz não pode exercer função jurisdicional sem que haja provocação. A tratativa do tema no viés jurídico instrui a população a buscar garantia e efetividade dos direitos lesados ou ameaçados. Para Câmara¹⁷

Escopo jurídico da função jurisdicional é a própria atuação da vontade concreta do direito objetivo. O Estado, ao exercer a função jurisdicional, tem por finalidade manter íntegro o ordenamento jurídico, atuando a vontade das normas nos casos concretos que lhe seja, levados por aqueles que se consideram titulares de direitos lesados ou ameaçados de lesão.

A relação entre processo e direito é de caráter dúplice, vez que o processo é constituído por meio de normas de direito. Estas normas determinam como jurisdição deve ser exercida e como processo deve ser conduzido.

1.1.2 Escopo social

O escopo social busca eliminar conflitos e promover conhecimento dos direitos próprios e alheios por meio da justiça e educação.

Eliminar os conflitos por meio da justiça significa que o Estado chegará ao julgamento justo e esperado pela sociedade. Por esse aspecto, função jurisdicional e legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambos: a paz social.

Direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos. Câmara¹⁸ leciona que tal pacificação, porém, deve ser feita com justiça.

¹⁷ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual Civil**: v. 1. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 92.

¹⁸ Idem. Ibidem.

Ao tratar acerca do escopo social como meio de pacificação, Dinamarco¹⁹ afirma que

A consciência do escopo social de pacificação mediante a eliminação de conflitos e insatisfações é um dos fatores que levam o Estado-de-direito a proibir o exercício espontâneo da jurisdição. A tutela jurisdicional que o juiz se disporia a dar sem a iniciativa de parte poderia ser desprovida de utilidade, na medida de sua incidência sobre situações que não estivessem sendo motivo de angústias e tristezas ao possível titular de direitos. Ou poderia até fomentar conflitos que, apesar de algum direito violado ou obrigação descumprida, ainda estivessem latentes e portanto não constituiriam um inconveniente social. A mais clara manifestação da existência de insatisfações socialmente inconvenientes é o comparecimento a juízo para propor uma demanda com o pedido de remoção do incômodo que elas significam para o sujeito.

A educação é outro fator importante no viés do escopo social. Uma população mais instruída resulta na busca dos seus direitos por meio da jurisdição estatal. Nesse aspecto, Dinamarco²⁰ aduz

Sempre no plano das relações sociais, o exercício continuado e correto da jurisdição constitui elemento de valia, no sentido de educar as pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus.

As demoras da justiça tradicional, seu custo, formalismo, a insensibilidade de alguns aos verdadeiros valores e ao compromisso com a justiça, a mística que leva os menos preparados e leigos em geral ao irracional temor reverencial perante as instituições judiciárias e os órgãos da Justiça - eis alguns dos fatores que ordinariamente inibem as pessoas de defender convenientemente seus direitos e interesses em juízo e conseqüentemente acabam por prová-las da tutela jurisdicional. Onde a Justiça funciona mal, transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela.

Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar os Estados a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar membros desta para Direitos e obrigações.²¹

Não basta o escopo social por meio da pacificação e educação se não houver justiça funcional. É de extrema importância que o Estado esteja pronto para

¹⁹ DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

²⁰ DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009, 133.

²¹ Idem. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 162.

oferecer prestação jurisdicional para todos os conflitos provocados pelas partes. Somente população educada e instruída com seus direitos e obrigações, juntamente com Estado preparado, podem dar confiança ao Judiciário.

1.1.3 Escopo político

Não há como deixar de citar o escopo político, pois a Justiça está ligada ao Estado e este, por sua vez, está diretamente ligado à política.

O escopo político tem como base o incentivo, por meio do Estado, na participação democrática com a tutela das liberdades públicas por meio dos remédios constitucionais.

Para Cândido Rangel Dinamarco²²

São fundamentalmente três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para seu ordenamento jurídico, posição 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 as quais ele se exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos por si mesmo ou através de associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a missão jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na Democracia, para a estabilidade das instituições.

Câmara²³ define o escopo político em três vertentes.

O primeiro dos escopos políticos da jurisdição é a afirmação do poder estatal. O Estado precisa afirmar seu poder para se sustentar, sendo certo que sem o poder que está por trás de todos os atos e provimentos do Estado este não teria condições de impor condutas aos jurisdicionados. Ao afirmar o seu poder, o Estado garante os meios necessários para alcançar todos os seus outros escopos. O segundo escopo político, culto às liberdades públicas, faz ver que ao exercer a função jurisdicional o Estado tem como um de seus objetivos assegurar a observância dos direitos fundamentais dos

²² DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 198-199.

²³ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual Civil**: v. 1. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 94.

jurisdicionados. A palavra "liberdade", aqui empregada, não deve ser entendida apenas como liberdade de ir e vir, ou liberdade de expressão. O termo "liberdade" é empregado aqui no sentido mais amplo que pode ter, significando garantia fundamental. Liberdades públicas: estas é que devem ser asseguradas pelo Estado-juiz no exercício da função jurisdicional. Trata-se de uma limitação do poder estatal, o qual não pode ser absoluto, sob pena de se contrariarem os cânones do Estado Democrático de Direito.

Por fim, o terceiro escopo político da jurisdição, permitir a participação do jurisdicionado nos destinos da sua sociedade, que está à base de instrumentos como a ação popular (em que tal participação é deferida diretamente aos cidadãos) e a ação civil pública (em que tal participação se faz através de associações e instituições de defesa dos interesses da sociedade, como o Ministério Público). A participação da sociedade na fixação de seus destinos (além da interferência da sociedade na própria gestão do Estado por aqueles que exercem o poder) é essencial para a caracterização de um Estado como Democrático de Direito. A democracia sem participação direta da sociedade civil, em que o poder é exercido exclusivamente pelos detentores dos cargos e funções públicas, é uma forma ultrapassada de regime político, que não se coaduna com as determinações constitucionais.

Apesar da soberania do Estado, a liberdade é outro escopo político. Mesmo com autoridade estatal, as liberdades públicas individuais não podem ser reguladas, como por exemplo, democracia na participação e manifestação do voto.

1.2 JUSTIÇA E SEU DEVER-SER, SOB A ÓTICA DE HABERMAS

Justiça, na forma mais pura e simples, significa manter a ordem no âmbito social, resguardando direitos em sua forma legal. É definida por meio do princípio da igualdade entre todos, distinguindo o que é justo e correto.

A estátua com os olhos vendados é o principal símbolo da justiça, pois significa que princípios constitucionais de todos são iguais perante a lei e têm iguais garantias legais.

Para Jurgen Habermas²⁴, a justiça é interessante e deve partir da distinção entre três possíveis usos da razão prática: o uso pragmático, o uso ético e o uso moral.

No caso de conflitos de ação, quando se impõem determinados problemas que precisam ser enfrentados cooperativamente ou solucionados consensualmente, uma coletividade é confrontada com

²⁴ HABERMAS, J. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 199-200.

a pergunta: "O que devemos fazer?". O tratamento racional dessas questões exige uma formação da opinião e da vontade que leva a resoluções fundamentadas sobre a perseguição de fins coletivos e sobre a regulamentação normativa da convivência. No primeiro caso, a coletividade se compreende como um quase-sujeito capaz de agir teleologicamente; no segundo, como uma comunidade de indivíduos que se entendem sobre o comportamento que eles podem esperar legitimamente uns dos outros. Tão logo se introduz o código do direito e do poder, as consultas e decisões assumem a figura diferenciada de uma formação política da opinião e da vontade. De um lado, a coletividade que delibera e conclui distancia-se daquelas partes ou instâncias que trabalham para ela, isto é, que podem realizar e aplicar membros da sociedade se transforma numa coletividade de parceiros do direito, os quais, enquanto cidadãos, exercitam sua autonomia no interior de um sistema de direitos carente de interpretação e de configuração. O direito confere uma forma determinada não somente às normas reguladores de conflito; ele também impõe certas restrições à realização de fins coletivos. Os programas traduzidos para a linguagem do direito às vezes têm a forma de lei (leis de comando, de governo, leis para casos singulares, leis para medidas), ou se atrelam ao direito vigente.

Para Habermas, o "dever" permanece vago enquanto o problema que surge e o aspecto sobre o qual deve ser resolvido não forem determinados mais precisamente. Os participantes fazem cada vez um uso diferente da razão prática e a cada um deles corresponde um tipo diferente de discurso. Para explicitar esses aspectos toma como fio condutor os questionamentos pragmáticos, éticos e morais.²⁵

Revelando necessidade de julgamento com justiça, Habermas afirma que

Em discursos pragmáticos, nós examinamos se as estratégias de ação são adequadas a um fim, pressupondo que nós sabemos o que queremos. Em discursos ético-políticos, nós nos certificamos de uma configuração de valores sob o pressuposto de que nós ainda não sabemos o que queremos *realmente*. Em discursos desse tipo, é possível fundamentar programas, na medida em que eles são adequados e, num sentido amplo, bons para nós. No entanto, uma boa fundamentação precisa levar em conta um outro aspecto - o da justiça. Antes de querer ou aceitar um programa, é preciso saber se a prática correspondente é *igualmente* boa *para todos*. Com isso desloca-se, mais uma vez, o sentido da pergunta: "o que devemos fazer?".²⁶

²⁵ HABERMAS, J. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 200.

²⁶ Idem. *Ibidem*, p. 202

A definição apresentada por Habermas é que o agir é orientado por fins. Nele, o que impulsiona e determina a ação é o resultado que o sujeito pretende obter. Assim, quando a razão prática toma esta direção, não se questiona a respeito do conteúdo ético ou moral do agir; o que a motiva é apenas obter determinado resultado para fins propostos validamente para a vida.

As partes podem aderir ao contrato por livre e espontânea vontade, porém, sabem que em caso de inadimplemento, ficarão sujeitas ao poder soberano do Estado em dar eficácia e efetividade ao contrato firmado.

Entender a justiça como equidade é afirmar que as partes não possuem interesses alheios e possuem situação inicial racional. A igualdade e equidade sob prisma do contratualismo beneficia todos. Trata-se de um modelo de governo baseado pelo princípio que garante liberdade, acesso à ordem jurídica justa, bem como igual distribuição de direitos e deveres à todos.

1.3 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Após a Segunda Guerra Mundial, a preocupação era acerca dos rumos da prestação jurisdicional, vez que era necessário medida mais efetiva, justa e célere que garantisse direitos violados ou que estavam apenas sofrendo ameaças. Era necessário que justiça atingisse todos os níveis sociais e que pudesse resolver todos os conflitos nos termos da lei vigente.

O que não era estudado pelos doutrinadores começou a ter um importante papel na ciência jurídica, ou seja, a garantia do acesso a justiça por qualquer cidadão por meio do processo judicial.

Assim, quanto mais divulgado o acesso ao judiciário, mais a população passou a ter noção dos seus direitos garantidos por lei, e por óbvio, começaram a exigir prestação mais efetiva do Estado por meio do Poder Judiciário.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, tratou do acesso à justiça no artigo 5º, XXXV ao dispor: "A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito."

A garantia constitucional deve ser interpretada com mais profundidade, pois não se pode confundir acesso à justiça com direito de ação. Nesta última, o cidadão é titular do direito de ingressar com ação e que o processo se desenvolva da melhor forma possível, devendo o magistrado apreciar a pretensão do autor e também a

defesa do réu, respeitando o princípio constitucional básico do contraditório. Já acesso à justiça, também como princípio constitucional, é garantia da ordem jurídica justa, sendo que as normas constitucionais deverão ser respeitadas, tais como celeridade, igualdade entre as partes e, por fim, decisão justa que represente o melhor direito.

Atualmente, o maior desafio dos tribunais é reduzir o tempo de cada processo, pois a morosidade atual é algo que prejudica e faz a população não acreditar mais no Poder Judiciário. Em determinados casos, a lentidão faz com que decisões judiciais não surtam efeitos desejados, o que deve ser tratado com certa preocupação. Por outro lado, o juiz, na qualidade de representante do Estado, deve respeitar o princípio do devido processo legal, o contraditório e o equilíbrio entre as partes. Sendo assim, o magistrado tem papel importante no desenrolar processual, cabendo-lhe decisão sobre atos que violam garantias processuais, podendo, inclusive, remover óbices ao acesso à ordem jurídica justa.

1.4 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DIANTE DA EVOLUÇÃO SOCIAL ATÉ A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DAS TUTELAS INIBITÓRIAS

Ao contrário do sistema processual atual, não havia divisões de ramos do Direito, legisladores da época não atentaram para normas processuais. Nesse sentido aduz Câmara²⁷ que, nesta fase, não se pode falar propriamente em direito processual, o que se faz por mera comodidade. Assim como nos dias atuais, sociedades de antigamente também tinham necessidade de se organizarem para evitar ilegalidade, buscando, por meio das suas normas, manter a justiça com a maior efetividade possível. Importante frisar que inicialmente a efetividade era realizada por meio da autotutela, o que não é permitido atualmente. E quanto mais a sociedade ficava insatisfeita pela resistência da outra parte, maior era a necessidade de se criar um meio eficiente para a pacificação dos conflitos. Assim, o processo surgiu em decorrência lógica à concessão de direitos e imposição de obrigações aos povos, tendo em vista que apenas com processo previamente ordenado se poderia alcançar efetividade na resolução dos problemas. Após editarem as primeiras regras

²⁷ CÂMARA, A. F. **Lições de direito Processual Civil**, 9ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003, p. 8.

sobre a conduta de toda a sociedade para solucionar conflitos civis e penais, foi necessário nomear autoridade de confiança e que fosse imparcial para julgar e dar eficácia necessária à ordem. A partir daí surgiram as primeiras instruções sobre o que, futuramente, viria a ser conhecido como direito processual.

Inicialmente, o Brasil era regido pelas normas processuais das Ordenações Filipinas que vigorou até o século XX, sendo que em 1850 foi editada a primeira grande norma processual, ficando conhecida como Regulamento 737. O Regulamento 737 objetivava manter a ordem do juízo no processo comercial. Destacou-se pela relação à economia e simplicidade do procedimento.

João Bonumá²⁸ aborda que

O Regulamento 737, pelo tempo em que foi promulgado e pela influência que exerceu na formação de nosso processo, constitui o mais alto e o mais notável monumento legislativo processual do Brasil. Reformulou profundamente o processo anterior, simplificando-lhe os termos, sem diminuir-lhe em nada as garantias das fórmulas processuais, e, por tal maneira o fez que, ainda hoje, quase um século após, mudadas muitas vezes as condições sociais e políticas do país, não foi possível elaborar um código processual civil que não fosse, em grande parte, calcado sobre os dispositivos do sábio regulamento.

O Regulamento 737 preocupou-se com o instituto da adjudicação dos bens penhorados, mas deu pouca importância à efetividade jurisdicional dos demais institutos.

A Proclamação da República colocou fim ao período imperial e com isto o Governo tratou de providenciar algumas mudanças imediatas. Uma delas foi autorizar aplicação do Regulamento 737 nos processos cíveis. Já em 1890, visando a formalizar mudança, foi promulgado o Regulamento 763, que ampliava a aplicação do Regulamento 737 para atingir questões cíveis.

Além do modelo federativo e dualidade de justiça - União e Estados - serem impostos na Constituição Federal de 1891, foi criada também a dualidade de processos, dando poderes para legislar à União e também aos Estados. Por isso, tinha-se o direito processual nacional e também estaduais, estes baseados no modelo federal.

Com autorização aos Estados poderem legislar acerca das matérias processuais, em 1915 foi editado o primeiro o Código Processual no Estado da

²⁸ BONUMÁ, J. **Direito Processual Civil**. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1946, p. 230.

Bahia. Legisladores não estavam preparados e capacitados para criar códigos estaduais mais avançados, por isso houve impedimento do avanço na matéria estadual.

Após o fracasso da Constituição Federal de 1891 ao criar dualidade de processos entre União e Estados, a Constituição promulgada em 1934 atribuiu, primordialmente, poderes à União para legislar acerca da legislação processual. Assim, a União passou a ter competência privativa para legislar sobre normas processuais, ficando os Estados apenas com competência supletiva, restabelecendo a unidade processual no ordenamento jurídico nacional. Em decorrência dessa nova competência legislativa, a União editou o decreto-lei nº 1.608/39 e o Código de Processo Civil que passou a ser desde então aplicável em todo o território nacional. Assim, com o retorno da competência apenas à União para legislar acerca da matéria processual, foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939.

Vale notar que o legislador de 1939 já apresentava preocupação com a ideia do “acesso à justiça” em relação à efetividade processual, mostrando, inclusive, que essa não era exclusividade do Brasil. Ao apresentar a Exposição de Motivos²⁹, frisasse o seguinte trecho, *in verbis*

O processo era mais uma congerie de regras, de formalidades e minúcias rituais e técnicas a que não se imprimira nenhum espírito de sistema e, pior, a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito. Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, que é o de tornar precisa, em cada caso a vontade da lei, e de assim tutelar os direitos que os particulares deduzem em juízo, o processo caíra de sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas, e os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem ocorre em defesa do próprio. O processo em vigor, formalista e bisantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces.

O discurso atual é o mesmo de quase 80 anos atrás, ou seja, a preocupação do legislador em barrar protelação processual não é novidade e muito menos prerrogativa da reforma processual ocorrida em 2015.

Outra tendência semelhante entre a Exposição de Motivos do Código de

²⁹ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em 06.01.2015.

1939 com a reforma de 2015 é dar mais efetividade por meio de conceder mais poderes ao juiz, bem como aumentando atuação dos conciliadores e também viabilidade do magistrado condenar de ofício o litigante de má-fé.

Mais uma vez, a evolução social obrigou o legislativo a alterar matéria processual para se adequar a nova realidade da sociedade, na década de 70, sendo promulgado o Código de Processo Civil que vigorou até 18 de março de 2016, data em que entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil, promulgado em 2015.

Percebeu-se que, apesar das inúmeras reformas que alteraram de forma significativa o Código de Processo Civil de 1973, ainda estava distante de cumprir sua principal função: promover pacificação social. O Estado, por via do Poder Judiciário, só atinge seu fim quando consegue entregar à parte que busca o direito, exatamente aquilo pretendido judicialmente, dentro dos parâmetros razoáveis da efetividade e celeridade, conceitos que tem deixado a desejar, por estarem distantes da realidade do atual processo civil brasileiro.

A inclusão do artigo 17 no Código de Processo Civil de 1973 tratou de questão importante, ao dispor que as partes procedam com lealdade e boa-fé; também a inserção do artigo 20, determinando atos que se enquadram como litigância de má-fé, para evitar condutas que afrontam a dignidade do Poder Judiciário.

Alterando o pensamento positivista, o Código de Processo Civil de 1973 não arrolou de forma taxativa provas aceitáveis. O legislador tratou a matéria das provas de maneira ampla, permitindo todos os meios legais de provas, ou seja, não apenas os especificados em lei, mas também aqueles moralmente legítimos.

Algumas reformas na legislação processual civil começaram logo após o primeiro ano da promulgação do Diploma de 1973. Além dos artigos corrigidos, diversas leis foram promulgadas contribuindo de forma direta para interesses ou direitos individuais, difusos e coletivos.

Sob ótica mais contemporânea, percebe-se que o legislador não se preocupou em dar maior efetividade ao ordenamento jurídico, principalmente no que tange às tutelas inibitórias. Contudo, a busca pela efetividade jurisdicional veio à tona apenas com a lei n.º 10.444/2002.

A lei n.º 8.952/94 alterou vários dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, em relação ao processo de conhecimento e ao processo cautelar. Uma das principais inovações foi inserção dos artigos 273, 461 e 461-A. O primeiro definiu e

regulamentou antecipação, total ou parcial, dos efeitos das tutelas pretendidas e os dois últimos instituíram tutela específica nos casos das obrigações de fazer, não fazer e entregar.³⁰ A inserção das chamadas tutelas inibitórias contribuíram de forma significativa para garantia dos direitos fundamentais. É por meio deste instituto que fica visível o poder soberano do Estado em interferir diretamente na vida do particular, mesmo contra a vontade deste último.

Uma das mudanças mais importantes ocorreu através da lei n.º 10.444/02 que alterou significativamente o processo de conhecimento e o de execução, que encerrou necessidade de iniciar nova execução após a sentença e deu início ao novo procedimento em que a parte vencedora deve requerer cumprimento da sentença perante o mesmo juízo, revelando-se mais célere a prestação jurisdicional.

Dinamarco leciona que o espírito das alterações, que é o da efetividade, possibilitou assimilação do processo como algo “dotado de bem definidas destinações institucionais e vocacionado a cumprir objetivos sociais, políticos e jurídicos”. Assim, o processo tem finalidade de dar a justiça a quem de direito, como instrumento de “bem-estar” da comunidade.³¹

O Regulamento 737 possui grande influência até mesmo no Código de Processo Civil atual. A evolução das normas é constante e vem ocorrendo desde antes da Era Cristã e perdura até os dias atuais, sempre com intuito de garantir a todos os litigantes uma prestação jurisdicional efetiva, célere e da forma mais justa para assim se aproximar, ao máximo, de seu fim: busca pela pacificação social.

Com toda alterações de 1973 e 2015, fica nítido que o legislador preocupasse cada vez mais com processo mais efetivo, oferecendo prestação jurisdicional justa de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.5 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O atual Código de Processo Civil foi promulgado no ano de 1973; a Constituição Federal vigente, em 1988, ou seja, a lei substantiva veio em momento posterior à legislação processual, por isso, alterações importantes ocorreram no sistema jurídico brasileiro.

³⁰ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm. Acesso em 07.01.2016.

³¹ DINAMARCO, C. R. **A reforma da reforma**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003B, p. 37.

A Constituição Federal de 1988 garantiu a tutela constitucional do processo, juntamente com instrumentos da jurisdição constitucional das liberdades. Para Dinamarco³², a “tutela constitucional do processo” está explícita na Constituição Federal, tendo por objetivo assegurar “processo justo e equo”. A “jurisdição constitucional das liberdades”, é assegurada na Constituição por intermédio dos remédios aplicáveis em circunstâncias determinadas, visando à garantia da liberdade constitucional, material e moral de todos.

O mandado de injunção e o habeas data também foram inseridos na Constituição Federal de 1988, como novos meios constitucionais para garantir o direito à liberdade. Ainda no campo processual, foi criado o Recurso Especial para encaminhar afrontas às leis ordinárias ao Superior Tribunal de Justiça.

Com a evolução do Direito, não era mais aceitável falar em singularidade da tutela jurisdicional, originada da cultura romana. Por isso, a Constituição Federal de 1988 inovou, mais uma vez, o cerne processual, permitindo propositura de ações na forma coletiva.

Ao entrar em vigor, o Código de Processo Civil de 1973 legitimava a parte apenas na qualidade individual, por entender que os efeitos da sentença atingiriam somente os litigantes. Acontece que a sociedade evoluiu e o individualismo vem perdendo cada vez mais espaço, devendo o Direito atender o indivíduo isoladamente, bem como a coletividade ou grupo determinado de pessoas, em único provimento jurisdicional. Para chegar a esta evolução jurídica, o Direito brasileiro foi influenciado pela cultura anglo-saxã e também pelo êxito da *class action* norte-americana.

Cassio Scarpinella Bueno³³ define o instituto da *class action* como

O procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado-juiz, portanto) não é plausível (até porque seu número poderia

³² DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 180.

³³ BUENO, C. S. **As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 07.01.2016.

chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência.

As tutelas coletivas não foram exclusividades da Constituição Federal promulgada em 1988. Estas foram antecedidas pela lei nº 7.347/85, que instituiu a Ação Civil Pública, com objetivo principal de zelar pelo meio-ambiente; mais tarde foi ampliado para garantir direitos consumerista, artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 possibilitou instrumentos a serem utilizados para defender tutelas coletivas. Neste cenário, pode-se citar possibilidade das entidades associativas representar em nome dos seus filiados, assim como sindicatos defender direitos da categoria, mediante representação administrativa ou judicial e por fim, ampliou legitimidade de individual para coletiva para impetrar o Mandado de Segurança.

Portanto, com todas estas modificações no âmbito processual, realizadas após promulgação da Constituição Federal de 1988, foi necessário realizar adequações ao Código de Processo Civil de 1973.

1.6 PONTOS RELEVANTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com promulgação da Constituição Federal de 1988 e diversas alterações constitucionais, não restou outra alternativa que não fosse um novo Código de Processo Civil, promulgado após quatro décadas de vigência do último.

A população clama por prestação jurisdicional mais efetiva, célere, ágil, por isso foi instituída comissão de juristas renomados para editar novo Código de Processo Civil. Ele tem como principal objetivo resgatar credibilidade no Poder Judiciário e fazer valer o princípio constitucional de justiça efetiva e ágil. Luiz Fux destaca que o Projeto manteve no seu texto institutos que obtiveram resultados positivos por meio do Diploma de 1973 e inseriu outros com objetivo de simplificar e dar coesão ao sistema, o que permite ao magistrado concentrar de forma intensa sua atenção no mérito da causa.

Destarte, a intenção é criar um processo mais rápido, mais justo e muito menos complexo. Por isso, foram traçados pela Comissão de Juristas, cinco objetivos na Exposição de Motivos³⁴:

³⁴ Disponível em www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em 07.01.2016.

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Assim, busca-se transformar prestação jurisdicional, deixando-a mais ágil e efetiva, resgatando respeito e credibilidade ao Poder Judiciário, com julgamento em tempo razoável.

O novo código conta com forte característica democrática e que, apesar de ter alterado diversos dispositivos legais, não trará tantas novidades, pois doutrina e jurisprudência já vêm manifestando posicionamentos em relação às mudanças.

Outra característica importante é tratar procedimentos processuais com menos burocracia, facilitando andamento processual e, conseqüentemente, celeridade e efetividade do mesmo. Mostra-se uma melhor aceitação do sistema americano, em que o positivismo não impera, mas sim confiança no Poder Judiciário.

Em relação aos prazos processuais, ficou determinado que os mesmos serão contados apenas em dias úteis. Se por um lado, o legislador pensou que não seria justo o operador do direito trabalhar aos finais de semana ou feriados, não acompanhou a evolução do processo eletrônico que facilita o acesso. A contagem de prazo em dias úteis mostra-se benéfica aos advogados, o que não convém às partes. Pelo ordenamento de 1973, os prazos tinham início e fim certos. Já na prática pelo novo Código de Processo Civil, se o juiz determinar que o réu faça determinada ação no prazo de 10 dias, o mesmo se beneficiará com mais 4 dias de prazo por conta dos finais de semana. O que poderá ser perigoso para garantir direito do autor. Em mais uma tentativa de torná-lo eficaz, o projeto previa o fim do efeito suspensivo ao recurso de apelação, sendo excluído pela Câmara dos Deputados por entender que as sentenças não produzem efeito imediato.

Ações repetitivas que possuem a mesma tese poderão ser reunidas para julgamento único. A alteração contribuirá para evitar a sobrecarga de trabalho realizado. Será necessário que o servidor público atente para não cometer

equivocos ao tentar reunir ações parecidas, pois poderá haver detalhes específicos em cada ação.

Por fim, o ponto chave do novo Código de Processo Civil é estimular a conciliação entre as partes. Não há efetividade maior do que o bom senso entre litigantes. Um processo moroso não é benéfico para ninguém, por isso o legislador pretende alterar a cultura da população e demonstrar que um acordo é sempre melhor que uma sentença e que poder gerar melhores resultados para ambas as partes.

De acordo com todas alterações na legislação, é nítida a busca por mais celeridade e efetividade; porém, não basta mudança de código se a estrutura não acompanhar, ainda mais na era digital.

2 TUTELA INIBITÓRIA

Muitos interesses e direitos não podem ser reparados por meio de pecúnia, por isso a tutela inibitória visa a garantir direitos que não podem ser reparados com precisão. Afirmar que todas as lides podem ser convertidas em perdas e danos nos remete ao tarifamento pecuniário dos direitos, visão que não tem cabimento no processo contemporâneo.

A preocupação do processo moderno é entregar ao titular do direito, antes o bem pleiteado do que um valor supostamente equivalente. A preocupação do processo civil, pelas tutelas inibitórias, é evitar lesão de difícil reparação. O estudo das tutelas inibitórias é de extrema importância no cenário jurídico, pois, se de um lado existe o interesse do Estado em tutelar o direito, do outro lado está liame entre descumprimento e meio coercitivo para o adimplemento. E no centro desta discussão surge controvérsia a respeito da aplicação ou não da tutela inibitória, bem como se a *astreinte* é aplicada em face do dano ou do descumprimento da ordem.

Procura-se estudar efetividade da aplicação das tutelas inibitórias para controle da prática de atos que não podem ser convertidos em pecúnia.

Importante frisar que a tutela inibitória não se volta contra o dano, mas tão somente quando há probabilidade de ocorrência do ilícito. Questiona-se, ainda, meios coercitivos para garantir direitos impossíveis de reparação monetária, bem como manutenção da ordem jurídica.

Processo é meio que se usa para buscar realização do direito material. Assim, para cada direito substancial existe tutela adequada. Para garantir direitos de conteúdo exclusivamente econômico, basta tutela ressarcitória para que a lesão seja reparada. Ao contrário dos direitos que podem ser reparados pelo ressarcimento monetário, os direitos de conteúdo não patrimonial não são capazes de ser reparados sem que seja por via de tutela específica adequada. Portanto, no ordenamento jurídica pátrio, existem direitos de conteúdo não patrimonial em que a única forma de preservá-los é pela prevenção imediata e definitivamente efetiva.

2.1 DINAMISMO DAS RELAÇÕES SOCIAIS COM AS GARANTIAS E DIREITOS POR VIA DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL

O artigo 14 acompanhou evolução e dinâmica das relações sociais e dos

fatos da vida, mostrando-se coerente com alterações anteriores do Código de Processo Civil. A criação de novas garantias e direitos visando a dar concreção às determinações e provimentos judiciais, tal como a tutela antecipada, exigia que se estabelecesse mecanismo que assegurasse o seu cumprimento, o que fora feito com a criação do novo parágrafo único do referido dispositivo.

Citando o direito liberal clássico diante dos poderes do Estado-juiz, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³⁵ lecionam

O direito liberal clássico, que evidentemente não concebia a intervenção do Estado na esfera dos particulares, refletiu-se na jurisdição, espelhando a figura de um juiz inerte, que deixava a sorte do processo unicamente às partes, sem nele poder interferir nem mesmo para determinar de ofício uma prova, quando tinha consciência de que a 'verdade' dos fatos estava sendo 'construída' pela astúcia ou em virtude de maior habilidade de uma das partes.

Já em relação a evolução para o Estado Social, continuam³⁶

Com o Estado Social intensifica-se a participação do Estado na vida das pessoas e, conseqüentemente, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das "regras do jogo", cabendo-lhe agora zelar por um 'processo justo', capaz de permitir: I) a justa aplicação das normas de direito material; II) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e não somente formal; e III) a efetividade da tutela dos direitos, com um maior zelo pela ordem no processo, com a repressão do litigante de má-fé, e com a determinação, a requerimento da parte, da tutela antecipatória, e da concessão de ofício, da tutela cautelar.

A lei nº 10.358/01, fez consignar no artigo 14, *caput*, a expressão “São deveres das partes e de todos aqueles que participam do processo” e inseriu em dito dispositivo um inciso, o de número V, no seguinte sentido: “Cumprir com exatidão provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”. Além disso, introduziu norma situada no parágrafo único do mesmo artigo 14 prevendo que o descumprimento do dever posto no inciso V constitui “ato atentatório ao exercício da jurisdição”, punível com multa de até 20% sobre o valor da causa, sem prejuízo de sanções criminais, civis e processuais. Assim, ficou com a seguinte redação.

³⁵ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2ª. ed. rev., at. e ampl. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 58.

³⁶ Idem. *Ibidem*, p. 59.

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Em relação a modificação do artigo 14 do Código de Processo Civil operada pela lei nº 10.358/01, percebe-se tendência processual de utilizar institutos característicos da *common law*, como por exemplo, a aplicação abrangente do *contempt of Court*.

É evidente que o objetivo principal de toda evolução processual é sempre buscar mais efetividade. O juiz não deve exercer função de mero expectador com sentença final. É necessário que participe ativamente de cada caso concreto na busca da verdade real e do julgamento exato por intermédio do justo meio. O princípio da igualdade entre as partes deve prevalecer, seja nas tutelas inibitórias, seja em qualquer outra modalidade de ação.

É óbvio que há uma grande diferença das tutelas inibitórias para as demais, vez que aquelas visam a prevenir ou cessar o ilícito de forma imediata, não sendo possível apenas a reparação posterior por meio de indenização.

Para Marinoni e Arenhart³⁷, é importante que o juiz aja de ofício quando em jogo a própria efetividade da sua função jurisdicional, determinando medida cautelar.

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil, percebe-se pequenas mudanças.

³⁷ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2ª. ed. rev., at. e ampl. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 61.

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos º, e º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

No que diz respeito sobre deveres das partes, dos procuradores e de todos aqueles que integram a lide, é certo que o artigo 77 do novo Código de Processo Civil traz um rol muito mais amplo e completo em comparação com o artigo 14 do código de 1973. A multa também foi detalhada com mais precisão, assim como responsabilização pessoal dos procuradores, defensores públicos e membros do

Ministério Público. Uma das novidades é imposição do dever de agir, como por exemplo, não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. No inciso V do artigo 14 do Código de Processo Civil de 1973, ficou determinado que provimentos mandamentais deveriam ser cumpridos com exatidão. Já no artigo 77 do Código de Processo Civil de 2015, o legislador substituiu provimentos mandamentais pelos jurisdicionais com intuito de abranger todas as ordens e cobrar mais efetividade no cumprimento. O legislador aumentou o rigor para combater a deslealdade da parte que não cumprir a ordem judicial.

Ficou expresso no novo dispositivo que o descumprimento da ordem judicial caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz aplicar as sanções que achar necessária. Cassio Scarpinella Bueno³⁸ observa que

O magistrado deverá advertir às pessoas referidas pelo *caput* do art. 77 de que a conduta prevista no inciso IV (não cumprir adequadamente as decisões jurisdicionais) e no inciso VI (inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso) é punível como ato atentatório à dignidade da justiça. Trata-se de uma explicitação do princípio da boa-fé expressado pelo art. 5º.

A violação às regras contidas naqueles dois incisos, prossegue que o § 2º, constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

Assim, é necessário analisar tutelas inibitórias para verificar efetividade e então questionar aplicação dos institutos americanos na legislação brasileira de acordo com o novo Código de Processo Civil.

2.2 TUTELA INIBITÓRIA POSITIVA E NEGATIVA

O resgate histórico indicou no Capítulo 1 a evolução do sistema processual brasileiro desde o Regulamento 737. Modificações nas relações sociais, geraram conflitos e estes não eram solucionados de forma adequada pelo Poder Judiciário. Por esta razão, com objetivo de prevenir ilícito de forma eficaz, o legislador criou a Tutela Inibitória. O dispositivo constitucional inserido no artigo 5º, XXXV³⁹ é

³⁸ BUENO, C. S. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 93.

³⁹ Art. 5º, XXXV, CF/88: a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça ao direito.

fundamento legal que assegura a tutela inibitória. Por este preceito, não seria necessária previsão versando exclusivamente sobre proteção inibitória na esfera infraconstitucional. O instituto da tutela inibitória não tem caráter punitivo, mas tão somente preventivo. Objetiva prevenir prática, continuidade ou até mesmo repetição do ilícito num evento futuro. Luiz Guilherme Marinoni leciona que não apenas estas situações, mas todas aquelas – ainda que não tipificadas – que necessitam de uma tutela preventiva, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido praticado, abrem oportunidade à tutela inibitória na forma pura.⁴⁰

Os artigos 932 do Código de Processo Civil⁴¹ (interdito proibitório) e o 1º da lei nº 1.533/51⁴² (Mandado de Segurança Preventivo) traziam a tutela inibitória na forma típica. Porém, o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor⁴³, ao tratar das tutelas específicas, acabou copiando a redação do artigo 461 do Código de Processo Civil, possibilitando que a parte ofendida obtenha a tutela inibitória atípica por meio de sentença mandamental.

Certo é que, após a reforma do artigo 461 no Código de Processo Civil e diferentemente da ação cautelar, não é necessário ingressar com ação principal, devendo a ação inibitória ser proposta de forma autônoma.

Por se tratar de evento futuro e de natureza preventiva, a efetividade da tutela inibitória ficará a cargo do magistrado em conceder ou não sua antecipação. Essa antecipação se torna possível por meio do § 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973. Neste sentido⁴⁴

⁴⁰ MARINONI, L. G. **Tutela Inibitória Individual e Coletiva**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 56.

⁴¹ Art. 932 do CPC: O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure na turbação ou esbulho iminente, mediante mandato proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

⁴² Art. 1º, da lei nº 1.533/51: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte da autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça.

⁴³ Art. 84 do CDC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

⁴⁴ TJ/SP; Agravo de Instrumento nº 2234704-02.2015.8.26.0000, Relator Des. Jacob Valente; Comarca: Assis; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/01/2016; Data de registro: 12/01/2016.

Agravo de instrumento – Ação inibitória c/c indenização por danos morais com pedido antecipação de tutela - Insurgência contra decisão que deferiu a antecipação da tutela a fim de determinar ao banco recorrente que se abstenha de enviar mensagem telefônica, verbal ou escrita ao telefone móvel do agravado para tratar de assunto referente a terceira pessoa, desconhecida do autor, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 – Descabimento – Ausência de documentos suficientes a convencer do desacerto do juízo *a quo*, que decidiu à luz do conjunto dos autos – Hipótese de manutenção íntegra do julgado – Agravo desprovido.

Antônio Pereira Gaio Júnior⁴⁵, ao tratar da possibilidade de antecipar a tutela específica aduz

Trata-se de possibilidade que o art. 461 § 3º do CPC concede, estabelecendo a viabilidade de ser antecipada a tutela específica alusiva às obrigações de fazer e não fazer, quando não só for relevante o fundamento da demanda, mas, sobretudo, quando houver justificado receio de ineficácia do provimento meritório final.

Importante frisar que não são todos os casos em que caberá pedido de antecipação da tutela inibitória. Para isto, a parte deve demonstrar o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito).

Ao contrário da ação de conhecimento em que é necessário a dilação probatória no que tange ao dano sofrido pela parte, na tutela inibitória é necessário que haja um ilícito como pressuposto. Desta forma, não é necessário verificar a prática do ato na ação inibitória em sua singularidade, mas também se tal ato configura ilícito.

No Código de Processo Civil de 1973, as tutelas inibitórias estão inseridas no artigo 461.

Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º 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.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado

⁴⁵ GAIO JÚNIOR, A. P. **Tutela Específica das Obrigações de Fazer**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 91-92.

o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Mesmo com as alterações realizadas, o legislador foi omissivo em relação a alguns temas importantes, abordados apenas no Código de Processo Civil de 2015. A jurisprudência e a doutrina tiveram que se manifestar em relação ao beneficiário da multa e também acerca do descumprimento da ordem mandamental.

No aspecto do artigo 461, Câmara⁴⁶ ensina

Ocorre que, em matéria de obrigações de fazer e de não fazer, um velho dogma do direito civil impedia essa tutela jurisdicional efetiva: o de que ninguém pode ser coagido a presta um fato (*nemo ad factum praecise cogipotest*). Tal regra fazia com que se tornasse frequente a afirmação de que o inadimplemento do devedor de prestação de fazer ou de não fazer deveria ser resolvido através da conversão em perdas e danos. Esse dogma, porém, veio sendo atenuado pelo direito positivo moderno, até que se pudesse chegar ao estágio atual, em que a conversão em perdas e danos deixa de ser a regra pra esses casos, convertendo-se em exceção. O artigo 461-A, por sua vez, estabelece que são aplicáveis às obrigações de entregar coisa (diferente de dinheiro, já que para a obrigação de pagar dinheiro há um regime próprio no CPC) as regras contidas nos seis parágrafos do art. 461, o que faz com que hoje se possa falar na existência de um "estatuto da tutela específica", aplicável aos processos que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Todavia, com promulgação do novo Código de Processo Civil de 2015, as tutelas inibitórias passaram a ter a seguinte redação.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção

⁴⁶ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual Civil**: v. 1. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 101.

de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Assim como o Código de Processo Civil de 1973, o novo código processual civil manteve o rol exemplificativo das medidas coercitivas.

O parágrafo terceiro do artigo 536 foi inserido com a finalidade de dar maior efetividade, pois o dispositivo de 1973 era omissivo em relação ao descumprimento injustificado. Agora, caso o executado não cumpra a ordem, sofrerá a pena de litigância de má-fé e o principal: responderá por crime de desobediência, já tipificado no Código Penal. Uma maneira coercitiva que chega com mais força ao novo procedimento processual.

A tutela inibitória tem por finalidade prevenção do ilícito, e se apresenta, desta forma, como tutela anterior à sua prática, pois visa a conservar integridade do direito *in natura*, uma vez que, é melhor prevenir do que ressarcir, porque o ressarcimento implicaria em substituição do direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano contabilizado no caso concreto. Para Carlos Alberto Menezes Direito "É necessário não esquecer nunca o Juiz que a sua função é a de realizar a justiça, não a de, pura e simplesmente, encontrar uma regra jurídica aplicável ao caso sob julgamento"⁴⁷

Assim, pode-se definir tutela inibitória como sendo provimento específico do direito, existente a partir do momento em que há justo receio de violação futura, que visa a impedir de forma direta a transgressão do direito material da parte, ou seja, é

⁴⁷ DIREITO, C. A. M. **Estudos de Direito Público e Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6

salvaguarda contra o perigo da prática, e pode ainda, ser uma tutela contra repetição ou continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração de dano.

Para tanto, é necessário estudar ações que permitem tutelas inibitórias.

2.2.1 Obrigações de fazer e não fazer

Anteriormente, o direito atuava apenas em casos de violação positiva. Com o passar do tempo, o Estado percebeu a necessidade de tutelar direitos fundamentais, como por exemplo o meio ambiente e também direitos consumeristas, prevenindo de qualquer violação. Assim, o legislador criou normas proibitivas e impositivas de conduta para prevenir que a pessoa cometa determinado ato ilícito.

Em relação ao tema, Luiz Guilherme Marinoni⁴⁸ leciona

Isso significa que a prevenção deixou de se contentar apenas com a abstenção, passando a exigir um fazer. Nessa perspectiva, ficou fácil perceber que o ilícito poderia ser, além de comissivo, também omissivo. Se alguém possui dever de fazer para que um direito não seja violado, é evidente que o não-fazer implica em ato contrário ao direito, o qual pode ser qualificado de ilícito omissivo.

Dessa forma, torna-se fácil compreender que a ação inibitória não visa somente impor uma abstenção, contentando-se, assim, com um não-fazer. O seu objetivo é evitar o ilícito, seja ele comissivo ou omissivo, razão pela qual pode exigir um não-fazer ou um fazer, conforme o caso.

O artigo 461 dispõe que, na ação que tenha por objeto cumprimento de dever de fazer ou de não fazer, o juiz atuará no sentido de propiciar ao autor: 1º) a tutela específica; 2º) o resultado prático equivalente e 3º) indenização por perdas e danos.

Obrigação de fazer é matéria recorrente nos tribunais pátrios. Assim, segue entendimento jurisprudencial no que tange a matéria estudada⁴⁹

⁴⁸ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. www.abdpc.org.br. Acesso em 14.01.2016

⁴⁹ TJ/SP; Apelação nº 4004176-94.2013.8.26.0099; Relatora Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot; Comarca: Bragança Paulista; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/02/2016; Data de registro: 26/02/2016.

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Pedido de instalação de energia elétrica não atendido pela ré. DECRETO DE PROCEDÊNCIA para determinar à ré o fornecimento de energia elétrica à residência dos autores, incluindo as instalações necessárias, no prazo de 15 dias contados da sentença, sob pena de multa diária de R\$ 300,00, a ter incidência pelo período máximo de sessenta (60) dias. APELAÇÃO da ré, que insiste no decreto de improcedência, sob a alegação de que o Termo de Ajuste de Conduta (TAC) firmado com o Ministério Público impede a ligação de energia elétrica em locais que apresentam características de parcelamento irregular do solo. REJEIÇÃO. Ocupação irregular do imóvel que não impede o fornecimento de energia elétrica aos consumidores. Ocupação aceita pelo Poder Público. Precedentes desta Corte. Prevalência do princípio da dignidade humana e do direito social à moradia (v. artigos 1º, III, e 6º da Constituição Federal). Prova documental que indica que a vizinhança dos autores possui energia elétrica. Notícia de suspensão do TAC por decisão liminar em sede de Ação Anulatória proposta pela Concessionária ré. Isenção de responsabilidade prevista no TAC quando a ligação da energia elétrica decorrer de ordem judicial. Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Percebe-se pelo julgado que o fornecimento de energia está relacionada ao princípio da dignidade humana, ou seja, a concessionária não pode negar o pedido de fornecimento do produto. No caso concreto, independente da justificativa para negá-lo, ficou determinado que a ordem seja atendida no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa de R\$ 300,00 (trezentos reais) por dia. A *astreinte* aplicada visa ao cumprimento dentro do prazo concedido.

O resultado final na tutela específica depende da conduta do próprio demandado, tal como prevista em lei ou em contrato. Já o resultado prático equivalente é a forma de obter o mesmo resultado final, porém, a atuação será realizada por terceira pessoa.

A propósito, José Miguel Garcia Medina⁵⁰ leciona

Com efeito, sendo possível a obtenção da tutela específica, justifica-se o manejo de medidas executivas tendentes a forçar o cumprimento pessoal da obrigação pelo executado. Há casos, contudo, em que é duvidoso que o resultado específico possa ser obtido, se o executado agir forçadamente, isto é, contra a sua própria vontade. Diante disso, nem sempre o manejo de medidas coercitivas é adequado à tutela do direito, pois há atividades que somente podem ser adequadamente cumpridas, sob o ponto de vista qualitativo, se o agente agir livremente. Impõe-se, diante de tais

⁵⁰ MEDINA, J. M. G. **Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 400-401.

casos, o manejo de medidas voltadas à obtenção do resultado prático correspondente àquele que decorreria do cumprimento pessoal pelo executado. O manejo de medidas coercitivas, assim, não pode ser superestimado, a imposição de alguma medida coercitiva (multa, p. ex.) acaba, muitas vezes, significando um modo mais cômodo de atuar. No entanto, em atenção às peculiaridades do caso, deve o juiz estar disposto a tomar medidas executivas no sentido de substituir a atividade que seria realizada pelo executado, com o intuito de obter resultado prático equivalente, o que impõe a realização de uma atuação executiva mais árdua.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o cabimento da medida que busca resultado prático equivalente, firmando entendimento de que não contraria o artigo 100, § 2º da Constituição Federal. Nesse sentido⁵¹

Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo Regimental improvido.

Sobre o mesmo prisma da busca pela efetividade e do resultado prático equivalente, Câmara⁵² aduz

Assim é que, nos termos do art. 461 do CPC, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer o juiz deverá prestar a tutela jurisdicional específica relativa à obrigação, assegurando os meios necessários à obtenção de resultado prático correspondente. Tal regra significa o seguinte: considerando-se que nas obrigações de fazer, via de regra, o que importa ao credor é a obtenção de um dado resultado, deverá o juiz condenar o devedor inadimplente a cumprir sua obrigação (e não, como sempre se fez, condenar o devedor a indenizar o credor por perdas e danos). Deverá, ainda, o juiz tornar possível a obtenção de resultado prático equivalente ao que se teria se a obrigação fosse cumprida pelo devedor.

Abaixo segue entendimento jurisprudencial⁵³ de suma relevância acerca do resultado prático equivalente.

⁵¹ Supremo Tribunal Federal; Agravo de Instrumento nº 597.182 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 06/11/06.

⁵² CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual Civil**: v. 1. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 101.

⁵³ TJ/SP; Agravo de Instrumento nº 2189089-86.2015.8.26.0000; Relator Des. Décio Notarangeli; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/10/2015; Data de registro: 15/10/2015.

Processual civil –obrigação de fazer – direito à saúde – descumprimento de decisão judicial – bloqueio de verba pública – admissibilidade.

O bloqueio de verba pública como forma de assegurar o resultado prático equivalente tem respaldo no art. 461, § 5º, CPC, permitindo que seja suprida a necessidade objeto da obrigação de fazer. Entendimento do STF no sentido de que não contraria o art. 100, § 2º, CF a decisão judicial que determina o bloqueio para assegurar o fornecimento de medicamentos. Decisão mantida. Recurso desprovido.

O caso reflete, de forma exemplar, busca pela efetividade jurisprudencial. A saúde é direito constitucional e deve ser respeitado, seja pelo particular ou órgão público. O mais comum e fácil de solucionar é o descumprimento por particular, porém, ficou nítido o poder soberano do juiz natural ao usar o meio mais eficaz para conseguir o quanto determinado, que é suprir a necessidade da obrigação de fazer. A Fazenda Pública do Estado de São Paulo não forneceu o medicamento requerido no prazo indicado, por tal razão, determinou-se bloqueio da verba pública para assegurar resultado prático equivalente de acordo com o artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil de 1973.

Assim, essa busca de efetividade para o processo está naturalmente vinculada ao fator tempo. A lentidão jurisdicional causa transtorno à parte, indo na contramão da efetividade processual.

2.2.2 Obrigação de entregar coisa certa

Inicialmente, vale destacar que o título judicial não serve de base para obrigar outrem a entregar coisa certa. Nesse caso, o magistrado irá proferir sentença e o devedor deverá entregar coisa já individualizada, ocorrendo então o desapossamento. Portanto, se mesmo assim o devedor continuar inerte, o juiz mandará expedir mandados de busca e apreensão ou imissão na posse, conforme artigo 461-A do Código de Processo Civil.

Assim, para que seja requerida tutela inibitória visando ao recebimento de coisa certa, é necessário que a parte tenha um título extrajudicial.

Segundo lição de Pontes de Miranda⁵⁴

⁵⁴ MIRANDA, P. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. Tomo X, ed. 1976, p. 48.

Coisa certa é a coisa individuada [...] os sinais distintivos bastam para a identificação [...] Se a coisa que há de prestar foi indicada com características que em sua totalidade outras coisas têm, é uma dentro do gênero; não é coisa certa [...]. A obrigação de dar coisa certa é obrigação em que se determinou o objeto a ser prestado e se individuou tal objeto.

Caio Mário⁵⁵, no mesmo sentido

Se caracteriza por gênero, qualidade e quantidade [...] Giorgi ensina ser a determinada, o certum corpus distinto das outras coisas e dos outros indivíduos, e que se diferencia da coisa incerta ou da dívida de gênero, em que falta a menção dos caracteres individuais, restando apenas a determinabilidade pelo gênero e pela quantidade.

O artigo 621, Código de Processo Civil⁵⁶, aduz que o devedor é citado para satisfazer a obrigação ou apresentar embargos depois que o juízo estiver seguro.

Com as diversas alterações na legislação processual, é necessário ter cautela na interpretação desse dispositivo. A falta de atenção na leitura dos dispositivos pode conduzir a equívocos, haja vista a promulgação da lei nº 11.382/06.

Com revogação do artigo 737 do Código de Processo Civil, ficou extinta obrigação de garantir o juízo para oferecimento dos embargos, cujo diploma legal ficou descrito no artigo 736.⁵⁷

Desta feita, segundo alteração do artigo 738 pela mesma lei, o prazo para o oferecimento dos embargos passou a ser de 15 dias a partir da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido. Sendo assim, mesmo que o prazo para embargar seja de 15 dias, o devedor poderá depositar a coisa no prazo de 10 dias para eximir-se da multa, quando esta for imposta pelo juiz. Nota-se que os prazos para entrega ou depósito da coisa e oposição de embargos se tornaram autônomos e independentes.

Em relação ao tema, Humberto Theodoro Júnior⁵⁸ anota que

⁵⁵ PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil. V. II – Teoria Geral das Obrigações.** 20ª. ed. de acordo com o Código Civil de 2002, revista e atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 49.

⁵⁶ Art. 621. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.

⁵⁷ Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, H. Os Embargos do Devedor após as reformas do CPC efetuadas

A Lei nº. 11.382/06 [...] ao remodelar a sistemática do processo de execução, revogou o art. 737 e modificou a redação do art. 736 para adotar orientação completamente oposta, qual seja, a de que a oposição do executado à execução por meio de embargos dar-se-á "independentemente de penhora, depósito ou caução". Seguiu-se, destarte, o padrão do direito italiano [...]. A segurança do juízo não foi, propriamente, eliminada da disciplina dos embargos à execução. Mudou, porém, de papel. Em lugar de condição de procedibilidade passou a ser requisito do efeito suspensivo, quando pleiteado pelo embargante (art. 739-A, § 1º).

Pelos ensinamentos acima, pode-se distinguir prazos para obrigação de entregar coisa certa da seguinte forma: a) prazo de 10 dias para reconhecer pedido do autor com entrega da coisa, gerando extinção do processo; b) prazo de 10 dias para o devedor depositar o bem em juízo, podendo apresentar embargos sem que haja imposição das *astreintes* fixadas pelo magistrado. c) prazo de 15 dias para embargar sem garantir o juízo, sujeitando-se às consequências processuais.

A coisa certa a que se refere o Código Civil é determinada, perfeitamente individualizada. É tudo aquilo que é determinado de modo a poder ser distinguido de qualquer outra coisa.

Nesta modalidade de tutela inibitória, não há que se falar em exaurimento das vias para que credor busque seu direito antes de demandar judicialmente. Assim que o credor verificar deterioração, perceber ausência da entrega/depósito, ou desconhecer atual localização do bem, poderá converter a ação de entrega de coisa certa para a execução por quantia certa, devendo estimar o valor da coisa. Se o título extrajudicial contiver o valor expresso da coisa, o credor poderá, além da conversão para execução por quantia certa, pedir liquidação por perdas e danos. Caso o título não disponha do valor da coisa, o credor deverá estimar, ao final, arbitrado pelo juiz.

Neste viés, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁵⁹ proferiu o seguinte comando

Tutela Antecipada – Obrigação de dar coisa certa – Aditamento ao compromisso de compra e venda, do qual constou a entrega de eletrodomésticos especificados – Deferimento – Possibilidade –

pelas leis nº. 11.232 e 11.382. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 17. Mar-Abr/2007, p. 75-76.

⁵⁹ TJ/SP; Agravo de Instrumento nº 2044302-61.2015.8.26.0000 Relator(a): Alvaro Passos; Comarca: Jundiaí; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/11/2015; Data de registro: 17/11/2015.

Exceção ao "kit de churrasqueira", não incluído no respectivo termo – Insurgência quanto ao exíguo prazo para cumprimento de medida – Descabimento – "Astreinte" – Imposição de R\$1.000,00 (mil reais) por dia – Alteração – Necessidade – Fixação em R\$500,00 (quinhentos reais) por dia, mantida a limitação a trinta dias – Pena de natureza inibitória – Sanção pecuniária que busca impelir a demandada a adimplir a obrigação imposta, respeitando, contudo, a proporção dos valores envolvidos – Decisão parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido.

Nota-se que o magistrado de primeira instância determinou que a parte entregue o quanto contratado sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (um mil reais). Já em segunda instância, a *astreinte* ficou mantida, porém, em valor reduzido. Importante destacar que a aplicação da multa é realizada apenas após descumprimento da medida, pois se trata de sanção pecuniária que busca impelir a demandada a adimplir obrigação imposta.

2.2.3 Obrigação de entregar de coisa incerta

Como o próprio nome diz, esta tutela diferencia da exposta anteriormente tão somente pela incerteza da coisa, devendo ocorrer por intermédio de um incidente para que seja realizada a individualização. Após o que seguirá o mesmo rito da entrega de coisa certa.

De acordo com o Código Civil, quando se tratar de coisa incerta, deverá ser indicada pelo gênero e pela quantidade e sua individualização será realizada mediante a escolha do devedor, ou de acordo com o pedido do credor constante na petição inicial.⁶⁰

Após escolha da coisa, a outra parte terá a faculdade de impugnar por meio de um incidente processual no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Quando impugnada a escolha, haverá paralisação do processo principal.

Assim como nas demais tutelas inibitórias, nesta também é cabível a aplicação das *astreintes* pelo magistrado. Neste sentido⁶¹

Execução para entrega de coisa incerta. Sacas de café. Cumprimento de sentença. Necessidade, primeiramente, de se

⁶⁰ Art. 243. A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.

⁶¹ TJ/SP; Agravo de Instrumento nº 0097219-96.2012.8.26.0000; Relator: Gilberto dos Santos; Comarca: Espírito Santo do Pinhal; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/09/2012; Data de registro: 16/09/2012.

ordenar a busca e apreensão dos bens afirmados existentes, para a respectiva entrega à credora, pois essa a providência determinada pelo disposto no art. 461-A, § 2º, do CPC, para a hipótese de não cumprimento da obrigação no prazo assinalado. Inviabilidade da conversão desde logo em perdas e danos, pois esta é medida residual reservada, como diz a lei, para o caso de se tornar impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (art. 461-A, § 3º c.c. o art. 461, § 1º, do CPC). Recurso provido.

O magistrado *a quo* ordenou a citação da ré para satisfazer a execução no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais). Fica claro que tanto na obrigação de entregar coisa certa, quanto na de coisa incerta, a busca pela efetividade é única. Prova desta busca é a aplicação imediata da *astreinte* após o prazo concedido inicialmente.

2.3 DEFESA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS

Inicialmente, direitos subjetivos dos indivíduos eram classificados em apenas divisões: direitos públicos e privados.

Em suma, Hugo Nigo Mazzilli⁶² dispõe que

Demonstrou-se, inicialmente, a existência de uma categoria intermediária, na qual se compreendiam interesses coletivos, ou seja, aqueles referentes a toda uma categoria de pessoas (como os condôminos de um edifício de apartamentos, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, ou empregados do mesmo patrão). São interesses metaindividuais, porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum. Ora, o que as une é estarem na mesma situação de fato (por exemplo, as pessoas lesadas pela explosão da mesma usina nuclear), ora é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica (como os consorciados que sofrem o mesmo aumento ilegal das prestações). Mesmo dentro dessa categoria intermediária, contudo, foi possível estabelecer uma distinção entre os interesses que atingem uma categoria determinada de pessoas (ou, pelo menos, determinável) e os que atingem um grupo indeterminado de indivíduos (ou de difícil determinação).

A diferença dos interesses difusos para coletivos e individuais homogêneos é que, por mais que uma categoria de pessoas seja a titular do direito, não é possível precisar com exatidão quais indivíduos integrantes, sendo estes

⁶² MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 05-06.

indetermináveis, inseridos na coletividade.

Tendo em vista que não é possível determinação ou quantificação dos lesados, tornam-se indivisíveis. Assim já se pronunciou a jurisprudência⁶³

Ação Civil Pública. Propaganda enganosa. Empresa que atua no ramo da compra, venda, revenda, importação e exportação de produtos alimentícios em geral, bem como produtos diversos. Propaganda veiculada de forma irregular, que tem potencial para atingir número indeterminado de consumidores. Dano moral difuso existente. Legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de toda e qualquer ação coletiva, para defesa em juízo de direito difuso, coletivo, ou individual homogêneo. Preliminar de falta de interesse de agir afastada. Recurso não provido.

O dano é nítido, porém, não se pode afirmar com clareza quais os consumidores em potencial que foram efetivamente lesados. Mazzilli⁶⁴ define

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, são direitos ou interesses difusos transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. Difusos são, pois, interesses indivisíveis, de grupos menos determinado de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como um feixe de interesses individuais, com pontos em comum.

A garantia de ambiente equilibrado pode ser considerada como interesse difuso, mesmo sendo de interesse indeterminável e indivisível de pessoas, pois trata-se de verdadeiro interesse público de toda a coletividade. É necessário destacar divergência entre interesse difuso e interesse público, analisando conflitos entre interesses de um determinado grupo e da coletividade como um todo.

No sentido geral, interesses ou direitos coletivos são aqueles transindividuais indivisíveis que pertençam a um grupo, classe ou categoria de pessoas determinadas, ou ao menos, determináveis⁶⁵.

Apelação – Ambiental – Poluição sonora – Sentença que impõe obrigação de não fazer e condena ao pagamento de indenização

⁶³ TJ/SP; Apelação nº 0024470-44.2012.8.26.0562, Relatora: Rosa Maria de Andrade Nery; Comarca: Santos; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/06/2014; Data de registro: 18/06/2014.

⁶⁴ MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 07

⁶⁵ TJ/SP, Apelação nº 0009953-61.2011.8.26.0047; Relatora: Souza Nery; Comarca: Assis; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Data do julgamento: 24/10/2013; Data de registro: 29/10/2013.

pelo dano causado. Legitimidade ativa do Ministério Público – Embora a poluição causada tenha atingido, de forma predominante, alguns vizinhos, há a possibilidade de que pessoas não identificadas, que tenham passado pelo local ou pernoidado nas casas do entorno, tenham sido atingidas pelo ruído excessivo – Precedentes – Ação que tutela também o interesse de futuros moradores do local – Preliminar rejeitada. Prova suficiente da poluição – Apelante que não arca com os honorários periciais e, assim, perde a chance de provar a improcedência do pedido – Ônus pericial não compartilhado. Cumulação de tutela inibitória com pedido de indenização em ação civil pública – Possibilidade – Inteligência do artigo 3º da Lei nº 7.347/85 – Precedentes do STJ. Dano moral coletivo – Possibilidade – Indenização que busca efetivar o princípio da reparação integral e tutela a perda da qualidade ambiental durante o período em que as emissões sonoras ocorreram – Impossibilidade da reparação in natura – Desnecessária a constatação de abalo psicológico na coletividade – Indenização que tem também caráter pedagógico e punitivo. Minoração do valor, diante da conduta da apelante, que toma providências para minimizar o incômodo causado à vizinhança. Recurso parcialmente provido.

Pela jurisprudência acima, nota-se que foi requerida tutela inibitória de obrigação de não fazer, devendo a parte ré se abster da poluição sonora, bem como indenizar o dano causado. É impossível individualizar o dano, porém, é fácil perceber que a poluição sonora afetou determinado grupo de pessoas, por esta razão ficou classificada como direito coletivo.

Evidentemente, se os eventuais prejuízos sofridos pelo grupo forem individualizáveis e seu ressarcimento seja justamente o escopo da tutela jurisdicional pretendida, estar-se-ia diante de interesses individuais homogêneos e não propriamente de interesses coletivos de um determinado grupo. Neste sentido, segue entendimento jurisprudencial⁶⁶.

Apelação - Ação Civil Pública - Conduta abusiva na cobrança de tarifa por compensação de cheques de baixo valor sem que efetiva prestação de serviço prestigiasse os correntistas atingidos - Resolução de n.º 3.919/10 que preconiza ser inadmissível a realização de qualquer cobrança de tarifas bancárias pelas instituições financeiras em que se tenha presente uma prestação de serviços essenciais aos seus clientes - Emissão de cheques e compensação de tais títulos correspondem a serviços amplamente utilizados pela grande massa de clientes bancários - Cobrar tarifa de compensação de cheques de alto ou de pequeno valor é mecanismo que propicia vantagem exclusiva ao fornecedor do serviço bancário e com isto constitui prática abusiva como alude a norma do artigo 6º,

⁶⁶ TJ/SP; Apelação nº 0133521-23.2009.8.26.0100; Relator: Helio Faria; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/02/2016; Data de registro: 24/02/2016.

inciso IV do Código de Defesa do Consumidor - Pleito originário em que formulava o Ministério Público Federal alternativa de resultado e em que o ingresso de litisconsorte era de todo desnecessário porquanto a lide envolvia interesses ou direitos individuais homogêneos de todos os correntistas que sofreram a cobrança da aludida taxa - Pedido a que se dá acolhimento é o do ítem4, "c" de fls. 15, condenando-se a requerida a promover o ressarcimento do valor ilicitamente auferido durante todo o período de cobrança de taxa pela compensação de cheque de baixo valor, corrigido o seu montante monetariamente desde cada lançamento realizado e acrescido de mesma data de juros legais – Apelo parcialmente provido com observação.

No caso acima, fica fácil a percepção do direito individual homogêneo, pois todos os correntistas que tiveram prejuízos pela cobrança ilegal realizada pela instituição financeira poderão individualizar seus prejuízos e requerer a restituição da quantia exata.

Apesar da nomenclatura deste direito ser individual, não deixa de ter também interesse coletivo. Encontram-se reunidos nessa categoria de interesses pessoas ou grupo determinado ou determinável, titulares de interesses oriundos de uma mesma relação de fato. Os prejuízos compartilhados por essas pessoas ligadas por um grupo são divisíveis.

2.4 TUTELA INIBITÓRIA E SUA EFETIVIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

De acordo com premissa clássica, a tutela inibitória busca a efetividade imediata da ação, devendo o Estado utilizar instrumento mais adequado para garantir o direito material.

A tutela inibitória no âmbito coletivo está prevista legislativamente no artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública⁶⁷ e no artigo 84 do Código de defesa do Consumidor. No primeiro artigo consta a expressão "cessação da atividade nociva", o que trás a impressão de que a lei da Ação Civil Pública só admite tutela inibitória para cessar atividade ilícita já em andamento. Entretanto, Marinoni⁶⁸ garante a aplicação mais

⁶⁷ Artigo 11 da Lei nº. 7.347/85 *in verbis*: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento específico de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente do requerimento do autor".

⁶⁸ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória**. – 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 92-93.

ampla deste dispositivo.

Perceba-se que o Art. 11 da lei da Ação Civil Pública só admite, em princípio, uma das formas de tutela inibitória, aquela que visa a fazer cessar a prática do ilícito. Contudo, é certo que tal norma, ao aludir à "cessação da atividade nociva", deseja abarcar os atos nocivos suscetíveis de repetição, cujos exemplos são notórios no plano da tutela coletiva, valendo a pena lembrar, *v.g.*, os casos de venda de produtos nocivos à saúde do consumidor.

Destarte texto legal, é necessária interpretação sistemática e teleológica da norma, pois não é crível que o legislador tenha imaginado apenas proteção após o início do ato ilegal.

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor não faz a restrição referenciada no artigo 11 da lei da Ação Civil Pública, motivo pelo qual não cabe discussão a respeito da viabilidade de ação inibitória pura.

Integrando todo o sistema de tutela coletiva de direitos, o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor determina aplicação das normas citadas na Ação Civil Pública; o artigo 21 afirma que são aplicáveis às ações nela fundadas disposições processuais que estão no Código de Defesa do Consumidor. Por tal razão, não paira qualquer dúvida acerca da possibilidade da tutela inibitória pura para a defesa de qualquer direito difuso ou coletivo.

Assim, fica nítida a importância da tutela inibitória no âmbito das ações coletivas, especialmente aos interesses relacionados ao ambiente e ao consumidor.

2.4.1 A tutela inibitória coletiva do ambiente

No viés das tutelas inibitórias sob o prisma ambiental, mais importante que reparar civilmente é prevenir o dano, tendo em vista que muitas vezes o retorno do ambiente ao estado anterior é difícil, quando não impossível e demorado.

Ao estudar a importância da tutela inibitória coletiva para a proteção do meio ambiente, Luiz Guilherme Marinoni⁶⁹ ensina que

Para a demonstração da importância da tutela inibitória no plano dos direitos transindividuais, torna-se adequada a análise da tutela do meio ambiente, uma vez que este é um dos lugares em que a inefetividade da tutela ressarcitória evidencia-se de modo mais claro.

⁶⁹ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória**. – 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 94-95.

Se é verdade que cresce em importância, nos últimos tempos, a reparação específica do dano ecológico, e que é necessária a responsabilização, ainda que pelo equivalente, daquele que agride o meio ambiente, o certo é que não se pode admitir, no campo do direito ambiental, a troca da tutela específica preventiva do bem tutelado pela tutela ressarcitória, [...]. Para que não ocorra a degradação do meio ambiente, é imprescindível a atuação preventiva e, assim, a tutela inibitória.

Como exemplo recente tem-se a tragédia da barragem na cidade de Mariana/MG. A recuperação de todo prejuízo causado pelo rompimento da barragem é praticamente impossível. Não há dinheiro que supra vidas perdidas, o ambiente e a história que foi apagada. Trata-se de direitos irreparáveis, ou seja, interesses que podem ser protegidos apenas pela prevenção de lesões.

O artigo 225⁷⁰ da Constituição Federal de 1988 garante o direito de todos ao ambiente ecologicamente equilibrado, sendo que o § 1º, IV do mesmo dispositivo estabelece medida preventiva: "IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade". O estudo de impacto ambiental (EIA) tem instruído tutelas inibitórias ambientais sob controle poder público.

Importante frisar que não cabe ao poder público julgar necessário exigência ou não do estudo de impacto ambiental para licenciar determinada atividade ou obra potencialmente poluidora.

A Resolução nº. 001/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente trouxe de forma exemplificativa quais as atividades ou obras que teriam capacidade de atingir o ambiente. Ausência de enumeração taxativa não significa dispensa ou violação legal, no caso do órgão responsável abdicar estudo prévio de impacto ambiental. Assim, caso a empresa, potencialmente poluidora, já esteja pronta para iniciar as atividades, caberá ação inibitória.

Conforme dispõe a Carta Magna, cabe ao poder público e à coletividade dever de defender e preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações. Por tal razão, em caso de omissão na questão ambiental, pode-se recorrer à tutela inibitória sempre que a administração falhar na prestação constitucional em relação a seus deveres, deixando de atuar de medidas necessárias à proteção do ambiente.

⁷⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, Luiz Guilherme Marinoni⁷¹ leciona

Ora, se o meio ambiente é considerado bem de uso comum do povo, e se o Poder Público e a coletividade têm o dever de defendê-lo, não há razão para não se admitir que o Ministério Público – ou qualquer outro legitimado à ação coletiva – possa recorrer ao Judiciário para obrigar a Administração a agir, quando a sua atividade, prevista em lei, é essencial à preservação do meio ambiente.

O poder público não pode atuar apenas quando lhe convier. A legislação não possibilita discricionariedade diante de ato ofensivo ao ambiente.

É cabível tutela inibitória coletiva ambiental para buscar efetividade diante da omissão do poder público

De fato, não se pode atribuir à tutela inibitória coletiva ambiental apenas caráter de não fazer. Tão importante quanto prevenir agressão ao ambiente é obrigar o poluidor a fazer algo para se abster mediante conduta comissiva. Como exemplo clássico, de fácil entendimento, cita-se o caso de fábrica que tem dever de não poluir o ambiente. Por tal razão, lhe é imposta obrigação positiva, qual seja, instalar filtro sob pena de multa diária ou qualquer outra *astreinte* que o magistrado julgar necessária para efetividade do comando jurisdicional.

Além das garantias dos direitos difusos no âmbito ambiental, tutelas inibitórias também buscam maior efetividade em relação aos direitos consumeristas.

2.4.2 A tutela inibitória na defesa dos direitos do consumidor

Além da esfera ambiental, outra tutela inibitória coletiva de extrema importância é agasalhada pela lei consumerista.

Tendo em vista aumento significativo dos contratos de adesão, as cláusulas abusivas são combatidas diariamente pelo Poder Judiciário por meio de medidas preventivas e reparatórias.

Se por um lado o artigo 6º, IV do Código de Defesa do Consumidor visa a garantir direito do consumidor contra práticas e cláusulas abusivas, nada mais justo que permitir tutela inibitória coletiva, na forma preventiva.

Evitar uma cláusula abusiva por meio da tutela preventiva é muito mais efetiva aos olhos do consumidor do que este ter que aderir ao produto e somente

⁷¹ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória**. – 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102-103.

após, discutir judicialmente. Luiz Guilherme Marinoni⁷² discorre que

Pouco adianta tratar das cláusulas abusivas sem se pensar em uma tutela coletiva inibitória capaz de impedir a sua difusão. Uma das questões mais atuais, em termos de tutela jurisdicional, nos países da Comunidade Européia, é justamente a da tutela que tem por fim inibir o uso de cláusulas gerais reputadas abusivas ao público consumidor. O Código Civil italiano, aliás, em razão da Diretiva 93/13 do Conselho das Comunidades Européias, "concernente às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores", recebeu, em fevereiro de 1996, uma norma (Art. 1.469-*sexies*) que confere legitimidade às associações e às câmaras de comércio, indústria, artesanato e agricultura para requerer tutela inibitória contra o uso de cláusulas gerais abusivas.

Destaca-se que tutela concedida na relação de consumo terá efeito *erga omnes*, ou seja, atingirá todos que forem prejudicados, dando maior efetividade e garantia jurídica à população. Neste sentido, Dinamarco⁷³ ensina

Expressamente, a lei institui a ação civil pública para a defesa da massa de consumidores em seus direitos difusos (propaganda enganosa dirigida a um pública indeterminado), coletivos (como os dos consumidores de determinado produto) e individuais homogêneos (massa de consumidores lesados por determinado produto ou serviço). A tutela que por essa via se concede também será *preventiva, reparatória específica ou ressarcitória*, conforme o caso - com a peculiaridade de que a última poderá beneficiar indivíduos lesados ou destinar-se a um fundo destinado à proteção da massa de consumidores (art. 100). A sentença que julga uma demanda de tutela a direitos e interesses difusos tem eficácia *erga omnes*, ou seja, impõe-se a todos com o mais absoluto caráter de universalidade. A que decide sobre direitos e interesses coletivos impõe-se ultra partes, atingindo todos os membros do grupo, associação, entidade *etc.*, a que remontarem tais direitos (*v.g.*, os frequentadores de um cinema no qual a sentença mandou que se instalassem equipamentos de segurança. A *sentença genérica* que reconhece a existência de direitos individuais homogêneos favorece a todos os possíveis lesados - a quem compete comparecer depois em juízo, individualmente, com a demonstração do dano sofrido (art. 98); se a demanda tiver sido julgada improcedente, cada um daqueles que se afirmam lesados continua autorizado a demandar individualmente em juízo, sem que a autoridade da coisa julgada incida sobre a sentença que assim julgou (art. 103, inc. III).

⁷² MARINONI, L. G. **Tutela inibitória**. – 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 113.

⁷³ DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 162.

A ideia de proteção ao consumidor por meio da tutela preventiva contra cláusulas abusivas, reforçam a tese de que legitimados à ação coletiva também poderão propor ação inibitória coletiva para vetar toda abusividade inserida nos contratos de consumo, inclusive com pedido de multa, em caso de descumprimento da ordem judicial.

2.5 DIRETRIZ SEGUNDO A VISÃO DE GIUSEPPE CHIOVENDA

A diretriz defendida por Giuseppe Chiovenda é que o processo é a atuação da lei e que por isso é fonte de todas as ações praticamente possíveis para fazer valer a vontade da lei.

Assim como Andrea Proto Pisani⁷⁴, parte da doutrina italiana passou a adotar ensinamento de Giuseppe Chiovenda acerca da efetividade, com necessidade de reformular conceito da sentença condenatória. Neste sentido

A análise da relação entre o direito material e processual, embora realizadas ao nível elementar, mostra que a proteção sentença é ou deve ser a forma de proteção judicial civil, com o aumento da força coercitiva . É uma forma de proteção que nenhuma ordem processual não pode ajudar, mas sinto que se cumpra a sua função instrumental de assegurar o titular do direito, 'tanto quanto possível tudo e só o que', que tem o direito de obter de acordo com o direito material.

Originalmente, a diretriz de Chiovenda aduz que "[...] o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir".⁷⁵

Ao estudar Chiovenda, Pisani publicou um dos trabalhos mais polêmicos nas últimas décadas do direito italiano, afirmando que não seria justo dizer que o autor limitou-se a registrar que a única tutela das obrigações insuscetíveis de execução direta seria a prestada pelo equivalente do dano⁷⁶. Concluiu⁷⁷ que

⁷⁴ PISANI, A. P. **Appunti sulla tutela di condanna**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1978, p. 1.105.

⁷⁵ CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas, Bookseller: 1998, vol. 1, p. 67.

⁷⁶ PISANI, A. P. **Appunti sulla tutela di condanna**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1978, p. 1.126.

⁷⁷ Idem, ibidem, p. 1.126-1.127.

Embora sendo homem de seu tempo, à Chiovenda era claríssima a função instrumental do processo, a desilusão derivada da constatação da impotência do processo para assegurar a execução das obrigações insuscetíveis de obrigação forçada a não ser na forma do equivalente ao ressarcimento do dano, mesmo se Chiovenda não percebesse plenamente os limites de uma tal forma residual de tutela, e não explicitasse com clareza as relações existentes entre a função preventiva da sentença e a atuação através de medidas coercitivas.

Mesmo com toda legislação vigente, a doutrina italiana começou a perceber que a sentença condenatória não estava sendo eficaz, frente às inúmeras situações do direito material⁷⁸.

Na Constituição italiana, mais precisamente artigo 24⁷⁹, garante o direito a tutela jurisdicional. Por tal razão, tem-se interpretado de acordo com diretriz criada por Chiovenda dizendo-se que o direito de ação deve garantir a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito de obter.

Para que o juiz exerça jurisdição de forma efetiva, é necessário que ele tenha instrumentos e poderes para tanto. Isto resume-se ao poder de polícia que lhe foi conferido, bem como pela discricionariedade para condenar à parte em litigância de má-fé, determinar qualquer prova que seja necessária para o deslinde correto da ação e até mesmo determinar medidas coercitivas para assegurar direito requerido pela parte autora.

2.6 A BUSCA DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL

Atualmente, processualistas contemporâneos se preocupam de forma significativa com a efetividade processual. Buscam instrumentos mais efetivos para cada tipo de ação, saindo do cerne dogmático e entrando em ótica mais abrangente de toda problemática.

Kazuo Watanabe⁸⁰ assegura

⁷⁸ Ver, por exemplo, Andrea Proto Pisani, *Appuntisulla tutela dicondanna*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1978, p. 1.126.

⁷⁹ Art. 24. Todos podem tomar medidas judiciais para proteger seus direitos e interesses legítimos. A defesa é inviolável em todas as fases e instâncias do processo. São assegurados, através de instituições apropriadas, os meios para agir e de defesa em cada jurisdição. A lei determina as condições e os meios para a reparação de erros judiciais - tradução livre.

⁸⁰ WATANABE, K. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 19-21.

Isso significa uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao meramente nominal ou formal.

Basicamente, por duas perspectivas, ou por dois métodos de pensamento, são desenvolvidos os estudos em busca dessa efetividade, vale dizer, da maior aproximação, ou mesmo de um acoplamento mais perfeito, entre direito material e o direito processual. Desembocam os resultados desses estudos num mesmo estuário, mas ainda não se harmonizam de todo – à semelhança do que ocorre na natureza, que mostra exemplos de águas de cores diferentes de dois rios que, após o encontro, correm paralelamente por longa distância até que se misturem por completo.

Sendo assim, desde que haja efetivação da tutela pleiteada pelo seu titular, tanto faz qual será a perspectiva adotada, pois se, de um lado, existe direito material, de outro, há técnicas de direito processual que propiciam a tutela do direito.

Quando o tema de reforma do código processual vem à tona, fala-se, principalmente, em buscar novos meios para dar mais efetividade aos litígios, eliminando problemas de aplicação do direito concreto.

No caso do cidadão provocar o Estado, este busca e espera finalidade por parte do Poder Judiciário, recebendo satisfação e garantia legal de que a justiça foi realizada.

O processo deve dispor de meios adequados para garantir direitos e pacificação da lide ao vencedor, fornecendo plenitude em sua efetividade por meio do ordenamento jurídico.

Importante destacar que efetividade não se confunde com eficácia. Esta última é condição de resultado, pois seu momento é anterior à efetividade. Uma lei pode ser eficaz e não ser efetiva, pois a efetividade só será concretizada após efeito real.

A efetividade processual é uma das principais preocupações dos processualistas da contemporaneidade. Por isso, a efetividade do processo é terminologia para dar ideia de que o processo deve servir como instrumento apto a receber litígio.

Ao tratar da eficácia, pode-se afirmar que tem caráter prático, ou seja, quando alcança objetivo e produz efeitos que se espera. Não cabe contestação acerca da efetividade, pois se é efetivo, é real e final, bem como a realização do próprio Direito.

Para Luís Roberto Barroso⁸¹ eficácia nada mais é que a "aptidão para a produção de efeitos jurídicos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias."⁸² Prossegue afirmando que "[...] a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma."

A efetividade, por sua vez, refere-se à concretização do Direito. Neste aspecto, Barroso⁸³ ressalta que efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, que existe para realizar-se.

Miguel Reale⁸⁴ entende que efetividade é eficácia social. As normas não podem violentar consciência coletiva ou entrar em choque com tradições de um povo ou seus valores primordiais. A eficácia social deve ser espontânea no seio da comunidade. A eficácia social ou efetividade, pois, refere-se à "[...] aplicação ou execução da norma jurídica, ou, por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana". Prossegue o jurista: "[...] não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia".⁸⁵ A regra de direito deve ser socialmente eficaz.

Os tribunais e juízes também fazem parte do universo da efetividade, vez que, ao aplicarem leis, estas devem ser realizadas de forma concreta e finalista.

Cândido Rangel Dinamarco em sua obra *A Instrumentalidade do Processo* leciona que efetividade do processo constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-política e jurídica, abrangendo em toda plenitude seus escopos institucionais. Afirma, ainda, que a efetividade significa almejada aptidão a eliminar insatisfações com justiça e fazendo cumprir o Direito.

Portanto, no que tange à efetividade jurisdicional, acredita-se que o Poder Judiciário torna-se efetivo ao entregar a prestação estatal por meio da soberania.

Nos sistemas inglês e americano, execução processual é realizada pela própria sentença proferida pelo magistrado. Nestes sistemas jurídicos, existem respeito e temor pelas decisões judiciais, não cabendo discussão, mas tão somente cumpri-la nos exatos termos.

⁸¹ BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81-84.

⁸² Idem. Ibidem.

⁸³ Idem. Ibidem.

⁸⁴ REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 112-116.

⁸⁵ Idem. Ibidem

Após a Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor contribuírem para avanço processual, em 22 de dezembro de 2005 o Brasil, seguindo os sistemas acima, promulgou a lei nº 11.232 instituindo no processo civil a fase de cumprimento de sentença, o que até então era realizado por meio de novo processo da execução, tornando o processo mais célere e efetivo.

Para Antônio Cláudio da Costa⁸⁶, o acesso à justiça e a justiça das decisões, embora ocupem e devam mesmo ocupar os processualistas, escapam-lhes pelos dedos porque estão fora do seu raio direito de ação: o acesso depende de ação política; a justiça das decisões é questão cultural e legislativa e não estritamente processual.

É óbvio que tutela efetiva não equivale à tutela prestada em menos tempo, mas é certo que não é efetiva tutela entregue em tempo desproporcional. Inclusive, quanto mais demorado o deslinde da ação, maior prejuízo ao titular do direito.

Em 09 de novembro de 1992, o Brasil ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, onde ficou devidamente prescrito direito a processo com duração razoável, evidenciando princípio constitucional da efetividade.

Fica claro que o processo deve respeitar período razoável de duração, evitando dilações indevidas e manobras que procrastinam a prestação jurisdicional. Não deve ser entendida em termos absolutos, mas sim relativizada.

Tendo em vista o poder soberano do Estado e a proibição da autotutela, não é crível que este último não forneça um instrumento processual efetivo para garantia do direito de acesso à justiça.

Seguindo lição de Canotilho⁸⁷ "[...] ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil, obter uma sentença executória com força de caso julgado". E, prossegue o renomado autor Português: "a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça". Proteção judicial em tempo adequado não quer dizer justiça acelerada, pois esta significa a diminuição de garantias materiais que podem conduzir a justiça pronta, mas materialmente injusta.

Tanto o princípio do contraditório e ampla defesa, quanto o julgamento num prazo razoável não devem conflitar-se, mas sim caminhar em harmonia dentro do mesmo processo, buscando sempre efetividade da tutela pleiteada, se for o caso de

⁸⁶ MACHADO, A. C. C. **Tutela antecipada**. 2ª edição. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 34.

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 499.

procedência. É por esta razão que adoção de novos meios e procedimentos se faz necessário, pois a ideia deve ser sempre adequação da justiça com processo mais efetivo.

2.6.1 Efetividade e técnica processual

A aplicação da técnica processual é de extrema valia no judiciário, interferindo diretamente no deslinde e também na efetividade do processo. Não é aceitável que efetividade processual seja ignorada pela técnica ou vice-versa. Para Gama⁸⁸

Técnica processual é conhecimento e aplicação dos meios oferecidos pela lei para desenvolvimento da relação processual. É manejo perfeito das normas processuais, ou seja, a utilização correta dos institutos do direito processual.

À luz do direito, a efetividade da jurisdição deve designar conjunto de direitos e garantias que a Carta Magna atribuiu ao indivíduo que provoca o Estado, ao reivindicar tutela de que se considera titular, por ser vedada a prática da autotutela.

Então, o juiz, representante do Estado, deve usufruir do seu poder soberano e autoridade para impulsionar a prestação jurisdicional da melhor forma possível, com meios adequados para garantir efetividade da sentença e concretização da tutela.

Caso o magistrado não disponha de conhecimento e técnica, pode aumentar o prazo de duração do processo, levando a parte a perder dinheiro e tempo, quem sabe até com prejuízos irreparáveis. Como exemplo, pode-se citar o caso em que o juiz não extingue um processo no início por faltar um dos pressupostos processuais ou até mesmo uma das condições da ação.

Portanto, a efetividade está ligada diretamente ao uso da técnica processual correta, contribuindo com toda a máquina do judiciário, desde que não afete a segurança jurídica.

⁸⁸ GAMA, R. R. **Efetividade do processo civil**. Campinas: Editora Copola, 1999, p. 34.

2.6.2 Efetividade e segurança

Apesar da efetividade ser consequência processual em abstrato, vários fatores impedem que o processo alcance os seus resultados concretos. Não é difícil perceber a insatisfação da população acerca da morosidade da justiça brasileira. Um dos pontos que barram a evolução da celeridade processual é a segurança jurídica, princípio este que tem importante função nas garantias constitucionais.

Tendo em vista toda a dilação probatória, decisão judicial e fase recursal, o processo deve respeitar um prazo razoável para sua conclusão efetiva, não sendo aceitável o transcorrer de tempo exacerbado sem oferecer solução funcional.

Diversas e corriqueiras medidas vêm sendo adotadas a fim de se buscar reestruturação no nosso sistema processual. Porém, alguns obstáculos travam a caminhada processual, como é o caso da segurança jurídica, que vai além do que trata a efetividade da aplicação da justiça. Busca-se o acerto da decisão, com bases probatórias sólidas, tratando aqui da infalibilidade das decisões.

Para Habermas, a tensão entre a facticidade e validade, imanente ao direito manifesta-se na jurisdição e a pretensão de tomar decisões corretas.⁸⁹ Assim, efetividade é voltada a solucionar os litígios, enquanto segurança jurídica deve estar presente para evitar decisões defeituosas.

Ainda acerca da segurança jurídica, Habermas⁹⁰ discorre

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. E aí o direito vigente aparece como um emaranhado intransparente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário. E essa história institucional do direito forma o pano de fundo de toda a prática de decisão atual. Na positividade do direito refletem-se também as contingências desse contexto de surgimento. De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento. E a passagem da

⁸⁹ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 245.

⁹⁰ Idem. *Ibidem*, p. 246.

perspectiva histórica para a sistemática acontece explicitamente, quando a justificação interna de um juízo, tece explicitamente, quando a justificação interna de um juízo, apoiada em premissas dadas preliminarmente, cede o lugar à justificação externa das próprias premissas.

Pelo ensinamento de Habermas, o direito não pode ficar adstrito ao positivismo defendido por Rawls, sendo impossível o tratamento dos casos atuais com o sistema que era adotado no passado. Assim, juízes devem julgar visando ao futuro e às tendências sociais.

Em nome da segurança jurídica, muitos réus se aproveitam deste princípio como artimanha, retardando o bom andamento processual até que consiga impossibilitar a efetivação do direito assegurado.

É de extrema urgência e importância que seja encontrado um meio termo, fazendo com que o direito seja realizado com base na efetividade sem deixar de lado a segurança.

2.7 SENTENÇA INIBITÓRIA E EVOLUÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO

Tão importante quanto estudar as modalidades das tutelas inibitórias, é entender que a sentença inibitória tem objetivo de antecipar algo, ou seja, prevenir ocorrência de determinado ato.

Esta sentença pode ser entendida como o meio pelo qual o Estado julga o conflito entre as partes, determinando que uma delas cumpra o provimento mandamental positivo (de fazer) ou negativo (não fazer), que será base de sustentação para efetividade processual. É o ato de julgar!

A tutela inibitória permite que ocorra sumarização da cognição no plano vertical, exigindo-se cognição plena e exauriente para julgamento da demanda e, assim, por se ligar à ideia de sentença, pode-se dizer que irá exaurir análise do contexto probatório, tornando-se apta a produzir efeitos de definitividade.

Em relação às sentenças executivas e mandamentais, Ovídio Araújo Baptista da Silva⁹¹ afirma que se diferenciam, pois

A execução é ao privado da parte que o juiz, através do correspondente processo - se a demanda fora condenatória ou

⁹¹ SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil : processo de conhecimento**, v. 1, 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 334.

desde logo por simples decreto, se a ação desde o início era executiva -, realiza em substituição à parte que deveria tê-lo realizado. Na sentença mandamental, o juiz realiza o que somente ele, como representante do Estado, em virtude de sua estatalidade, pode realizar. Isto interfere profundamente com o conceito de jurisdição que nos foi legado pela civilização européia, a partir das fontes romanas.

No mesmo plano de entendimento, Marinoni⁹² aduz de forma clara e objetiva que

A sentença mandamental, na verdade, difere de forma muito mais nítida da sentença declaratória do que a sentença condenatória. Na sentença mandamental o juiz tutela integralmente o direito do autor, enquanto a tutela condenatória constitui uma "tutela pela metade", já que correlacionada com a ação de execução. É preciso que se perceba que não há ordem ou uso de coerção na sentença condenatória, há simplesmente, declaração e aplicação da sanção.

Tendo em vista a possibilidade de aplicação de multa como medida coercitiva nas tutelas inibitórias, fica evidente entendimento que não se trata de tutela condenatória, mas tão somente mandamental por se relacionar com execução indireta, que busca efetividade imediata, independente de ação de execução. Neste sentido, Marinoni⁹³ explica que é necessário frisar, entretanto, que sentença mandamental não difere da condenatória apenas por conter ordem, mas fundamentalmente por poder levar tutela ao direito que não pode ser efetivamente tutelado mediante a condenação.

Ainda no plano estrutural e sistemático: só poderá haver execução forçada se for imposta alguma medida de coerção ao devedor. Assim, Marinoni⁹⁴ dispõe

Que a sentença condenatória abre oportunidade para a execução, mas não executa ou manda; a sentença mandamental manda que se cumpra a prestação sob pena de multa. Na condenação há apenas condenação ao adimplemento, criando-se os pressupostos para a execução forçada. Na sentença mandamental há ordem para que se cumpra sob pena de multa; há um "mandado", que não se confunde com o mandado que será expedido, já que o juiz *manda* que se cumpra e não apenas exorta ao cumprimento fixando a base para a execução forçada. Na sentença mandamental não há, note-se bem, apenas exortação ao cumprimento; e há de adimplemento que não é mera ordem, mas ordem atrelada à coerção.

⁹² MARINONI, L. G. **Tutela Inibitória : individual e coletiva**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998, p. 350.

⁹³ Idem. Ibidem, p. 351.

⁹⁴ Idem. Ibidem, p. 352.

Uma sentença que ordena sob pena de multa já usa a força do Estado, ao passo que a sentença que condena abre oportunidade para o uso dessa força. É correto dizer, nesse sentido, que a sentença que ordena sob pena de multa tem força mandamental, enquanto a sentença condenatória não tem força alguma, nem mesmo executiva; sua eficácia é que é executiva.

Parte da doutrina não reconhece sentenças mandamentais e executivas como espécies, mas sim como subespécies condenatórias. Neste teor, Humberto Theodoro Júnior⁹⁵ aduz que

Tanto as que se dizem executivas como as mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento. Sendo assim, não há razão para atribuir uma natureza diferente a tais sentenças. O procedimento em que a sentença se profere é que foge dos padrões comuns.

Inegável que há, no ordenamento jurídico contemporâneo, uma nova proteção jurisdicional visando a proteger essa nova modalidade de tutela. Sendo assim, não há motivo para classificação das sentenças continuar de forma imutável. Assim, não parece razoável manter classificação das sentenças segundo o entendimento trinário, porém, mister tecer alguns comentários mais aprofundados acerca das teorias trinária e quinária.

2.7.1 Classificação trinária das sentenças

Nesta teoria, classificam-se como sentenças as de características declaratórias, condenatórias e constitutivas de um direito. Conservam os valores da liberalidade do Estado.

Preocupado em criar sistema processual desvinculado do direito material, o entendimento de Chiovenda objetivava subtrair tendências do direito francês, por isso ficou conhecida como escola sistemática. Com isto, a ideia principal era de que legislação processual poderia viver isoladamente das relações com a legislação material.

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 583/584.

Certo é que o processo não pode ignorar o direito material. A doutrina percebeu que efetividade do processo não estava sendo alcançada, razão pela qual tiveram que rever conceitos criados, devendo entender que efetividade é pretensão do autor satisfeita no menor espaço de tempo e com o mínimo de esforço possível, sempre em concordância com normas processuais.

Assim como no direito italiano, a sentença condenatória também deixou de ser conceituada no direito brasileiro, conceituando-se encargo à doutrina. Esta foi caracterizada pela correlação com a execução por sub-rogação ou com a chamada execução forçada. A sentença condenatória determina ordem para que seja realizada execução forçada.

Independente da vontade do réu, a atividade executiva visa à efetividade do direito adquirido na cognição processual, entregando ao autor o equivalente ao quanto requerido inicialmente. Isto pressupõe que sentença condenatória depende de um ato executivo para realização de ordem de fazer ou não fazer.

Apesar de não ser o primeiro código criado, o Código Civil Francês, também conhecido por *Code Civil* ou Código Napoleão, foi o mais influente nos sistemas legais de outros países. Prova disso é o artigo 1.142 que instituía: “Toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de inadimplemento do devedor”. Este dispositivo conservava liberdade e defesa da personalidade.

Sabe-se que no século passado, o direito estava voltado à defesa do patrimônio, ou seja, não defendia tutelas específicas dos cidadãos. Por isso, não era necessário que uma sentença estivesse relacionada com multa pelo descumprimento, vez que esta medida seria entendida como meio de coerção.

Neste rumo, entendia-se que o Estado não poderia interferir nos conflitos dos particulares, pois, se as pessoas são iguais e livres para se constituírem, elas próprias devem se resolver em caso de inadimplemento. Nesse passo, foi criado um sistema para assegurar liberdade e igualdade de todos. Então, é claro que o Estado teria que intervir, mesmo nas relações privadas, por meio do direito processual. Verifica-se que, ao contrário da inibitória, a sentença declaratória limita-se a equilibrar relação jurídica que já foi estabelecida entre as partes.

No entanto, existe ainda, um aspecto político que não pode ser deixado de lado. Se a classificação das sentenças de Chiovenda tem a ver com os valores do Código Napoleão, não há como evidenciar motivos políticos que determinaram o

delineamento da figura do juiz francês, depois da Revolução Francesa, e a clara relação entre este modelo de juiz, despido de poder, e a classificação trinária das sentenças.

O Antigo Regime Francês, "*Ancien Régime*", tratava do sistema social e político aristocrático que tinha um regime concentrado nas mãos do rei. Nesta época, os Parlamentos, detentores de muitos poderes, exerciam o legislativo e atuavam mediante ordens. Tais ordens eram sancionadas mediante ameaça pessoal, prisão, bem como pagamento de quantia em espécie ou multa pecuniária.

Portanto, o princípio da incoercibilidade das obrigações inserido no artigo 1.142 do Código Napoleão defende que, em caso de inadimplemento, a sentença condenatória poderá valer-se dos mecanismos legais utilizados para execução, assegurando a liberdade do réu.

Na classificação trinária das sentenças, o juiz perde sua discricionariedade para executar medidas necessárias para julgamento do processo, restando apenas possibilidade de reparar o autor, de acordo com o valor do dano. Portanto, a transformação do juiz em mero burocrata da lei, terminou por retirar do sistema algo que lhe é pertinente, isto é, possibilidade de dar a quem tem direito seu gozo efetivo, evitando que todos possam expropriar direitos, desde que queiram pagar por eles.

Destarte, a doutrina processual contemporânea está redescobrendo ligação entre direito processual com direito material, pois verificou-se que a classificação trinária das sentenças não deu muito valor ao direito material e que por isso está em desacordo com a evolução do direito processual. Esta conclusão fica mais clara quando se percebe que os novos institutos processuais não podem ser tutelados no viés da classificação trinária.

2.7.2 Classificação quinária das sentenças

Apesar de todo entendimento por parte da doutrina europeia acerca da classificação trinária, Pontes de Miranda trouxe para a atualidade uma importante discussão com criação de nova classificação para ações. Classificação esta que se adequava mais à realidade nacional, reconhecendo as três sentenças já citadas - declaratória, condenatória e constitutiva -, bem como outras duas - executiva e mandamental. Assim, foi criada a classificação quinária das sentenças.

Vale lembrar que Pontes de Miranda não inventou estas outras duas

sentenças, vez que sempre estiveram presentes nas sentenças, independentemente do grau. Deu apenas a devida importância que elas mereciam no âmbito processual.

Não tem como falar em sentença condenatória sem pensar na sua execução, não sendo possível inserir sentença que estipula multa dentro da classificação trinária. Não é cabível união de provimentos que nunca tiveram ligação. Neste sentido, Marinoni⁹⁶ leciona

Admitir uma condenação-não-título-executivo é um equívoco de lógica, pois é aceitar um conceito e negá-lo ao mesmo tempo. Não admitir o conceito de sentença condenatória, projetando-se lhe a refundação, é desconsiderar que o conceito de condenação é elaboração científico-doutrinária e, ao mesmo tempo, desprezar não apenas os esforços que a doutrina fez para conceituar condenação, como também os valores culturais que presidiram a formação do conceito dessa modalidade de sentença. De qualquer forma, ainda que este possa ser o desejo de alguns, não há razão para se reunir na mesma categoria duas sentenças que, necessariamente, levarão a uma subclassificação, exatamente por não se conciliarem.

Percebe-se grande diferença entre condenação com força de execução para sentença mandamental.

Na sentença condenatória o autor requer adimplemento do quanto exposto na decisão judicial, independentemente da vontade do réu. Aplica-se a execução forçada direta, viabilizando realização do direito, mesmo que contra a vontade do réu. Por se tratar de execução forçada direta, o magistrado sentencia nos termos da lei, criando pressupostos para execução.

A sentença executiva tem considerável relevância para a tutela dos direitos que não podem ser adequadamente tutelados mediante via ressarcitória, já que o ato ilícito com eficácia continuada, que muitas das vezes fere direitos desse porte, deve ser retirado de maneira mais rápida, visto que ao propósito da ação de execução certamente não colabora. E já foi dito que não precisa mencionar em condenação, que supõe prestação a ser atendida, quando se está perante de um ilícito; basta a prática de atos materiais para retirada do ato que já foi declarado ilícito pela sentença.

No caso da ação de reintegração de posse, a sentença é exclusivamente executiva, pois neste caso, o autor já comprovou sua legitimidade perante a

⁹⁶ MARINONI, L. G. **Tutelas inibitórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 42.

propriedade que foi objeto da demanda. Assim, sentenciado o processo, restará apenas ao oficial de justiça cumprir provimento jurisdicional.

Enquanto uma objetiva reparar o dano, outra visa a remoção do ilícito. Assim, quanto se tratar de conduta ilícita, não tem como falar em inadimplemento, pois este está ligado diretamente às obrigações. Ao sentenciar reconhecendo a ilicitude, o juiz determinará quais atos o réu deverá cumprir para extinguir o ilícito em questão.

Já na sentença mandamental, o juiz determina que o réu cumpra o quanto determinado, porém, não tem como garantir realização imediata pelo devedor. Nesta sentença, o autor depende da vontade do réu para cumprir a ordem judicial, por tal razão aplica-se execução indireta. Quando determinado cumprimento, evita processo de execução, ou até mesmo cumprimento de sentença, vez que, no caso do réu cumprir a sentença mandamental, estará resolvido o, direito material, objeto da lide entre as partes.

Apesar de muito citada no direito brasileiro, a sentença mandamental não possui definição específica para tal modalidade.

Ovídio Batista da Silva⁹⁷ definiu

A ação mandamental tem como fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz *ordena* e não simplesmente *condena*. E nisto reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do Processo de Conhecimento.

Ao contrário da sentença condenatória, que dá oportunidade para a execução, a mandamental manda que o réu atenda o quanto requerido pelo autor com a determinação do Estado, mediante coerção indireta. O Estado, dotado de seu poder soberano, tem condição de sentenciar sob pena de multa.

O princípio base da sentença mandamental, nada mais é do que a ordem emitida pelo juiz, na qualidade de representante do Estado, sob pena de multa. No caso do juiz proferir sentença e a ordem servir apenas como "meio de execução",

⁹⁷ SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil : processo de conhecimento**, v. 1, 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 334.

estar-se-á diante de uma sentença constitutiva com execução imprópria.

Trazendo para o campo prático, tem-se no ordenamento jurídico brasileiro: artigos 461 do Código de Processo Civil de 1973; 536 do novo Código de Processo Civil de 2015 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que autorizam o juiz a sentenciar utilizando certas medidas de execução para tornar efetiva a tutela requerida, independente da vontade do réu. Estes dispositivos não se confundem com ações e sentenças condenatórias, sendo tão somente de cunho mandamental.

Como exemplo de sentença mandamental, pode-se citar a interdição de determinada mineradora que está causando graves prejuízos ecológicos ou alguma jurisprudência referentes aos diversos mandados de segurança com requerimento mandamental. Neste sentido, cita-se o caso em que foi concedida a ordem mandamental para obrigar o poder público a fornecer o medicamento necessário ao impetrante de Mandado de Segurança⁹⁸.

Apelação –Mandado De Segurança com Pedido De Liminar - Fornecimento de Medicamento – Preliminar: Ilegitimidade passiva não configurada – Responsabilidade solidária no que tange ao funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198, II, da CF). Mérito: Pretensão mandamental voltada à condenação da Municipalidade a fornecer os medicamentos "INSULINA HUMALOG® (LISPRO)" e "INSULINA LANTUS® (GLARGINA)" em favor da paciente portadora de Diabetes Mellitus (CID10:E14.0) - Direito constitucional à saúde (art. 196, da CF/88) – Dever do Poder Público de fornecer medicamentos àqueles que necessitam e se encontram em situação de vulnerabilidade econômica – Princípio da reserva do possível inoponível em relação ao direito à vida e à saúde – Necessidade e eficácia do tratamento demonstradas – Sentença concessiva da ordem de segurança mantida, com observação – Recursos, oficial e voluntário da Municipalidade, desprovidos.

Pode-se dizer que a diferença entre sentença mandamental e condenatória inicia e termina pelos próprios verbos mandar e condenar, com resultado final nos meios jurídicos para buscar efetividade jurisdicional, sendo que na primeira, é cabível coerção e, na última, só poderá alcançar finalidade por intermédio dos meios de sub-rogação.

É de fácil percepção o surgimento de nova técnica processual, não havendo razão para manter classificação trinária de forma absoluta e imutável. A tentativa de

⁹⁸ TJ/SP, Recurso de Apelação nº 0017616-80.2013.8.26.0309, Relator: Paulo Barcellos Gatti; Comarca: Jundiaí; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 29/02/2016; Data de registro: 03/03/2016.

conservar classificação trinária é proveniente de equívoco sobre a verdadeira função das classificações, vício que na realidade, não é achado apenas entre juristas, mas que no direito acaba adquirindo um peso relevante. A sentença inibitória não se enquadra na classificação trinária, pois exerce função de ordem imediata, podendo utilizar dos meios coercitivos para seu cumprimento, ou seja, completamente diferente da natureza da sentença meramente condenatória.

É de extrema valia reconhecer que eficácia jurídica de determinadas ações dependem da característica intrínseca de cada uma, inclusive da sentença executiva e mandamental. Assim, pode-se concluir que, ao proferir sentença inibitória, o juiz está ordenando o cumprimento da decisão judicial, devendo o réu cumprir a obrigação processual que lhe foi imposta, sob pena de sofrer penalidades coercitivas.

Pelo fato das ações serem variadas, impossível determinar que a execução seja realizada de forma geral, necessitando haver um rito e uma forma para cada situação processual, por isso a distinção de sentença inibitória com condenatória.

2.7.3 Sentença inibitória e sua característica mandamental

Como analisado anteriormente, a ação inibitória é utilizada para evitar que um ilícito seja cometido. Busca-se barrar o ato antes da sua realização, por tal razão, é necessário que haja uma sentença com força mandamental para esta finalidade.

Analisar a sentença inibitória de acordo com classificação trinária é negar força de imposição e efetividade imediata, assim como não é possível apenas tutela ressarcitória de caráter patrimonial. Quando o autor busca garantir seu direito por meio da tutela inibitória, não significa que quer substituir seus direitos e garantias fundamentais por pecúnia. Busca-se na verdade um ato do Estado para evitar ou ordenar algo imediato.

De acordo com os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, a pretensão do autor não é mera condenação do réu, mas sim impedir o ilícito de forma imediata.

No sentido mais objetivo, as tutelas inibitórias tratam-se de obrigação de fazer ou não fazer e entregar coisa, por isso a sentença inibitória possui meios coercitivos para adimplemento da obrigação ou até mesmo para ordenar que ocorra o resultado prático equivalente àquele pretendido pelo titular do direito.

Por ter força mandamental, os juízes podem utilizar de meios hábeis para garantir o cumprimento da ordem, de forma a inibir o inadimplemento.

Todavia, muitas vezes a medida coercitiva utilizada inicialmente não é eficaz para evitar a conduta ilícita, tornando-se inadequada a prestação jurisdicional. Por este motivo, o legislador garantiu no § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil que o juiz poderá determinar medidas necessárias para tanto. Percebe-se que não há positivismo determinando de forma taxativa quais medidas poderão ser utilizadas para efetividade da ordem. Portanto, fica a critério do julgador imposição da medida coercitiva mais adequada ao caso concreto, sempre buscando garantir de forma efetiva direito do autor.

Fugindo do princípio da congruência, a sentença inibitória não fica restrita ao pedido do autor. Isto quer dizer que, caso o juiz perceba que a medida requerida será ineficaz para a garantia do direito, poderá adotar meios coercitivos diversos do requerido inicialmente. Não há violação ao princípio da correlação entre pedido e sentença, pois o Estado tem a obrigação de entregar, de forma imediata, o direito ao titular.

Portanto, se por um lado o juiz deve respeitar os limites do pedido do autor, por outro não deve medir esforços para buscar resultado final. Assim, ao conceder tutela inibitória e conseguir efetividade por meio de alguma medida coercitiva, entregará o direito por meio da mais pura função jurisdicional do Estado.

2.8 EXECUÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA E SUA EFICÁCIA REAL MEDIANTE MEIOS COERCITIVOS

Ao ingressar com ação visando a defender direito fundamental por meio das tutelas inibitórias, a parte requer atitude imediata e efetiva do Poder Judiciário. Defender que a execução inibitória tenha que seguir rito diferente do atual seria ir contra princípio imediato do instituto.

Diante da finalidade mandamental da sentença inibitória, não há lógica se não for imposta algum meio coercitivo para seu fiel cumprimento. Por isso, é de suma importância analisá-los para inibir ilícito.

Por não precisar de uma ação ou outro procedimento executivo, denomina-se meio de execução atípico, possibilitando que o juiz atue de maneira mais maleável e eficaz de acordo com cada caso. O novo Código de Processo Civil

manteve o rol exemplificativo destes meios atípicos de execução, ou seja, não são imutáveis, podendo o magistrado utilizar medida que achar necessário, desde que fundamente sua decisão para cada caso concreto.

Por Alexandre Freitas Câmara⁹⁹

Além disso, quando for proferida sentença que condene o demandado a cumprir obrigação de fazer ou de não fazer, a efetivação do comando contido na sentença se dará, conforme dispõe o art. 461, § 5º, do CPC, de ofício ou mediante requerimento do credor, no mesmo processo em que se proferiu a sentença condenatória, dispensada a instauração de processo executivo *exintervallo*. Jamais haverá, pois, processo de execução de sentença que condene a cumprir obrigação de fazer e de não fazer, aplicando-se as regras constantes do Livro II do CPC (subsidiariamente aplicáveis, conforme estabelece o art. 644 daquele diploma) apenas para suprir eventuais lacunas existentes no art. 461. Em outros termos, só haverá processo de execução de obrigação de fazer ou de não fazer quando o título executivo for outro que não a sentença condenatória. Sendo esta o título, não será instaurado o processo executivo, sendo a efetivação do comando contido na sentença um resultado a ser buscado no mesmo processo em que a decisão tenha sido proferida, através das medias previstas no art. 461, § 5º, do CPC, com aplicação subsidiária dos dispositivos sobre execução de obrigação de fazer ou de não fazer constantes do Livro II do Código de Processo Civil.

Não resta dúvida de que o § 1º do artigo 536 do novo Código de Processo Civil é exemplificativo ao dispor que o juiz poderá determinar, entre outras medidas, imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar auxílio de força policial.

O legislador não teve a intenção em limitar a atuação do juiz, por isso, no § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973, a expressão utilizada foi "medidas necessárias" e no § 1º do artigo 536 do novo Código de Processo Civil o legislador optou pela expressão "entre outras medidas". Assim, nota-se opção por manter amplos poderes ao juiz, pois não são raras as vezes em que o executado descumpra a ordem mandamental por ter segurança de que nenhuma medida mais enérgica será tomada pelo Estado-juiz. Tanto a expressão de 1973 quanto a de 2015 não podem e não devem ser interpretadas como lacuna da lei.

Apesar de ser da essência da execução coercitiva certa desproporção entre

⁹⁹ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual Civil**: v. 1. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 105

ilícito e coerção, é certo que a escolha das medidas coercitivas atípicas deverão ser aplicadas mediante princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Mesmo assim, é essencial que o réu fique com o sentimento de que o prejuízo que ele sofrerá pelo descumprimento é maior do que o cumprimento do mandamento judicial. Daí a difícil missão em estabelecer limites à atuação do juiz.

Fazendo analogia entre cobrança indireta por meio de medidas administrativas pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é válido lembrar as súmulas 70¹⁰⁰, 323¹⁰¹ e 547¹⁰² editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se que a Suprema Corte tratou como ilegítimos alguns meios coercitivos para pagamento dos tributos. Assim, o legislador não impôs limite à atuação do juiz na execução coercitiva inibitória.

Nas referidas súmulas, foram tratados princípios da proporcionalidade e razoabilidade ao proibir estabelecimento empresarial de manter atividades até o pagamento do tributo. A incompatibilidade da medida é visível pelo simples fato de, caso a empresa fique impedida de operar, a mesma não obterá receita e conseqüentemente, pagamento do tributo se distanciará cada vez mais.

No caso de desproporcionalidade da medida coercitiva imposta como meio de execução indireta, a sentença inibitória poderá sofrer inversão do caráter imediato e efetivo do instituto.

Destaca-se que execução da tutela inibitória por via dos meios coercitivos não poderá inviabilizar cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer. É necessário que ele seja recebido pelo réu como sacrifício, porém, sem ser confundido com pena ou até mesmo castigo. Mesmo a medida coercitiva não sendo aplicada como castigo, possui caráter subjetivo de educação e respeito ao Poder Judiciário.

Tendo em vista princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o réu poderá deixar de cumprir ordem mandamental, sempre que perceber que a medida coercitiva foi aplicada de forma drástica e impertinente ao caso concreto, pois sabe que ela será revogada, dada sua exorbitância. Como exemplo, cita-se o caso

¹⁰⁰ Súmula 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

¹⁰¹ Súmula 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

¹⁰² Súmula 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

recente em que juiz determinou o bloqueio do *WhatsApp* por não fornecer o quanto solicitado em uma ação judicial. Tendo em vista que a medida violou direito fundamental de todos à comunicação, a empresa não aceitou pressão imposta por ter a certeza de que seria revogada. E foi o que aconteceu nas primeiras horas úteis, após efetivação do bloqueio.

Analisando as questões pragmáticas, Habermas¹⁰³ coloca

na perspectiva de um ator que procura os meios apropriados para a realização de preferências e fins que já são dados, mas pode dar-se o caso em que os próprios fins se tornam problemáticos. E, a partir daí, não se trata mais de uma simples escolha pragmática dos meios, e sim, de uma avaliação racional de fins à luz de valores aceitos. A vontade do ator continua sendo determinada por interesses e orientações axiológicas, porém está aberta a novas alternativas da escolha dos meios ou da colocação de fins. Para a escolha fundamentada de técnicas ou estratégias de ação, existem comparações e ponderações que o agente, apoiada em observações e prognoses, pode desenvolver sob os pontos de vista da eficácia ou de outras regras de decisão. A ponderação de fins, orientada por valores, e a ponderação pragmática de meios, leva a recomendações hipotéticas que colocam em relação as causas e efeitos, de acordo com preferências axiológicas e finalidades.

Assim, é necessário que o juiz analise cada caso concreto para decidir qual o meio coercitivo cabível. A medida coercitiva mais aplicada na prática forense é a multa diária, porém, sem possuir força para pressionar o réu a cumprir o comando judicial.

2.9 ASTREINTES

Como já estudado, o ilícito difere do dano; a *astreinte* imposta pelo juiz tem finalidade de obrigar o réu a cumprir determinada ordem judicial, enquanto a indenização tem o condão de ressarcir dano sofrido pela parte contrária.

Se o juiz, na qualidade de representante do Estado, determina que o réu não pratique determinado ato e este último ignora a ordem inibitória, a multa deverá ser aplicada mesmo que o ilícito não tenha sido danoso. Tal diferença é de suma importância, vez que multa e indenização não se confundem nas tutelas inibitórias.

As *astreintes* podem ser fixadas pelo magistrado pelo descumprimento de

¹⁰³ HABERMAS, J. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 200.

obrigação contida em lei, em sentença e, atualmente, a tendência é que seja aceita em caso de contrato particular.

O objetivo principal da multa é forçar o réu a cumprir determinação imposta pelo juiz, evitando que o ato citado pela parte autora seja praticado, repetido ou continuado. Por isso, trata-se de sentença mandamental.

A aplicação da multa é meio de execução, com coerção indireta; impõe ao réu escolha de agir conforme determinado e se livrar da multa ou descumprir ordem judicial e sofrer a sanção pecuniária imposta.

A aplicação das *astreintes*, como forma de coerção, não tem eficácia quando a parte não dispuser de condições financeiras para arcar com o pagamento da multa, fazendo com que a decisão judicial seja totalmente ineficaz.

Outro aspecto relevante, refere-se ao valor da multa. Tanto o Código de Processo Civil de 1973, quanto no promulgado em 2015, não foi estipulado limite para aplicação da multa, podendo, inclusive, superar o valor que a parte autora está pleiteando juridicamente.

2.9.1 Possibilidade de cumular as *astreintes* com a indenização

No Brasil a discussão foi encerrada por intermédio da lei nº 8.952/94 que incluiu o § 2º no artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973. Ficou expresso que indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa, ou seja, é possível cumulação de ambos os valores.

Defendendo posição do legislador, João Calvão da Silva¹⁰⁴ ensina que "[...] a sanção pecuniária compulsória não tem, pois, natureza indenizatória, sendo independente da existência e da extensão do dano resultante do não cumprimento pontual e do desrespeito ou do não respeito no tempo devido da condenação que reforça.

Cumulatividade das *astreintes* com indenização fica claro na permissão da primeira ser cobrada independentemente da segunda. Caso o réu cumpra a ordem judicial fora do prazo determinado, a parte autora poderá cobrar a multa, mesmo após a efetividade da ordem.

Assim como nos demais casos, nas tutelas inibitórias não seria diferente. A

¹⁰⁴ SILVA, J. C. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 410.

astreinte será cabível no caso de descumprimento da ordem, mesmo que o ilícito praticado pelo réu não tenha produzido nenhum dano. Deve-se entender que multa tem caráter de apenas pelo descumprimento e desrespeito ao Poder Judiciário. Não pode ser confundida com indenização pelo simples fato de que, caso assim fosse feito, a tutela inibitória perderia sua eficácia, pois o réu não seria prejudicado, pagaria apenas por eventual dano causado.

Nas palavras de João Calvão da Silva¹⁰⁵, sem correta compreensão dos diferentes escopos da multa e da indenização, o caráter coercitivo da primeira não passaria de miragem ou mesmo ilusão. Faltar-lhe-ia, como bem diz João Calvão da Silva¹⁰⁶, condição essencial da sua eficácia, isto é, da sua capacidade de realizar finalidades que lhe são próprias – forçar o devedor a cumprir a obrigação e respeitar a ordem do juiz –, porquanto a indenização respeita ao prejuízo que repara, mas não previne e não faz cessar o ilícito, fonte que urge secar.

O legislador manteve no Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade de cumular indenização com multa, conforme disposto no artigo 500: "A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compeli-lo ao cumprimento específico da obrigação."

O dispositivo do novo Código de Processo Civil também ocupou uma das regras contidas no artigo 461 do Diploma Legal de 1973, mais precisamente no § 2º, quando a indenização não se confunde com multa eventualmente imposta ao réu, para compeli-lo ao cumprimento da obrigação na forma específica.

2.10 CRITÉRIOS PARA IMPOSIÇÃO DA MULTA

A multa, também chamada de *astreintes*, nada mais é que meio coercitivo mais utilizado por sua objetividade de forçar o réu a cumprir ordem imposta pelo juiz, convencendo-o de que é melhor cumprir a ordem do que sofrer diminuição do patrimônio.

Para que alcance sua finalidade coercitiva, é necessário que a multa seja fixada com base em critérios que devem ser analisados caso a caso pelo magistrado, buscando sempre efetividade jurisdicional a favor do titular do direito.

¹⁰⁵ SILVA, J. C. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1987, 411.

¹⁰⁶ Idem, ibidem.

Não tem como afirmar que cumulação da indenização com a *astreinte* imposta pelo juiz ensejaria o direito real do autor. Se o direito deste versar sobre patrimônio, deve ser reparado pela indenização por perdas e danos. Se versar sobre direito não patrimonial, não há dinheiro que pague o prejuízo, ou seja, a multa será incapaz de reparar o ato ilícito.

O artigo 1.005 do Código de Processo Civil de 1939 estipulava que a multa não poderia exceder o valor da prestação¹⁰⁷. O dispositivo foi alterado pelo Código de Processo Civil de 1973, dispondo que ela não sofre limitação em relação ao valor, ficando a critério do juiz sua fixação. Acompanhando codificação de 1973, o artigo 537 do novo Código de Processo Civil manteve posição de que caberá ao magistrado a estipulação da multa, podendo modificá-la de acordo com cada caso concreto.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Antes da lei nº 8.953/94, o artigo 644 do Código de Processo Civil de 1973 trazia a seguinte redação "Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz". O legislador não estabeleceu limite para a multa, razão pela qual a doutrina majoritária entendeu

¹⁰⁷ Art. 1.005 do CPC/39. Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação.

que cabe ao magistrado determiná-la de acordo com seu convencimento para efetividade da ordem.

Após a lei nº 8.953/94, o Código de Processo Civil passou a dispor sobre o tema no seu artigo 461, não pairando mais dúvidas acerca da fixação das *astreintes* em valor superior ao da prestação. O Estado tem obrigação de dar à parte, exatamente aquilo que lhe é de direito, mesmo que pra isso a multa tenha que ser astronômica.

O réu precisa perceber que cumprir ordem judicial é muito mais benéfico do que sofrer diminuição patrimonial, pois o juiz deverá levar em consideração a capacidade econômica do réu para fixar o valor da multa.

Não basta que o juiz verifique a capacidade econômica do réu por meio dos bens móveis ou imóveis. É necessário que seja fixada de acordo com sua real situação como um todo, englobando valores auferidos como salário e demais receitas.

Atualmente, é permitido que o juiz modifique o valor da multa, sendo que os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor não discorrem acerca dos limites para a multa. O Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁸ já se pronunciou acerca da possibilidade de majoração das *astreintes*.

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASTREINTE. VALOR INSUFICIENTE. LIMINAR OBTIDA. EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO SUSPENSA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO COM FUNDAMENTO EM CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. EXIGIBILIDADE SUSPENSA. NEGATIVAÇÃO NO SERASA. CONSEQUÊNCIA DIRETA DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. DESCASO DO DEVEDOR. DESCUMPRIMENTO QUE PERSISTE. GRANDE CAPACIDADE ECONÔMICA DO EXECUTADO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO. DEFERIMENTO. MULTA COMINATÓRIA MAJORADA. 1. A negativação do nome do devedor em cadastro restritivo de crédito como consequência direta do ajuizamento de ação de execução lastreada em contrato de confissão de dívida, configura descumprimento de ordem judicial exarada em decisão que deferiu pedido liminar para suspender a exigibilidade do título executivo extrajudicial e determinar uma obrigação de não fazer, consistente no impedimento à exequente de lançar o nome do autor em cadastros negativos. 2. Sendo o descaso do devedor o único obstáculo ao cumprimento da determinação judicial para o qual havia a incidência

¹⁰⁸ STJ - REsp: 1185260 GO 2010/0044781-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/10/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/11/2010.

de multa diária e considerando-se que ainda persiste o descumprimento da ordem, justifica-se a majoração do valor das astreintes. 3. A astreinte deve, em consonância com as peculiaridades de cada caso, ser elevada o suficiente a inibir o devedor – que intenciona descumprir a obrigação – e sensibilizá-lo de que é muito mais vantajoso cumpri-la do que pagar a respectiva pena pecuniária. Por outro lado, não pode o valor da multa implicar enriquecimento injusto do devedor. Precedentes. 4. Na hipótese de se dirigir a devedor de grande capacidade econômica o valor da multa cominatória há de ser naturalmente elevado, para que se torne efetiva a coerção indireta ao cumprimento sem delongas da decisão judicial. Precedentes. 5. Recurso especial provido, para majorar a multa cominatória ao importe de R\$7.000,00 (sete mil reais) por dia de descumprimento, sem prejuízo das atualizações legalmente permitidas, adotando como termo inicial, da mesma forma como fez o Tribunal de origem, a data da intimação pessoal do representante legal da recorrida, qual seja, 28 de julho de 2006, de modo que, até o presente momento, resultam aproximadamente 49 meses de descumprimento.

Para que ficasse claro, no § 1º, I e II do artigo 537 do novo Código de Processo Civil, o legislador manteve entendimento de que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, bem como nos casos em que o obrigado demonstrou o cumprimento parcial superveniente da obrigação, ou justa causa para descumprimento.

Assim, comparando o direito brasileiro com o argentino, percebe-se a semelhança em relação à progressividade da multa. Neste sentido, Luis Ramon Madozzo¹⁰⁹ ensina que tais sanções "[...] dada a sua finalidade, podem ser progressivas, ou seja, fixadas em uma pequena taxa diária ou podem ser aumentadas, caso a parte resista a liminar." Acredita-se que multa progressiva é a melhor forma de quebrar a resistência do réu em relação a ordem imposta.

Para José Eduardo Carreira Alvim¹¹⁰, quando o juiz fixar multa, esta deverá ser imposta diariamente, afastando a possibilidade da multa em valor fixo ou por período diverso de tempo. Afirma ainda que “a *mens legis* foi mesmo a *multa diária*, com o que se evita a eventual decomposição do seu valor, fixado por período diverso (semana, quinzena ou mês), para o caso de vir a obrigação a ser satisfeita

¹⁰⁹ MADOZZO, L. R. **Derecho procesal civil: medidas conminatorias**. Genesis – Revista de Direito Processual Civil 1/156.

¹¹⁰ CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**, Forense, 2002, p. 171.

antes do termo final”.¹¹¹ Este entendimento em relação a *mens legis* não merece prosperar, vez que não seria aplicável nos casos em que a parte detentora do direito deseja impedir prática ou a repetição do ilícito por outra pessoa. Assim, não há como se falar em multa diária, mas tão somente na fixação da multa em valor pré-fixado.

Não resta dúvida acerca do valor da fixação das *astreintes*, podendo, inclusive, ser imposta por meio de outro meio de coerção. Portanto, restava ao legislador decidir quem é o beneficiário da multa.

2.12 BENEFICIÁRIO DA MULTA

Tendo em vista que o objetivo da *astreinte* é coagir a parte a cumprir determinada ordem judicial, é óbvio que não é imputada a natureza de pena ou qualquer outra classificação reparatória. Por isso, a *astreinte* não supre o direito buscado pelo autor.

O Código de Processo Civil em 1973 deixou lacuna no que tange o destinatário da multa, limitando-se apenas a dispor no § 2º do artigo 461 que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa.

Atualmente, o entendimento jurisprudencial é que o valor da multa pelo descumprimento de ordem judicial destina-se à parte autora. Entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça¹¹².

ASTREINTES. DESTINATÁRIO. AUTOR DA DEMANDA. A Turma, por maioria, assentou o entendimento de que é o autor da demanda o destinatário da multa diária prevista no art. 461, § 4º, do CPC – fixada para compelir o réu ao cumprimento de obrigação de fazer. De início, ressaltou o Min. Marco Buzzi não vislumbrar qualquer lacuna na lei quanto à questão posta em análise. Segundo afirmou, quando o legislador pretendeu atribuir ao Estado a titularidade de uma multa, fê-lo expressamente, consoante o disposto no art. 14, parágrafo único, do CPC, em que se visa coibir o descumprimento e a inobservância de ordens judiciais. Além disso, consignou que qualquer pena ou multa contra um particular tendo o Estado como seu beneficiário devem estar taxativamente previstas em lei, sob pena de afronta ao princípio da legalidade estrita. Cuidando-se de um regime jurídico sancionatório, a legislação correspondente deve, necessária e impreterivelmente, conter limites à atuação jurisdicional a partir da qual se aplicará a sanção. Após minucioso exame do

¹¹¹ CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**, Forense, 2002, p. 171.

¹¹² REsp 949.509-RS, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para o acórdão Min. Marco Buzzi, julgado em 8/5/2012.

sistema jurídico pátrio, doutrina e jurisprudência, destacou-se a natureza híbrida das *astreintes*. Além da função processual – instrumento voltado a garantir a eficácia das decisões judiciais –, a multa cominatória teria caráter preponderantemente material, pois serviria para compensar o demandante pelo tempo em que ficou privado de fruir o bem da vida que lhe fora concedido seja previamente, por meio de tutela antecipada, seja definitivamente, em face da prolação da sentença. Para refutar a natureza estritamente processual, entre outros fundamentos, observou-se que, no caso de improcedência do pedido, a multa cominatória não subsiste. Assim, o pagamento do valor arbitrado para compelir ao cumprimento de uma ordem judicial fica, ao final, dependente do reconhecimento do direito de fundo.

Entretanto, o entendimento não parece ser o mais adequado, vez que a multa tem objetivo de ajudar o autor na busca pelo seu direito. Trata-se de mecanismo processual que o juiz pode utilizar para garantir efetividade e manter respeito ao Poder Judiciário.

Entendimento este que se pauta pelo simples fato de que a multa poderá ser executada independente de estar vinculada ao direito material.

Se o Estado não puder valer-se de medidas coercitivas na sentença mandamental, suas decisões não surtiriam efeito algum. A possibilidade do Estado utilizar este instrumento faz com que prevaleça o poder soberano estatal, podendo ser aplicada na tutela antecipatória, na sentença e também na fase executiva.

Ao buscar garantia da tutela inibitória, é natural que a parte autora requeira imposição de multa coercitiva; o juiz a aplica de ofício e da forma que bem entender para uma melhor resolução do conflito. Porém, mesmo com pedido realizado na petição inicial, tais valores não são do autor por direito. Basta pensar no caso do réu cumprir a ordem dentro do prazo estipulado que a multa será inexistente, sendo impossível execução pelo autor. A multa imposta funciona como pressão por parte do Estado para o adimplemento imediato. A *astreinte* não é um benefício, mas sim um mecanismo processual e não deve integrar o patrimônio do autor.

Jean Carbonnier¹¹³, raciocinando nesta mesma linha, e já aludindo ao artigo 33 da lei 91-650/91, argumenta que se a *astreinte* objetiva assegurar a efetividade das decisões judiciais, seria racional que o seu montante revertesse para o Estado.

O problema de princípio tendo sido esvaziado por lei, talvez ele deve estar preocupado com o abuso da pena, porque há. Se é para garantir o cumprimento das decisões judiciais, como sugerido pela lei

¹¹³ CARBONNIER, J. *Droit civil – Les obligations*. v. 4, France, 1956, p. 587.

de 1991 (s. 33) , ao que parece racional à deriva ao Estado o benefício da pena, para fazer um multa por desrespeito ao tribunal.

No artigo 829-A, n. 3 do código português ficou determinado que o credor e o Estado receberão partes iguais quando se tratar de multa coercitiva.¹¹⁴

Para evitar enriquecimento ilícito da parte, presume-se que o melhor sistema é aquele que estipula que a multa aplicada pelo descumprimento de ordem judicial reverte-se apenas ao Estado.

Acabando com toda a discussão, o novo Código de Processo Civil de 2015 foi expresso ao dispor que no § 2º do artigo 537 que o valor da multa será devido ao exequente. Com isso, a legislação processual coloca fim às diversas teorias em relação ao beneficiário da multa. Ao tratar o tema, Cassio Scarpinella Bueno¹¹⁵ lembrou o Projeto do Senado.

A multa é devida ao exequente independentemente de seu valor e de sua correlação com a expressão monetária da obrigação principal (§ 2º), orientação presente no Projeto da Câmara que prevaleceu sobre o Projeto do Senado, em que ela era devida ao exequente até o valor da obrigação e o excedente destinava-se ao Estado ou à União, consoante o processo tramitasse na Justiça Estadual ou Federal. Se a executada fosse entidade pública, o excesso destinava-se à entidade pública ou privada com finalidade social.

Apesar do novo Código de Processo Civil ter apenas positivado o entendimento da jurisprudência atual, este não parece ser o mais acertado. A multa coercitiva não foi e nunca será direito do autor, mas tão somente um poder do Estado para obrigar o executado a cumprir sentença específica proferida em relação aos direitos fundamentais.

Além desta questão no ordenamento jurídico brasileiro, parte da doutrina ainda diverge qual seria o momento exato para a exigibilidade da multa. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a multa é cabível apenas após a intimação da parte.

¹¹⁴ Art. 829-A, n. 3 - O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado.

¹¹⁵ BUENO, C. S. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 369.

2.12 CONTROVÉRSIA ACERCA DA COBRANÇA DA *ASTREINTE*

A multa possui caráter coercitivo, por isso sua cobrança não pode ser excluída, mesmo que a sentença final seja revogação da tutela concedida. O ponto principal é a ameaça exercida pelo Estado, que o réu não pode ignorar por entender que ganhará a ação. Ninguém poder ter a plena convicção que vencerá, antes do último julgamento.

De acordo com o novo Código de Processo Civil, é possível a execução provisória da multa, sendo que só poderá ser levantada após o trânsito em julgado. Tanto o requerimento inicial da parte autora nas tutelas inibitórias, quanto a aplicação da multa coercitiva para fiel cumprimento da ordem, têm caráter imediato, não podendo esperar que sentença seja executada por outro caminho. Cassio Scarpinella Bueno¹¹⁶ afirma que

A multa é passível de cumprimento provisório. Contudo, excepcionando a regra do art. 520, IV, ela só pode ser levantada após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo de recurso especial ou extraordinário fundamentado nos incisos II ou III do art. 1.042 (§ 3º). A restrição àquelas duas hipóteses de agravo em recurso extraordinário é indevida porque atrita com o devido processo legislativo, tendo incidência, aqui, as mesmas considerações feitas ao ensejo da anotação ao art. 521, III.

De acordo com o § 4º, extraído do Projeto do Senado, com alteração redacional, a multa será devida desde o dia em que o descumprimento da decisão ficar configurado e incidirá enquanto esta não for cumprida. Eventual alteração de seu valor deverá levar em conta o disposto no § 1º do art. 537.

A exemplo do § 5º do art. 536, a disciplina é aplicável ao cumprimento de sentença que diga a respeito a deveres de fazer ou de não fazer sem natureza obrigacional (§ 5º).

O momento eficaz da multa é quando o réu cumpre o mandamento jurisdicional, cessando sua imposição.

Apesar da possibilidade de cobrança da multa antes do trânsito em julgado, o tema é complexo quando se questiona a legalidade da cobrança da *astreinte* no caso em que a sentença final não confirma a tutela antecipada deferida inicialmente. Assim, fica a dúvida: será válida a cobrança da multa quando a sentença julgar a ação improcedente? R. SIM!

¹¹⁶ BUENO, C. S. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 369.

Seguindo o mesmo entendimento contrário ao novo Código de Processo Civil em que a multa deverá ser dirigida ao Estado e não ao exequente, é possível a cobrança da multa quando a ação for julgada improcedente. Explica-se. A multa tem caráter coercitivo e relaciona-se com o direito processual. É aplicável para garantir a efetividade jurisdicional, independente do resultado final. Como o próprio dispositivo legal aduz, o descumprimento caracteriza atentado à dignidade da justiça. Enfraquece o Estado perante toda a população.

Assim, da mesma forma que o autor não pode ser prejudicado quando estiver com a razão, este não poderá se beneficiar quando não tiver razão pelo simples fato do réu descumprir determinação judicial, fato que não lhe compete. Nesses casos, não faz sentido a multa ser encaminhada ao exequente que perdeu a ação. Por isso, conclui-se que a multa deverá ser executada pelo Estado, pois este foi e sempre será o titular da ordem que foi descumprida pelo executado.

3 DA TUTELA INIBITÓRIA AO CONTEMPT OF COURT

Por meio do direito comparado, pode-se perceber que, além do processo civil pátrio buscar efetividade jurisdicional pelos comandos emanados nas tutelas inibitórias, diversos países também preocupam-se com o tema.

O Código de Processo Civil alemão foi promulgado em 1877 *Zivilprozessordnung*, mais conhecido como ZPO. Ao dispor sobre sanções *Zwangsstrafen* no § 888, a ZPO trata das obrigações que não podem ser cumpridas por outra pessoa, conhecidas pelas obrigações fungíveis. Neste dispositivo, o juiz aplica a sanção pecuniária antes de qualquer outra penalidade, sendo que a imposição da prisão penal se dará apenas quando a primeira modalidade não tenha eficácia. Já o § 890 utiliza o mesmo princípio para aplicar sanções, porém, neste dispositivo trata especificamente das obrigações de não fazer.

Não obstante a discussão em torno da natureza destas medidas, não se nega – até porque a soma devida pelo inadimplente reverte para o Estado e não para o autor¹¹⁷ – que tais sanções têm a função de reprimir a violação da autoridade do Estado.¹¹⁸

Igualmente no ordenamento inglês onde há o *contempt of Court*, na legislação alemã, a sanção pecuniária é paga ao Estado, sendo possível a aplicação da prisão como forma coercitiva.

A primeira modalidade de coerção alemã é aplicação da pena pecuniária *Zwangsstrafen* que consiste em multa diária pelo descumprimento da ordem judicial. Diferente da legislação brasileira, as *astreintes* são destinada ao Estado.

Com o objetivo de evitar descumprimento de ordem judicial, a ZPO autoriza como medida coercitiva a prisão do devedor. Esta modalidade não tem prazo específico, pois a intenção é que perdure até o cumprimento determinado pelo Estado ou até prazo máximo que o juiz fixar, de acordo com seu livre convencimento.

As *astreintes* foram inseridas no ordenamento francês a partir da lei nº 72-226/72. Atualmente, a lei nº 91-650/91 foi promulgada na França para evidenciar

¹¹⁷ FRIGNANI, A. *Il monodell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive. Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989, p. 368.

¹¹⁸ SILVETRI, E. e TARUFFO, M. *Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive)*, Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 13, p. 5.

características e formas das *astreintes*. A *L'astreinte* foi inserida no primeiro artigo da Seção 6 dispondo que "[...] todo juiz pode, mesmo de ofício, ordenar uma *astreinte* para assegurar a execução de sua decisão" (artigo 33); e que a "*astreinte* é independente da indenização".

Assim como no Brasil e na Alemanha, a *astreinte* francesa objetiva o cumprimento das decisões judiciais, não se confundindo com indenização.

Uma novidade no sistema processual francês é a *astreinte* endoprocessual. Esta modalidade de multa é utilizada nas obrigações de cunho processual. Segundo a doutrina francesa, é um meio eficaz de coerção nos casos em que a parte ou um terceiro deixa de atender às determinações do juiz em matéria de prova.¹¹⁹

Além da Alemanha e França, outros países também adotaram a aplicação da *astreinte* como meio de coerção ao adimplemento obrigacional. No período de 1976 a 1980, países como Luxemburgo, Holanda e Bélgica passaram a dispor deste mecanismo processual.

Na Bélgica, o *Code Judiciaire*, mais precisamente na primeira parte do artigo 1.385 dispõe que "[...] o juiz pode, a requerimento da parte, condenar a outra parte, para o caso de não ser satisfeita a condenação principal, ao pagamento de uma soma em dinheiro, denominada *astreinte*, tudo sem prejuízo da indenização."

No direito anglo-americano, o instituto *contempt of Court* merece destaque por apresentar grande eficácia tanto no *civil contempt* como *criminal contempt*.

No aspecto do *civil contempt*, a coerção é utilizada nas questões obrigacionais, garantindo efetividade com adimplemento específico. Por outro lado, o *criminal contempt* atua para garantir a autoridade do juiz, evitando atos que representem óbice à administração da justiça. Note-se que em ambos os aspectos, a idéia principal é preservar a autoridade do Estado, que é representado pelo juiz.

Na busca por medida mais eficaz para o ordenamento jurídico brasileiro, de suma importância atentar-se para o *civil contempt*, vez que permite ao juiz atuar com maior flexibilidade nas imposições das medidas coercitivas, inclusive com imposição da prisão, além das penas pecuniárias.

No instituto do *contempt of Court*, visando, sempre, à plena efetividade jurisdicional, o juiz pode aplicar medida coercitiva que julgar necessário para eficácia processual, podendo majorar ou reduzir de acordo com a gravidade de cada caso

¹¹⁹ SILVETRI, E. e TARUFFO, M. *Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive)*, Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 13, p. 6.

concreto.

Ainda que se sustente, no direito inglês, a necessidade da criação de procedimentos especiais para tutela das novas situações de direito substancial de conteúdo não patrimonial, certo é que o *contempt of Court* continua a ser considerado o meio mais adequado para garantir efetividade dos chamados *non-money judgements*.¹²⁰

Semelhante ao que acontece no Brasil, a multa aplicada no direito argentino destina-se ao autor, podendo ser imposta de ofício ou a requerimento da parte.

A parte final do artigo 37 do código argentino afirma que a sanção pecuniária poderá ser deixada sem efeito, ou ser objeto de reajuste, se o réu desiste de sua resistência e justifica total ou parcialmente seu procedimento. Referindo-se a esta parte do dispositivo legal, explica Luis Ramon Madozzo que a imposição da sanção pecuniária se "[...] feita por meio de ameaça e não um texto final, portanto, a esta possível mudança, eles não causam instância ou coisa julgada".¹²¹

Analisando melhor o *contempt of Court* com o direito comparado, válido o ensinamento de Mauro Capeletti¹²²

A extraordinária analogia de problemas e movimentos legislativos, que no curso dos dois últimos séculos verificou-se no campo do direito processual nos vários países da Europa Continental e nos de *common law*, é, na verdade, a consequência, por um lado, de um análogo movimento de pensamento que, abandonados finalmente os cânones escolásticos da lógica apriorística formal, introduziu normas de investigação experimental e indutiva também nos vários sistemas processuais e probatórios. No mundo de hoje, todo o movimento válido de pensamento, toda a concepção que efetivamente reflita as renovadas exigências sociais tende, ainda mais do que pudesse acontecer em outros tempos, a deitar por terra os limites dos países isolados ou nacionais e a assumir um alcance de tendência universal. Em resumo, há uma profunda e irresistível tendência para a unidade e esta tendência se reflete necessariamente também no mundo do direito e de seus substitutos.

Assim, nos países em que é adotada a *common law*, o instituto do *contempt*

¹²⁰ SILVESTRI, E. *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata de gliobblighidi fare e di non fare*. Rivista di Diritto Civile, 1988, p. 539.

¹²¹ MADOZZO, L. R. *Derecho procesal civil: medidas conminatorias*, Genesis – Revista de Direito Processual Civil 1/156.

¹²² CAPELETTI, M. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 102.

of Court tutela o exercício da atividade jurisdicional. Walter Murphy¹²³ leciona

Consolidando a autoridade para expedir ordens judiciais está o poder de *contempt* 'punir o desacato'. Este é um dos mais antigos procedimentos judiciais e pressupõe o poder do juiz para proteger a dignidade de seu tribunal ou punir desobediência a suas ordens.

Diante de toda comparação com outros sistemas jurídicos, Ovídio Araújo Batista da Silva¹²⁴:

É interessante observar como a reação do sistema da *common law* - através dos princípios da *equity* - orientou-se para uma solução radicalmente divergente da nossa. Enquanto o direito anglo-americano soube, com profundo sentido prático, transformar a proibição de medidas penais restritivas da liberdade pessoal, aplicadas aos casos de inexecução das obrigações, em medidas punitivas contra a desobediência às ordens emanadas dos tribunais, nós conservamos, em repetidos textos constitucionais, o princípio segundo o qual "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e a do depositário infiel" (art. 5.º, LXVII, da Constituição Federal).

Mesmo diante diversos ordenamentos jurídicos que aplicam o *contempt of Court* como meio eficaz para a devida prestação jurisdicional, a utilização de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro encontra grande resistência por parte dos tribunais. Percebe-se que a jurisprudência tem adotado apenas o nome do instituto, porém, sem dar a devida importância nos casos mais necessários¹²⁵.

OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO EM CONTEMPT OF COURT. DESOBEDIÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL APÓS A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. EXTINÇÃO QUE NÃO FAZ COISA JULGADA MATERIAL. POSSIBILIDADE DE IMPULSO NOS PRÓPRIOS AUTOS. DESCUMPRIMENTO CONFESSO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DE MULTA.

Insurgência do executado em face de decisão que, após a extinção do feito com base no art. 794, I, CPC, determinou o desfazimento da obra refeita e fixou nova multa por descumprimento. Alegação do executado de violação à coisa julgada. Não acolhimento. Extinção da

¹²³ MURPHY, W. F. et al. ***Courts, Judges and Politics. An Introduction to the Judicial Process***. New York: Random House, 1973, p. 196.

¹²⁴ SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil : processo de conhecimento**, v. 1, 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 342.

¹²⁵ TJ/SP, Agravo de Instrumento nº: 2020295-39.2014.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto de Salles; Comarca: Guarujá; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/04/2014; Data de registro: 03/04/2014.

execução com base no adimplemento que não faz coisa julgada material. Coisa julgada apenas formal. Finalidade de declarar extinta a relação jurídica-processual. Ausência de efeitos extraprocessuais. Possibilidade de impulso nos próprios autos, ante o descumprimento do mandamento. Desnecessária a propositura de nova demanda. Alegação de que obra fora feita pelos atuais proprietários. Afastamento. Imóvel fora doado aos filhos do executado com reserva de usufruto. Posse direta, uso e gozo da coisa a cargo do executado. Conduta imputável ao usufrutuário. Descumprimento de ordem judicial. Confissão a respeito do refazimento da obra. Provimento mandamental descumprido maliciosamente. Litigância de má fé patente. *Contempt of court* caracterizado. Ato pelo qual a parte afronta e desafia a autoridade do Judiciário, buscando arditamente esvaziar a efetividade de suas decisões. Arts. 14, V e 17, V, CPC. Aplicação de multa de 1% do valor da causa. Indenização de 20% do valor da causa. Patamar máximo que se justifica frente à gravidade da conduta. Decisão mantida. Recurso desprovido.

No caso acima ficou devidamente reconhecido o descumprimento em *contempt of Court*, assim como a má-fé do réu; porém, foi imposta apenas a multa por litigância, bem como indenização. O principal não foi abordado, que seria uma medida coercitiva para inibir a conduta ilícita.

Ao discorrer sobre a necessidade de efetividade, Ovídio Araújo Batista da Silva disse

Se a tudo isso somarmos as novas exigências da consciência jurídica contemporânea que busca, cada vez com maior veemência, a "efetividade" fática do ordenamento jurídico, de tal modo que os direitos - antes apenas retoricamente proclamado pelo legislador - passem a ser observados e rigorosamente cumpridos, é fácil compreender a crise que envolve nossas instituições processuais e verificar que o ponto crucial desse desajuste encontra-se, precisamente, na inadequação dos instrumentos executórios.¹²⁶

Cada vez mais a população reclama da falta de efetividade nas demandas judiciais, em que, mesmo saindo com garantia de direito, não conseguem efetivar no campo prático. Em razão deste descrédito, busca-se a introdução e aplicação de forma convincente do *contempt of Court* "desacato às ordens do tribunal". Instituto importado dos países que adotaram a *common law* e que garantem o Estado-juiz utilizar instrumentos de coerção para garantir a ordem e cumprimento das sentenças judiciais. Além da *astreinte* que é permitida no ordenamento jurídico brasileiro, podem fixar sanções administrativas e até mesmo a prisão, se necessário.

¹²⁶ SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil : execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**, v. 2, 3. ed. rev. atual. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 340.

O instituto vai muito além da mera tentativa de efetividade, busca-se através do *contempt of Court* um respeito inquestionável às decisões judiciais, podendo o Estado-juiz agir de forma mais eficaz.

3.1 ORIGEM DO CONTEMPT OF COURT

Em 1999, visando a modificar alguns artigos no Código de Processo Civil de 1973, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro e Ada Pellegrini Grinover formaram uma Comissão e encaminharam ao Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, o projeto de lei nº 3.475/00. Porém, o projeto foi alterado pela lei nº 10.358/01.

Acerca da exposição de motivos, a Comissão ressaltou que era necessário tratar com mais rigor falta de ética processual, deveres de lealdade e probidade. Sendo assim, com a alteração sugerida, pretendeu dar mais poder, força e efetividade às decisões judiciais, sendo elas de natureza provisória ou final, bem como toda e qualquer ordem expedida pelo juízo, assemelhando-se ao instituto do *contempt of Court*.

O *contempt of Court* é dividido em duas classificações: *contempt* direto/indireto e o *contempt* civil/criminal.

Em tradução livre, James Oswald¹²⁷ ensina que o *contempt* direto é mais ou menos espontâneo e não se enquadra nos casos em que a ofensa é constituída pela desobediência ou pela negligência de uma ordem direta da corte. Dos *contempts* cometidos na frente da Corte os mais evidentes são aqueles que envolvem real e ameaçadora violência para o juiz ou para os oficiais da Corte presentes.

Como sintetiza Araken de Assis¹²⁸

O *contempt criminal* consiste na ofensa à dignidade e à autoridade do tribunal ou de seus funcionários, gerando obstáculo ou obstrução ao processo, tornando-o mais moroso. Por via de consequência, o ato provocará má reputação do órgão judiciário. Pode ocorrer em processos civis ou penais, independentemente do procedimento concreto adotado. Exibe nítido caráter punitivo, a um só tempo reprimindo o autor da ofensa e dissuadindo a ele ou a outras pessoas de comportamento similar. [...] o *contempt civil* consiste na

¹²⁷ OSWALD, J. F. *The contempt of court, comittal and attachment and arrest upon civil process in the Supreme Court judicature*. Holmes Beacjh: Gaunt, 1997. p. 21.

¹²⁸ ASSIS, A. *O Contempt Of Court no Direito Brasileiro*. Revista de Processo, nº 111. São Paulo, Revista dos Tribunais, julho/setembro de 2003, pág. 18, p. 20-21.

omissão de certo comportamento prescrito pelo tribunal, a favor de uma das partes. Em síntese, é o mau comportamento, idôneo a prejudicar, impedir ou frustrar o direito alheio, a exemplo do que acontece com a desobediência a *injunction*. [...] Legitima-se a parte atingida a requerer a aplicação da respectiva sanção, mas nada inibe a atuação *ex officio* do juiz.

Pode-se afirmar que a medida de maior eficácia do *contempt of Court* é a prisão, porém, a multa pecuniária também é bastante utilizada. Em relação à multa, pode ser condicional ou definitiva: a primeira objetiva coagir a parte a cumprir determinada ordem judicial, enquanto a segunda tem caráter repressivo.

O caráter repressivo da multa, em especial quando a sanção do *contempt* refere-se à omissão ou descumprimento já praticados, caracteriza alteração introduzida pela lei nº 10.358/2001. Porém, existem outras formas coercitivas para o juiz buscar efetividade jurisdicional.

Assim, nos países que adotam a *common law*, aplica-se o instituto do *contempt of Court*, nos casos de descumprimento das ordens judiciais. Tal aplicação tem como defesa a dignidade da autoridade pública, podendo, inclusive, determinar prisão do infrator para garantir a credibilidade e segurança do sistema judicial. Por tal razão, seja agente público ou não, a melhor saída é não descumprir comando judicial.

3.2 MEDIDAS COERCITIVAS ADMISSÍVEIS

Inicialmente, importante destacar diferença das medidas coercitivas da execução de título extrajudicial para ação de obrigação de fazer e não fazer.

O artigo 645 do Código de Processo Civil corresponde à obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, autorizando o juiz a fixar multa diária por dia de atraso no cumprimento da obrigação. Neste caso, a única medida coercitiva à disposição do juiz é a aplicação da *astreinte*, podendo reduzir o valor se a quantia constar no título e o magistrado entender ser excessiva.

Diferentemente da limitação imposta no artigo 645 em relação a medida coercitiva, o artigo 641 do diploma processual disciplina acerca da obrigação de fazer e não fazer referente as tutelas específicas sem limitar a atuação do juiz no que tange as medidas coercitivas. Assim, pode o magistrado determinar as providências que julgar necessárias para assegurar o resultado prático equivalente

ao do adimplemento. Não há limites para a atuação do Estado, podendo abranger medidas coercitivas que atinjam o patrimônio, como a multa, ou até mesmo sobre a pessoa do executado em caso de descumprimento das ordens anteriores, podendo ensejar prisão penal pelo crime de desobediência previsto no Código Penal, ou aplicação do *contempt of Court* em caso de desrespeito ao Poder Judiciário.

Se por um lado o juiz pode aplicar medida coercitiva que entender necessária para garantir o direito de acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, por outro, falta segurança jurídica em relação à falta de limites, podendo haver entendimentos díspares por juízes que ocupam o mesmo cargo.

A legislação processual tem enfrentado discussão de princípios constitucionais, tendo que adequar mecanismos executivos com o acesso à justiça e segurança jurídica. Deve ser mesclado os princípios da tipicidade com os meios atípicos.

Parece óbvio que o Estado tem o poder de utilizar da forma mais conveniente para a prestação jurisdicional eficaz, porém, é necessário que o legislador modernize o princípio da atipicidade dos meios executivos com um rol exemplificativo mais maleável e medidas coercitivas.

3.3 A QUEBRA DA TIPICIDADE DAS FORMAS EXECUTIVAS

No *caput* do artigo 461 o legislador trouxe o princípio atípico das formas de medidas coercitivas, dando amplos poderes ao juiz. Porém, no § 5º¹²⁹ do mesmo artigo foi inserido rol exemplificativo das medidas aplicáveis pelo magistrado.

Antes do § 5º do artigo 461, o código processual atuava no prisma da tipicidade das formas executivas, porém, após a edição deste artigo dando amplo poderes às modalidades executivas, houve a quebra da tipicidade das formas coercitivas.

O princípio da tipicidade das formas executivas encontrava guarida por estar previsto em lei, portanto, execução só poderia ocorrer de acordo com formas já

¹²⁹ Art. 461, § 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

tipificadas previamente pelo legislador. Com isso, o objetivo do princípio era impedir que formas não tipificadas fossem utilizadas para executar ordem judicial. Nesta modalidade, a parte conseguia prever consequências que poderia sofrer, por imposição do Estado, no caso de descumprimento da obrigação.

Defendendo esta teoria, o doutrinador italiano Crisanto Mandrioli¹³⁰ afirmou

A precisa referência às formas previstas no Código de Processo Civil implica no reconhecimento da regra fundamental da intangibilidade da esfera de autonomia do devedor, a qual somente poderia ser invadida nos modos e através das formas tipicamente previstas pela lei processual.

Não basta que o juiz tenha livre arbítrio para escolher a melhor forma de garantir o direito, é necessário que se ocorra garantia das liberdades com fusão das ideias liberais com as formas do processo.

Dentre todas as garantias previstas pela tipicidade das formas executivas, está a garantia da liberdade individual. Entretanto, o direito processual não pode ficar engessado distante do direito material e por isso foi necessária a quebra do princípio da tipicidade das formas executivas, levando em consideração disposições dos artigos 461 Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Tais artigos defendem teoria da atipicidade das formas executivas para maior efetividade jurisdicional. Garantem amplos poderes ao juiz para escolher a melhor modalidade executiva, diante de cada caso concreto. Marinoni¹³¹ afirma

É possível dizer, assim, que o legislador da "reforma" renunciou à "segurança jurídica" em nome da necessidade de maior plasticidade da tutela jurisdicional e, assim, de maior efetividade da tutela dos direitos.

Analisando o quanto disposto nos artigos 461, Código de Processo Civil e 84, Código de Defesa do Consumidor, percebe-se que o legislador não apresentou um rol taxativo de medidas, mas tão somente exemplificou as que podem ser aplicadas pelo magistrado. Em ambos os artigos, o legislador utilizou expressão "*tais como*", evidenciando que a intenção era dar alguns exemplos e deixar ao juiz escolher entre essas ou qualquer outra que não a que foi expressamente nominada.

¹³⁰ MANDRIOLI, C. *L'esecuzione specifica dell' ordinare integrazione nel posto di lavoro*. Rivista di Diritto Processuale, 1975, p. 23.

¹³¹ MARINONI, L. G. *Tutelas inibitórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 186.

Porém, independente da medida escolhida pelo juiz, deverá vir acompanhada da explicação do motivo que o levou à escolha, uma vez que atuação deve ser controlada por meio dos princípios, meio idôneo e menor restrição possível.

Neste sentido, Câmara¹³² defende posição que o juiz deve buscar efetividade dos meios adequados.

Vale, aqui, fazer um último registro: a prática forense tem consagrado a multa como o único meio de que se costuma lançar mão para a efetivação das decisões judiciais que concedem a tutela jurisdicional relativa às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Assim não deve ser, porém. O § 5º do art. 461 (aplicável, também, aos casos relativos a obrigações de entregar coisa) prevê a possibilidade de emprego de qualquer meio que se revele adequado para a produção do resultado prático a que se volta a prestação jurisdicional nesses casos. E muitas hipóteses há em que a determinação de que se cumpra a obrigação em certo prazo sob pena de incidência de multa não é o meio mais adequado de produção do resultado prático que se busca.

Acerca da quebra do dogma da tipicidade das formas executivas, Marinoni¹³³ leciona

Hoje, na verdade, no caso de execução das obrigações de fazer e de não fazer, é exato falar-se em *princípio da concentração dos poderes de execução do juiz*. A tutela das obrigações de fazer e de não fazer é marcada por este princípio, pois o juiz, na fase executiva, tem a possibilidade de determinar as *medidas necessárias* para que seja obtida a tutela específica da obrigação ou um resultado prático equivalente.

Fazendo uso das atribuições investidas pelo Estado, o juiz deverá determinar medidas necessárias sempre que necessário para buscar efetividade jurisdicional, devendo atentar para as coercitivas direta, indireta ou por sub-rogação.

3.4 O USO DAS MEDIDAS COERCITIVAS DIRETA, INDIRETA E SUB-ROGAÇÃO

Estudar tutelas inibitórias exige atenção redobrada, vez que o Estado, com seu poder soberano para julgar lides, interfere diretamente na esfera do particular diante da informação prestada pelo autor acerca de uma mera probabilidade de

¹³² CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual Civil**: v. 1. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 105.

¹³³ MARINONI, L. G. **Tutelas inibitórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 187.

ilícito.

Em relação à divisão das medidas coercitivas, Marinoni¹³⁴ explica

É importante deixar claro que a coerção indireta é um meio técnico que pode ser utilizado pela jurisdição para forçar a parte a fazer ou a não fazer alguma coisa (por exemplo, multa), enquanto a coerção direta não atua sobre a vontade da parte para convencê-la a adimplir. Se a coerção indireta constitui meio técnico que pode ser utilizado pela jurisdição para forçar a parte ao cumprimento, é evidente que a multa configura meio *de coerção indireta*. Acontece que a multa não é o único meio que pode ser utilizado para pressionar ao adimplemento. Basta pensar na prisão, que, assim como a multa, representa medida que serve para constranger ao cumprimento, ou em outro meio capaz de, diante das circunstâncias de dado caso concreto, também servir para pressionar a vontade da parte.

A medida coercitiva indireta é aquela modalidade que o juiz pode utilizar para forçar o réu a fazer ou não fazer determinada coisa, sob pena de multa imposta na decisão que deferiu a ordem. Como exemplo de coerção indireta, cita-se o caso que repercutiu no Brasil todo quando um juiz utilizou do poder soberano do Estado para buscar a efetividade no caso que envolvia o aplicativo *WhatsApp*. No caso concreto, foi determinada a prisão do vice-presidente do *Facebook* para a América Latina, tendo em vista o descumprimento da solicitação feita pela Polícia Federal para quebrar o sigilo de conversas realizadas mediante o aplicativo em que envolvia criminosos e tráfico de drogas. O *Facebook* não atendeu o quanto solicitado, razão pela qual o juiz arbitrou multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Novamente a empresa não cumpriu o mandamento judicial, e a multa foi elevada para R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Após o último descumprimento, não restou outra alternativa que não fosse determinada a prisão do vice-presidente como medida de coerção.

Percebe-se que coerção indireta é maneira de pressão psicológica ao responsável pelo ato com a ideia de afligi-lo.

A coerção direta não depende da concordância ou boa vontade do réu para adimplir a ordem recebida. Além de dispensar sua vontade, o juiz pode determinar que um oficial de justiça, por exemplo, lacre a entrada de uma fábrica que está agredindo o ambiente. Caso necessário, poderá indicar e nomear algum administrador provisório que ficará responsável pela empresa. No direito anglo-

¹³⁴ MARINONI, L. G. **Tutelas inibitórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 189.

americano, este responsável nomeado é conhecido como *master*, *administrator* ou *receiver*. Nas palavras de Kazuo Watanabe¹³⁵, o *receiver* americano pode administrar propriedade para fazer cessar poluição.

Ainda sobre o tema, Marinoni¹³⁶ afirma ainda

A coerção direta constitui modalidade de execução que possui contato muito íntimo com as formas de execução que servem aos direitos reais e às ações em que a recuperação da coisa depende da desconstituição do contrato. Nessas ações, assim como nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de reintegração de posse, declarada a ilegitimidade da posse do réu na sentença, não há como se pensar em atividade executiva de sub-rogação, pois nada precisa ser feito pelo vencido para ocorrer a realização do direito, bastando a expedição de mandado executivo.

Há situação absolutamente similar nos casos em que foi praticado um ilícito de eficácia continuada. Se a sentença declara a prática do ato contrário ao direito, também nada precisa ser feito pelo demandado para que o direito seja tutelado. Basta a remoção do ato ilícito. Exemplificando: no caso em que a sentença declara que foi exposto à venda produto que viola as normas de proteção do consumidor, não há como admitir que o meio de execução substituirá uma atividade que deveria ter sido prestada pelo demandado, uma vez que esse não tinha o que prestar, tendo atuado em desconformidade com a lei.

Enxerga-se coerção direta na ocasião em que a sentença declara que determinado bem está na posse do réu de forma indevida. Neste caso, é suficiente que um auxiliar do juízo retire a coisa do réu e passe para o autor ou remova ato contrário ao direito.

Tendo em vista necessidade de cooperação do réu em alguns casos, a multa não garante efetividade quando aplicada nos casos de coerção indireta. Por isso não é possível imaginar que ela seja a única forma eficaz para o réu cumprir o mandamento judicial. É necessário dar atenção à prisão como medida coercitiva de acordo com o *contempt of Court* e também pode ser considerada como outra forma de pressão psicológica ao cumprimento da ordem imposta, colaborando com efetividade da tutela inibitória e direitos fundamentais.

Além das medidas coercitivas indireta e direta, é possível verificar as de sub-rogação, diferenciando da indireta por não atuar sobre a vontade do réu e da direta

¹³⁵ WATANABE, K. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo. Saraiva, 1996, p. 45.

¹³⁶ MARINONI, L. G. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. www.marinoni.adv.br. Acesso em 19.01.2016.

por ser praticada por terceiro. Nesta modalidade de coerção, independe da vontade do réu o cumprimento da ordem judicial. O juiz determina que terceira pessoa cumpra ordem que ao réu incumbia. Exemplo comum é quando determinada empresa não obedeceu medida eficaz para evitar poluição ambiental; o juiz expede ordem para que terceira pessoa, conhecedora de tecnologia específica, instale instrumento necessário para cessar poluição ambiental.

Das três modalidades de medidas coercitivas, a sub-rogação é a que possui menor eficácia, razão pela qual deverá ser imposta apenas quando não couber imposição das outras. Porém, não menos importante, pois assim como as indiretas e diretas, a sub-rogação também busca efetividade da tutela inibitória.

No âmbito das tutelas inibitórias, aplicar medidas coercitivas são fundamentais para efetividade jurisdicional. Muitos dos direitos buscados pelos autores são infungíveis; os que podem ser substituídos demandam tempo e por isso necessitam de medidas imediatas.

O juiz não poderá utilizar de forma indiscriminada as modalidades, devendo sempre respeitar esfera jurídica e obedecer critérios para orientar atividade executiva.

3.5 CRITÉRIOS NA FASE EXECUTIVA NAS TUTELAS INIBITÓRIAS

Apesar da lei não impor limites ao Estado-juiz quando da aplicação da medida coercitiva, é imprescindível que ele procure alcançar efetividade processual nas tutelas inibitórias de acordo com critérios previamente estabelecidos.

Deverá ser adotado meio mais idôneo e que cause menor restrição possível ao executado, em sentença mandamental. Na prática, é possível perceber que o executado acaba beneficiado pelo entendimento, vez que o Poder Judiciário está sem crédito com a população pelo fato de as decisões não serem efetivas, tendo em vista a burocracia e o positivismo empregado.

É necessária consideração sobre princípios gerais da proporcionalidade e razoabilidade que norteiam toda atuação do Estado. Assim, medidas coercitivas deverão ter relação e adequação com o quanto requerido na ação. São princípios

inseridos nos artigos 620¹³⁷ e 805¹³⁸ dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, respectivamente.

Nota-se diferença entre conteúdo da ordem imposta e a melhor forma de execução coercitiva para a efetivação da ordem.

Mesmo que coerção tenha finalidade de pressionar o psicológico do executado, deverá ser feita por meio idôneo, respeitando princípios constitucionais de ambas as partes. A efetividade da tutela jurisdicional e o direito do réu devem se adequar, devendo o juiz observar o conjunto da idoneidade do conteúdo e da forma coercitiva.

Para ilustrar meio idôneo, basta imaginar que seja necessária a instalação de determinado equipamento para cessar poluição de uma empresa. Assim, seria completamente desproporcional que o juiz determinasse o encerramento da atividade empresarial, em primeiro momento.

Fala-se muito em proibição de excesso face ao réu, mas não parece justo que o autor sofra prejuízos apenas porque o réu não pode ou não quer adimplir sua obrigação. A defesa não é para utilização das formas coercitivas de modo arbitrário pelo magistrado, mas sim de maneira efetiva ao autor, titular do direito. É óbvio que a ordem mandamental deva ser acompanhada da imposição de multa, mas, esta poderá ser ineficaz em determinados casos.

Contudo, não é difícil imaginar que coerção indireta da multa não surtirá efeito sobre o patrimônio, como por exemplo quando não for possível efetivar ordem em tempo hábil, devendo esta ser cumprida por meio de terceiro, para evitar maiores prejuízos ao autor.

Além do juiz ter que seguir critérios básicos para escolher forma coercitiva mais efetiva, o mesmo tem dever de explicar motivos que o levaram a escolher coerção direta, indireta ou sub-rogação. Em razão da atipicidade dos meios coercitivos, a justificação do juiz é de suma importância para o deslinde da demanda, uma vez que o legislador deu-lhe amplos poderes para escolher forma mais adequada para buscar efetividade.

¹³⁷ Artigo 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

¹³⁸ Artigo 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

Sendo assim, a proibição de excesso em defesa do réu será verificada sempre que houver falha na justificativa apresentada pelo juiz. Portanto, se de um lado, o juiz possui o poder de escolha da modalidade executiva, por outro, tem dever de justificar legitimação de sua escolha.

Para Marinoni¹³⁹, esta forma de viabilizar exercício do poder e, ao mesmo tempo controlá-lo, é fundamental em face dos direitos da sociedade contemporânea e constitui pura manifestação da crescente necessidade de se pensar o direito para o caso concreto.

Muito embora o juiz tenha que justificar seus critérios para adoção das medidas coercitivas, o dispositivo legal não impôs limites à sua atuação. Conforme já estudado, tanto o dispositivo do código processual civil de 1973, quanto do atual, limitam-se a dizer que o juiz poderá adotar medidas necessárias. Por este preceito legal, a imposição da prisão como medida coercitiva não fere nenhum tratado internacional ou pacto em que o Brasil seja signatário. Que fique claro que a prisão proibida é por dívida, o que é diferente da prisão como meio coercitivo, em caso de descumprimento de ordem mandamental.

3.6 CABIMENTO DA PRISÃO COMO MEDIDA COERCITIVA

Além das medidas coercitivas mais utilizadas, como multa, ficou aberta discussão acerca do cabimento ou não da prisão, em determinados casos no que diz respeito às tutelas inibitórias. Para isso, é necessário atentar para o artigo 5º, LXVII da Constituição Federal "Não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

No julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP¹⁴⁰ foi alterado o entendimento acerca da prisão civil do depositário infiel, restando apenas o cabimento nos casos de inadimplência

¹³⁹ MARINONI, L. G. **Tutelas inibitórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 198.

¹⁴⁰ EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

alimentar. A Suprema Corte alinhou o entendimento com o Pacto de São José da Costa Rica¹⁴¹ e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos¹⁴².

Pela vedação citada no parágrafo anterior, muitos juízes confundem quando é feito um pedido para aplicar prisão como medida coercitiva na defesa dos direitos fundamentais. Pontes de Miranda sustentou que a proibição da Constituição estaria na prisão por não-pagamento de dívida pecuniária, e que assim seria possível utilizar a prisão como meio coercitivo.¹⁴³

Ao analisar a questão, Marinoni¹⁴⁴

Aliás, se o objetivo da norma fosse o de proibir toda e qualquer prisão, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, não haveria como explicar a razão pela qual *deu conteúdo à prisão civil*, dizendo que “não haverá prisão *por dívida*”. É pouco mais do que evidente que a norma desejou proibir *uma determinada espécie de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil*. O que importa saber, assim, é a espécie de prisão civil que foi vedada. Se não há como fugir da idéia de que foi proibida somente uma espécie de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil, a prisão proibida somente pode ser a prisão por “débito”. O entendimento de que toda e qualquer prisão está proibida, implica retirar qualquer significado da expressão “dívida”. Afirmar que existem outras modalidades de dívida, que não apenas a pecuniária, e concluir que estas vedam a prisão, é dizer nada sobre a espécie de prisão proibida, mas simplesmente insistir na idéia de que a norma constitucional veda o uso da prisão civil como meio de coerção, e deste modo retirar qualquer significado da expressão “dívida”.

No mesmo sentido, Sérgio Arenhart¹⁴⁵

Quanto à prisão para cumprimento de ordem judicial, não tem caráter obrigacional. Ao contrário, deriva do *imperium* estatal e tem por fim resguardar a dignidade da justiça. Enfim, encontra apoio na regra do art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, no que pertine à garantia de um provimento jurisdicional útil. Isto porque, em tese, pode haver situações em que a única forma de se obter provimento jurisdicional capaz de ser eficaz no caso concreto será contando com a colaboração do réu (sujeito a uma ordem judicial); e, também, não é difícil imaginar hipóteses (especialmente em sede de tutela

¹⁴¹ Artigo 7º, 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

¹⁴² Artigo 11. Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

¹⁴³ MIRANDA, P. **Comentários à Constituição de 1967**, São Paulo: RT, 1968, t. V, p. 253.

¹⁴⁴ MARINONI, L. G. **Tutelas inibitórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 193.

¹⁴⁵ ARENHART, S. C. **A tutela inibitória coletiva**, São Paulo: RT, 2003, p. 270.

inibitória) em que a imposição de astreintes ou de outra medida de apoio, que não a prisão civil, seja totalmente inadequada para garantir o cumprimento da determinação. Para estes casos, então, será legítima a imposição da prisão civil como meio coercitivo, sem que se vislumbre qualquer óbice a isto na regra constitucional do art. 5.º, LXVII (ou mesmo nos textos das convenções inicialmente mencionadas).

Nota-se que o artigo 5.º, LXVII da Constituição Federal faz diferença entre prisão civil e medida coercitiva, sendo que na primeira a vedação está correta, e na última há possibilidade da prisão como modo de coerção, desde que o direito tutelado seja de garantia fundamental. Para Marinoni¹⁴⁶

Na verdade, deparando-se com as norma do art. 5.º, LXVII, da CF, deve o intérprete estabelecer, como é óbvio, a dúvida que a sua interpretação suscita. Ou seja, se ela veda o uso da prisão como meio de coerção indireta ou somente a prisão por dívida em sentido estrito. A partir daí, verificando-se que a norma aponta para dois direitos fundamentais, isto é, para o direito à efetividade da tutela jurisdicional e para o direito de liberdade, deve ser investigado o que significa dar aplicação a cada um deles. Concluindo-se, a partir da análise da própria razão de ser destes princípios, que a sua aplicação deve ser conciliada ou harmonizada, não há como deixar de interpretar a norma no sentido de que a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa e as medidas de coerção diretas não se mostrarem adequadas – a violação de um direito, já que de outra maneira os próprios direitos ficarão desprovidos de tutela, e assim o ordenamento, exatamente na parte que consagra direitos invioláveis e fundamentais, assumirá a configuração de mera retórica, e desta forma sequer poderá ser chamado de “ordenamento jurídico”. Note-se que esta interpretação, além de considerar o contexto, e por esta razão ser muito mais abrangente do que a “clássica”, dá ênfase aos direitos fundamentais, realizando a sua necessária harmonização para que a sociedade possa ver sua concretização nos locais em que a sua própria razão recomenda.

Assim, caso ocorra algum descumprimento da sentença mandamental que tenha como objeto principal direitos fundamentais, a prisão poderá ser aplicada como medida coercitiva, com base nos artigos 461 do Código de Processo Civil de 1973 e, agora, no artigo 536 do novo código, bem como ao artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. Exemplo recente é o caso da prisão do presidente da Google.

¹⁴⁶ MARINONI, L. G. **Tutelas inibitórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 195-196.

Conforme estudo realizado anteriormente acerca da sentença inibitória, difere da sentença condenatória pelo simples fato de determinar que a parte se comporte de acordo com o direito reconhecido do autor. Diretriz básica de Chiovenda em que a parte deverá receber exatamente aquilo a que tiver direito.

Assim como no sistema jurídico com base europeu, a *common law* também não prevê e nem autoriza a prisão por dívidas, porém, no sistema anglo-saxônico, o devedor poderá ser preso se descumprir obrigação imposta pelo tribunal. Prisão esta que não será pelo inadimplemento, mas por ter desobedecido ordem judicial. Nesse sentido, João Calvão da Silva¹⁴⁷ resume.

No domínio dos contratos, como a reparação dos danos era a única sanção acordada pela *common law* em caso de não cumprimento, a *equity* julgou este remédio insuficiente e concedeu ao credor, sempre que o julgou inadequado, o direito de exigir a execução específica, através dos remédios "specific performance" e "*injunction*" - *specific performance* para as prestações positivas e *injunction* para as prestações negativas -, cuja desobediência se considerava "desprezo pelo tribunal (*contempt of Court*) e, assim, sujeita a multa e prisão até que a ordem do tribunal (*decret for specific performance ou for injunction*) fosse obedecida.

O descumprimento de ordem mandamental é afronta ao poder soberano do Estado e deve ser combatida de forma efetiva e imediata. Por isso, tendo em vista caráter coercitivo da sentença inibitória, a efetividade da expedição do mandado de prisão deve ser de medida coercitiva, ou pelo positivismo do artigo 330 do Código Penal.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁸ já se pronunciou: o magistrado que atua na jurisdição cível, é absolutamente incompetente para decretação de prisão fundada em descumprimento de ordem judicial. Acontece que a discussão refere-se a meio coercitivo para cumprimento de ordem inibitória, garantindo direitos fundamentais. O descumprimento de ordem, assim, não acarreta prisão civil, embora, presentes as circunstâncias referidas no artigo 330 do Código Penal, possa ensejá-la, desde que incida em tal ilícito¹⁴⁹.

Uma vez descumprida, injustificadamente, determinação judicial, proferida nos autos de processo de natureza cível, resta como única

¹⁴⁷ SILVA, J. C. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 342-343.

¹⁴⁸ STJ, MC 11.804/RJ, 6.^a T., j. 17.08.2006, rel. Hamilton Carvalhido.

¹⁴⁹ STJ, RHC 16.279/GO, 1.^a J., 14.09.2004, rel. Min. Luiz Fux.

providência ao alcance do juiz condutor do processo – para fins de responsabilização penal do descumpridor – noticiar o fato ao Representante do Ministério Público para que este adote as providências cabíveis à imposição da reprimenda penal respectiva, por infração ao art. 330, CP, eis que falece à autoridade judicial competência para decretar prisão em face do delito cometido.

O processo é imprescindível para que efetividade seja alcançada no ordenamento jurídico. Por outro lado, em algumas situações, é necessário que seja utilizada coerção indireta. Entretanto, multa não constitui a única forma de coerção indireta, e nem se pode dizer que é ela suficiente para efetiva prestação da tutela jurisdicional. Para o réu que não possui patrimônio e que não se preocupa com direitos da personalidade, é muito fácil descumprir a sentença mandamental, uma vez que nenhuma pena severa lhe será atribuída.

Para Luiz Guilherme Marinoni¹⁵⁰

Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, os direitos que não podem ser efetivamente tutelados sem que a jurisdição a tenha em suas mãos para prestar tutela jurisdicional efetiva. Soará absolutamente falsa e demagógica a afirmação da Constituição Federal, no sentido de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações” (art. 225, caput), se não for viável a utilização da prisão como meio de coerção indireta. Seria o mesmo que interpretar esta norma constitucional como se ela dissesse que o meio ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelado em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa. Ora, esta interpretação seria, para dizer o mínimo, incoerente.

O interesse deste estudo não é banalizar a prisão pelo descumprimento de ordem judicial, mas de levar em consideração que, se por um lado a prisão como medida coercitiva de um direito parece exagerada, por outro, mostra interesse do Estado em defender aquele que é autor da ação onde a tutela inibitória foi deferida.

Assim, direitos fundamentais daqueles que não possuem patrimônio estão garantidos pelo artigo 5.º, LXVII, da Constituição Federal, pelo Pacto de San José da Costa Rica e também pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, porém, é necessário também, considerar válida utilização da prisão como medida

¹⁵⁰ MARINONI, L. G. **Tutelas inibitórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 194.

efetiva para garantir tutela dos direitos fundamentais.

A preocupação nos tempos atuais não é com a linguagem que o legislador utilizou para editar normas, mas prestar provimento jurisdicional útil e efetivo de acordo com a própria Constituição Federal, impedindo violação legal por meio do ilícito.

Assim, a prisão por não pagamento da dívida pecuniária foi banida pela Carta Magna, porém, não há dispositivo que proíba a utilização da prisão como meio coercitivo.

Na análise da norma que veda prisão civil por dívida, com exceção da prisão do devedor de alimentos, não é difícil encontrar sua razão de ser. Seu objetivo é vedar prisão civil por descumprimento de obrigação que dependa, para seu adimplemento, da disposição de dinheiro. É neste sentido que se pode dizer que a norma proibiu prisão por “dívidas pecuniárias”.¹⁵¹

O débito alimentar diferencia-se da dívida pecuniária pelo fato da primeira não ter origem em obrigação, mas sim em dever legal não-patrimonial em que o adimplemento servirá para suprir necessidades primárias e básicas. Por isso o legislador se preocupou em dar tratamento diferenciado ao crédito alimentar autorizando a prisão civil em caso de inadimplemento, para buscar maior efetividade.

Caso direitos garantidos por lei não puderem ser tutelados de forma efetiva, não há que se falar em qualidade e garantias legais. A autotutela não é mais permitida no ordenamento jurídico pátrio, tornando o processo imprescindível para aqueles que buscam garantir seus direitos de forma justa e efetiva. Assim, Marinoni¹⁵²

Por outro lado, é certo que o processo exige, diante de certas situações de direito substancial, o uso da coerção indireta. Entretanto, a multa não constitui a única forma de coerção indireta, e nem se pode dizer que é ela suficiente para a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Como é evidente, e já foi dito neste livro, a multa não tem efetividade diante de um réu que não possui patrimônio. Portanto, a violação de direitos é muito fácil a pessoas inescrupulosas, uma vez que também não é difícil, por exemplo, que estas possam constituir um “testa-de-ferro” sem patrimônio para violar, sem qualquer preocupação, direitos da personalidade.

¹⁵¹ MIRANDA, P. **Comentários à Constituição de 1967**, São Paulo: RT, 1968, t. V, p. 253.

¹⁵² MARINONI, L. G. **Tutelas inibitórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 194.

O artigo 225, *caput*, da Constituição Federal garante que todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações; porém, caso a prisão não seja aceita como forma de coerção indireta, mostra-se totalmente incoerente. Não aceitar esta modalidade de coerção é proclamar sem poder tutelar.

Não é crível que a doutrina utilize argumento de que dispositivo constitucional proíbe a prisão por dívida para barrar esta como medida coercitiva em casos em que o direito buscado não é de cunho patrimonial, expropriando direitos fundamentais garantidos na lei maior.

A prisão não pode ser analisada apenas pelo viés negativo. Há também o lado positivo na defesa dos direitos fundamentais em que não há necessidade de que o réu disponha de dinheiro. Neste sentido, Marcelo Lima Guerra¹⁵³ enfrenta

A prisão como um importante meio de concretização do direito fundamental à tutela efetiva e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade, uma exegese que restrinja a vedação do inc. LXVII do art. 5.º da CF aos casos de prisão por dívida em sentido estrito preserva substancialmente a garantia que essa vedação representa, sem eliminar totalmente as possibilidades de se empregar a prisão civil como medida coercitiva para assegurar a prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Não aceitar prisão como medida coercitiva nas tutelas inibitórias é não modernizar métodos hermenêuticos de acordo com evolução social contemporânea. A norma não deve ser interpretada no sentido estrito, mas sim do método que mescle interpretação com efetividade, assumindo importante papel na defesa dos direitos fundamentais.

Ao interpretar o dispositivo do artigo 5.º, LXVII, da Constituição Federal de 1988, percebe-se que a dúvida paira pelo fato de conflitar dois direitos fundamentais - direito à efetividade jurisdicional e direito a liberdade -, devendo o intérprete aplicá-las harmoniosamente.

Pelo fato do Brasil adotar sistema de sanções não cumuladas, salvo por dispositivo legal, a jurisprudência tem entendido que não é possível determinar prisão se já tiver sido imposta multa coercitiva. Explica José Miguel Garcia Medina¹⁵⁴

¹⁵³ GUERRA, M. L. **Execução indireta**. RT. 1998, p. 245-246.

¹⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. RT, 2012, p. 437.

Mais uma vez, que “Não é necessário acrescentar-se à ordem qualquer outra medida coercitiva, com o intuito de, supostamente, atribuir-lhe mais força. Exemplo: 'I. Hipótese em que o Prefeito Municipal teria descumprido liminar que determinou fossem suspensos todos os atos referentes à licitação pública, assim como a execução do respectivo contrato com a empresa vendedora, tendo sido fixada multa diária de R\$ 50.000,00 pelo seu descumprimento. II. Para a configuração do delito de desobediência não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. Precedentes. III. Deve ser cassado o acórdão recorrido para determinar o trancamento da ação penal, em razão da atipicidade da conduta imputada ao paciente. IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator” (STJ, HC 68.144/MG, 5ª. T. j. 24.04.2007, re. Gilson Dipp). Ao se acrescentar à ordem mais uma medida coercitiva, corre-se o risco de se obter o efeito inverso: o da eliminação de outras consequências previstas no sistema para o descumprimento à ordem judicial. Assim, tem-se decidido que, nos casos em que o juiz ordena e impõe multa, afasta-se aquela consequência jurídico-penal decorrente da desobediência à ordem judicial”.

A jurisprudência¹⁵⁵ já se manifestou neste sentido.

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM COBRANÇA. ARRENDAMENTO MERCANTIL. IMPOSIÇÃO DE CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL, SOB PENA DE INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. POSSIBILIDADE.

São abundantes as medidas coercitivas que podem ser operadas pelo juiz, com base no art. 461. Referido preceito legal abrange tanto medidas coercitivas que recaem sobre o patrimônio ou sobre a pessoa, como a multa e a expedição de ordem judicial – a qual, se não atendida, pode ensejar a prisão penal do demandado por crime de desobediência.

A caracterização do crime de desobediência somente ficaria afastada se já houvesse sido estabelecida outra penalidade para o caso de descumprimento da decisão judicial, pois nosso sistema jurídico veda a cumulação de sanções.

Recurso desprovido, cassado o efeito suspensivo concedido.

De acordo com a hermenêutica contemporânea, conclui-se que prisão como medida coercitiva fica proibida nos casos patrimoniais, mas é cabível quando a aplicação da multa e demais medidas de coerção diretas não se mostrarem efetivas para inibir violação de ilícito não-patrimonial.

¹⁵⁵ TJ/SP, Agravo de instrumento n.º 2056187-72.2015.8.26.0000, Relator: Gilberto Leme; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/08/2015; Data de registro: 26/08/2015.

3.7 BASE POSITIVISTA DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

O crime de desobediência foi inserido no Código Criminal de 1830; de 1890 atribuiu abrangência maior, ao reconhecer desobediência na simples transgressão de ordens ou provimentos legais, emanados de autoridade competente, acrescentando, ainda, que estariam compreendidos na previsão legal "[...] aqueles que infringirem preceitos proibitivos de editais das autoridades e dos quais tiveram conhecimento" (artigo 135 e parágrafo único).

O dispositivo legal visa a proteger moralidade e probidade da Administração Pública, buscando respeito e integridade aos agentes públicos, tendo como um dos principais objetivos garantia do prestígio e dignidade do Poder Judiciário.

Atualmente, o Código Penal prevê o crime de desobediência no artigo 330, dispondo: "Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa"

Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo no crime de desobediência, inclusive funcionário público como particular e fora do seu exercício. Importante ressaltar que não haverá crime de desobediência quando o funcionário descumprir ordem de outro funcionário, se ambos estiverem no exercício de suas atividades. O Estado será sempre sujeito passivo, podendo incluir o funcionário público que teve sua ordem desobedecida.

O expedidor ou executor da ordem deverá sempre, ser funcionário público, devendo atuar no sentido estrito do direito administrativo.

A desobediência vem do descumprimento da ordem emanada pelo Estado. A obrigação imposta pelo funcionário público não é faculdade do réu, mas sim imposição legal, que não pode ser ignorada. Por esta razão, é necessário observar diferença entre mandamento, pedido e solicitação. Mandamento é voz de comando, significando ordem e regra; pedido, passa a ideia de súplica e, por fim, solicitação transmite pretensão de maneira insistente.

Portanto, não basta que a parte receba pedido ou solicitação para caracterizar o crime de desobediência. É obrigatória que haja ordem proferida direta e expressamente à parte, devendo estar prevista em lei.

Não é possível o cometimento do crime de desobediência na forma culposa. É necessário que haja dolo. A pessoa que recebeu a ordem emprega sua vontade livre e consciente em desobedecer imposição recebida do funcionário público, sendo

excluído o dolo nos casos de erro ou de força maior.

A jurisprudência já entendeu que não configura dolo no crime de desobediência quando o responsável, pela obediência, teve dificuldades em cumprir o quanto determinado.

Quando a conduta do agente for comissiva, o crime se consuma no exato momento da ação. Se a conduta for omissiva, será consumado o delito quando ultrapassado o prazo determinado pelo funcionário público, sem que tenha sido cumprida a ordem. Não existe tentativa na forma omissiva.

O Estado, na qualidade de sujeito passivo, tem o dever de apenar aquele que desobedeceu o mandamento, por isto, a ação penal é pública incondicionada.

Por fim, penas previstas no tipo penal são cumulativas de detenção de quinze dias a seis meses e multa. Por ser considerado crime de menor potencial ofensivo, deve ser encaminhado ao juizado especial criminal, sendo admitida transação penal. Talvez, por ser considerado crime de menor potencial ofensivo que a parte detentora do direito tutelado fica sempre com a sensação de impunidade.

Não é só o Código Penal que trata da desobediência da parte. O artigo 10 da lei nº. 7.347/85 que regula a Ação Civil Pública também responsabiliza os responsáveis pelos danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e dá outras providências.

O artigo 10 da referida lei traz a seguinte redação

Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Assim, percebe-se que a busca pela efetividade jurisdicional ultrapassa a barreira do artigo 461 do Código de Processo Civil, sendo tratada tanto na esfera processual civil, no Código Penal, bem como na Ação Civil Pública que garante e tutela interesses coletivos.

3.8 DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL E SENSAÇÃO DE IMPUNIDADE

Uma república que é regida por leis, respeitar autoridades públicas é começo para sociedade justa e ordenada.

Tanto quem atua na área ou quem já foi parte de algum processo judicial sabe muito bem a sensação de impunidade quando a outra parte descumpra ordem mandamental, seja de caráter liminar ou não.

Pelo fato da autotutela ser vedada no nosso ordenamento jurídico, o cidadão deve recorrer ao Poder Judiciário para garantir seus direitos. Ao procurar o Estado para tutelá-los, a parte autora espera respeito e obediência ao órgão judicial pela parte contrária. Ninguém ingressa com uma ação judicial esperando impunidade. Espera-se que órgãos públicos atuem nos limites da ética e da legalidade.

O Código de Processo Civil possui diversos meios de coerção para alcançar efetividade jurisdicional. Assim, é inaceitável que o Estado não possua poderes para aplicar penalidade rígida para aquele que descumprir mandamento, principalmente em relação aos direitos fundamentais. A parte não pode desdenhar o Poder Judiciário, sob pena do Estado perder respeito e crédito com a sociedade.

O crime de desobediência é considerado infração de menor potencial ofensivo. A postura não se mostra adequada diante da busca pela efetividade, pois o ato de desobedecer ordem imposta é altamente lesivo à quem possui direito, podendo gerar danos incalculáveis.

Portanto, quando o juiz cível identificar prática desta infração, poderá aplicar multa diária ou até mesmo impor prisão como medida coercitiva.

Tendo em vista proibição de cumulação das medidas coercitivas, caso seja imposta a *astreinte* pecuniária e esta não venha a ser cumprida pela parte ré, o juiz não poderá determinar prisão como medida coercitiva, porém, poderá determinar envio de cópias dos autos ao representante do Ministério Público, ou determinar instauração de Inquérito Policial, nos termos do artigo 330 do Código Penal.

Pela classificação errônea do crime de desobediência e pelo dispositivo legal estipular de 15 dias a 6 meses de detenção, o infrator não poderá ser condenado a pena privativa de liberdade. Ainda assim, é possível que o Ministério Público proponha a suspensão do processo por dois a quatro anos se o infrator preencher as condições exigidas, nos termos do artigo 89 da lei nº 9.099/95.

Por dispositivos legais como este é que a sociedade vive com a triste e real sensação de impunidade, deixando advogados, juizes e promotores de mãos atadas sem conseguir efetividade buscada. A criminalidade resulta da garantia da impunidade, portanto, na descrença das instituições.

Não basta formas coercitivas já previstas no Código de Processo Civil e no

artigo 330 do Código Penal para conseguir efetividade nas tutelas inibitórias. É necessário reforma na legislação em geral para inibir descumprimento das sentenças, principalmente nas tutelas inibitórias concedidas, garantindo os direitos fundamentais. Para maior efetividade, é necessário mudar comportamento e cultura do cidadão brasileiro para que a parte se sinta intimidada antes de resolver descumprir ordem do juiz.

3.9 DO DESCUMPRIMENTO POR AGENTE PÚBLICO

Como analisado, em muitos casos a *astreinte* não alcança efetividade da sentença mandamental. Se é difícil aplicar medidas coercitivas no geral, no caso de descumprimento realizado por agente público é verdadeira luta jurídica.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁵⁶ deu provimento no sentido de considerar que o Secretário de Finanças do Município de Mauá não tinha legitimidade para figurar no pólo passivo.

Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Execução de julgado. Multa por descumprimento de ordem judicial. Bloqueio financeiro efetuado na conta do Agente Público. Secretário de Finanças do Município de Mauá. Impossibilidade. Ilegitimidade reconhecida. Futuras obrigações que devem ser dirigidas à pessoa de direito público a quem está vinculada a autoridade impetrada, pois é ela quem suportará os efeitos da condenação. Decisão reformada. Recurso Provido.

No caso concreto, ficou evidenciado e reconhecido descumprimento de ordem judicial pela municipalidade; porém, segundo entendimento jurisprudencial, agente público não pode ser responsabilizado pessoalmente pelo pagamento da multa imposta, mesmo não sendo o melhor posicionamento, quando a questão contemporânea da efetividade está sendo buscada por todos. A multa serve como medida coercitiva e caso seja aplicada somente ao ente público, será de pouca valia na busca da efetividade jurisdicional.

O gestor público, na qualidade de mandatário, não sentirá pressão imposta pelo Estado quando da imposição da multa em caso de descumprimento da ordem. Assim, o agente público cumprirá ordem apenas quando for conveniente à sua

¹⁵⁶ TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 0204496-74.2012.8.26.0000, Relator: Burza Neto; Comarca: Mauá; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 06/03/2013; Data de registro: 09/03/2013.

vontade, pois a penalidade seria dirigida ao órgão público abstrato. Portanto, não há como excluir administrador público da responsabilidade pelo descumprimento da ordem. O ente público é abstrato, ou seja, necessita da atuação de uma pessoa física para tomar as decisões, por isso é necessário e indispensável que a penalidade pelo descumprimento seja direcionada ao administrador. É óbvio que o ente público, como pessoa jurídica, não pode manifestar sua vontade para descumprir determinação imposta e muito menos sentir-se coagido com multa fixada em caso de descumprimento.

Inicialmente, entende-se que crime de desobediência não pode ser praticado por funcionário público pelo simples fato de estar inserido nos crime praticados por particular contra administração pública. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁷, proferiu alguns julgados entendendo pela atipicidade da conduta do servidor público, no que se refere à suposta prática do crime de desobediência.

PENAL. PROCEDIMENTO CRIMINAL. INSTAURAÇÃO CONTRA PSICÓLOGO CONTRATADO POR PREFEITURA. ORDEM JUDICIAL. RECUSA. DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. Não configura o crime de desobediência o eventual descumprimento à ordem judicial quando esta é dirigida a quem não tem competência funcional para dar cumprimento às providências legais exigidas. Os funcionários contratados por Prefeituras Municipais, no exercício de funções pertinentes aos serviços de saúde pública, atuam como agentes públicos, e nessa qualidade não cometem o crime de desobediência, pois tal delito pressupõe a atuação criminosa do particular contra a Administração. Precedentes deste Tribunal. Habeas corpus concedido.

Os julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça passaram a reconhecer que servidor público pode figurar como sujeito ativo do crime de desobediência.

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL, POR SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DE RONDÔNIA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO. O funcionário público pode cometer crime de desobediência, se destinatário da ordem judicial, e considerando a inexistência de hierarquia, tem o dever de cumpri-la, sob pena da determinação judicial perder sua eficácia. Precedentes da Turma. Rejeição da denúncia que se afigura imprópria, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para nova análise acerca da admissibilidade da inicial acusatória.

¹⁵⁷ RHC 9189 / SP – Ministro VICENTE LEAL - SEXTA TURMA- DJ 03/04/2000 p. 168.

Recurso especial provido, nos termos do voto do relator.¹⁵⁸

Decisão judicial não cumprida é o mesmo que o juiz não proferir decisão. Vale observar que o crime de desobediência não está adstrito apenas aos casos de decisões judiciais.

No julgamento do habeas corpus nº 17.121¹⁵⁹, Hamilton Carvalhido ensina que "[...] para a configuração do delito de desobediência, imprescindível se faz a cumulação de três requisitos, quais sejam, desatendimento de uma ordem, que essa ordem seja legal, e que emane de funcionário público".

Buscando dar plena efetividade as decisões judiciais, o Poder Judiciário passou a entender que agente público pode integrar o pólo ativo no crime de desobediência, quando descumprida determinada ordem judicial. Porém, o Superior Tribunal de Justiça ainda não consolidou o entendimento.

As ferramentas apresentadas pelo legislador e pela jurisprudência não trouxeram grau elevado de utilidade para punir aqueles que ousam não cumprir o quanto foi determinado. A sensação de impunidade é o início do descrédito no Poder Judiciário.

3.10 EFETIVIDADE JURISDICIONAL COERCITIVA

Para que a parte possa buscar garantia de seus direitos fundamentais, é necessário utilizar o processo como instrumento; é deste que será prestado provimento jurisdicional. Assim, efetividade só é realizada por meio do poder soberano do Estado. Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco¹⁶⁰ expõe

A jurisdição exerce-se mediante a prática de atos de diversas ordens, dispostos segundo critérios de técnica processual (instruir a causa, sanear o processo, julgar o mérito) e dimensionados segundo certas opções políticas do legislador. No processo civil moderno, que exalta a necessidade de obter *resultados*, incrementam-se os poderes do juiz no sentido de suprir deficiências das partes e seus procuradores (especialmente em matéria probatória) e de empenhar-se na imposição do cumprimento das obrigações, atos de pressão

¹⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça; REsp 1173226/RO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011.

¹⁵⁹ HC 17.121/ES, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2001, DJ 04/02/2002, p. 566

¹⁶⁰ DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 338.

psicológica sobre o obrigado (CPC, art. 461). Da garantia do contraditório extrai-se o dever judicial de participar intensamente do processo, com poderes que antes não se reconheciam nem os juízes exerciam.

A efetividade da tutela jurisdicional está inserida na Constituição Federal, promulgada em 1988 e ligada diretamente com o respeito e crédito do Poder Judiciário. Uma vez que a ordem mandamental não é respeitada, o Estado é visto pelo detentor do direito como instituição com poderes inócuos.

A discussão central são meios aceitáveis como medidas coercitivas. De todas as medidas apresentadas, questiona-se o uso da prisão da parte que descumpriu a ordem mandamental. Por mais que esteja tipificado no artigo 330 do Código Penal o crime de desobediência na legislação pátria, está garantido o poder do Estado-juiz ao utilizar as medidas coercitivas necessárias para obter efetividade das tutelas inibitórias.

Analisando o viés positivista, é de real importância que seja criado um tipo penal especial para aqueles que desrespeitam o Poder Judiciário, colocando em xeque seu poder de garantir direitos fundamentais dos cidadãos. Caso não seja criado um novo tipo penal, basta que o crime de desobediência seja alterado de menor potencial ofensivo para crime especial, inclusive com aumento de pena.

Ainda dentro do positivismo, vale lembrar o artigo 10 da lei nº. 7.347/85 que regula a Ação Civil Pública. O referido artigo prevê como crime a não apresentação de dados técnicos indispensáveis ao ajuizamento da ação civil, quando estes forem requisitados pelo Ministério Público para promovê-la.

O objetivo do dispositivo legal é administração da justiça e efetividade das requisições ministeriais. Busca-se meio mais célere para defesa dos direitos metaindividuais. Caso os documentos não sejam apresentados, a Ação Civil Pública poderá ser prejudicada, o que trará prejuízo para toda uma coletividade.

Conforme dispositivo legal, para que haja efetividade nas requisições do Ministério Público, é cabível prisão em caso de não atendimento do quanto requerido, porém, é indispensável que o sujeito ativo tenha conhecimento de que os dados requisitados pelo Ministério Público são indispensáveis à propositura da ação civil pública.

De acordo com a jurisprudência e para evitar uma banalização do tipo penal, não se podem considerar indispensáveis dados que poderiam, sem recusa, ser

facilmente obtidos em outro órgão.¹⁶¹

Impor prisão como medida coercitiva não é fugir da razoabilidade, pois a parte terá oportunidade de não sofrer tal sanção. Basta que não descumpra mandamento jurisdicional.

Atualmente, a população tem péssima imagem do Poder Judiciário, no que tange ao seu poder de dar efetividade ao direito tutelado, pois cada vez mais ordens judiciais não são cumpridas pelas partes litigantes, causando desprestígio ao Poder Judiciário, geram sensação de impunidade. Percebe-se com frequência que a parte responsável pelo cumprimento analisa friamente se é conveniente cumprir ou não a ordem mandamental, pois tem a certeza de que nada acontecerá em caso de descumprimento.

Por ser um tipo penal o crime de desobediência, teoricamente, apenas juízes que estão respondendo pelas varas criminais podem analisar o caso e determinar prisão do infrator. Caso o juiz cível perceba o crime de desobediência em alguma decisão proferida, deverá encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público ou à Delegacia de Polícia com o intuito de apuração do delito. Porém, tem legitimidade para impor prisão como medida coercitiva para garantir direitos fundamentais de qualquer cidadão.

O crime de desobediência tipificado no Código Penal possui caráter permanente, isto quer dizer que seus efeitos continuam enquanto houver a conduta delitiva. Com base no artigo 301 do Código de Processo Penal: "Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito", qualquer cidadão poderá dar voz de prisão quando o infrator estiver em tal situação. Resumindo, se o juiz cível não pode determinar a prisão por aspectos técnicos, o mesmo pode atuar como cidadão comum, conforme artigo citado acima.

A comunicação à autoridade policial deverá ser realizada com urgência para que esta medida também seja efetiva. Assim, atitudes como essa podem mudar o prestígio do Poder Judiciário, reduzindo índice de descumprimento das decisões judiciais, principalmente nas tutelas inibitórias.

¹⁶¹ STJ, HC 15.951/DF, 5.ª T., rel. Min. Feliz Fischer, v.u., j. 27.11.2001, DJ 25.02.2002, p. 412.

CONCLUSÃO

A finalidade da jurisdição é conceder a justiça da forma mais efetiva. É necessário que o Estado pacifique conflitos com base nos escopos jurídicos, social e político.

O estudo realizado acerca da sentença, evidencia não ser possível sustentar, apenas, classificação trinária. A sentença mandamental, por ser incompatível, não pode ser inserida na condenatória, pois, ao contrário da segunda, a primeira possui meios próprios para forçar cumprimento da ordem. Desta análise, conclui-se ser correta a classificação quinária, criada por Pontes de Miranda, segundo o qual, incluiu-se sentença mandamental e executiva, além da declaratória, condenatória e constitutiva.

Importante destacar diferença entre sentença condenatória e mandamental. Na primeira, o juiz reconhece direito mas não possui meios para determinar execução coercitiva; na segunda, poderá determinar cumprimento imediato sob pena de coerção imposta em caso de descumprimento, do agente passivo.

A sentença mandamental proferida nas tutelas inibitórias sem imposição de meios coercitivos, não tem finalidade. O juiz usa força e autoridade do Estado para obrigar o réu cumprir a obrigação imposta.

Ao ingressar com ação, o titular do direito objetiva que o Estado efetive obrigação positiva ou negativa, em caráter de urgência. De nada adianta o Estado condenar se não houver ordem para efetividade do cumprimento; a partir daí, entram medidas coercitivas.

O instituto das tutelas inibitórias possui destaque por proteger de forma imediata a descontinuidade de determinado ilícito, ou que não venha a ser realizado. Tem caráter imediato e rito próprio para executar sentença mandamental com aplicação de medidas coercitivas para evitar descumprimento.

As *astreintes* têm maior aceitação da jurisprudência, porém, não são raros os casos que multa diária torna-se inócua e ineficaz.

Nem sempre, reparação por meio de pecúnia responderá pela melhor justiça, por isso é inadmissível descumprimento da ordem judicial, quando tratar-se das tutelas inibitórias no direito contemporâneo.

Saindo do plano individual, tutelas inibitórias são aplicáveis nas ações coletivas, como nas questões ambientais e de relação de consumo. É fácil

visualização, de caso concreto, no rompimento da barragem de Mariana/MG, em que não há dinheiro que pague o prejuízo causado à natureza e à população que teve toda história apagada sumariamente. Faltou efetividade, pois foi aplicada multa insuficiente para garantir restauração de tudo o que foi destruído.

Pelo Código de Processo Civil é possível verificar que o juiz poderá utilizar diversos meios coercitivos para ordenar cumprimento da sentença inibitória, devendo, caso a caso, buscar meios para dar efetividade necessária à situação real do processo.

O Superior Tribunal de Justiça já proferiu acórdão entendendo que o juiz cível não tem capacidade para determinar prisão como meio coercitivo, porém, é entendimento em desacordo com busca pela efetividade jurisdicional. Uma medida mais severa pelo judiciário, como por exemplo a ameaça da prisão em caso de descumprimento da ordem mandamental, significaria maior eficácia em tais tutelas, pois o ser humano, percebendo que sua liberdade está correndo perigo, irá refletir antes de desacatar o Poder Judiciário.

Assim, países que adotaram o sistema da *common law*, preocupados em evitar desobediência da parte, criaram o *contempt of Court*, dando amplos poderes ao juiz para aplicar medidas necessárias para execução de forma efetiva. A salvaguarda traz importante evolução para o ordenamento jurídico, promovendo respeito às cortes, praticando atitude positiva para todos, concedendo segurança ao Poder Judiciário.

Antes da inserção do § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973, as formas executivas eram estritas; após o dispositivo, houve quebra de tipicidade das formas executivas, inclusive com rol exemplificativo de medidas coercitivas cabíveis. Assim, tanto o código processual de 1973, quanto o promulgado em 2015, deixaram decisão da aplicação dos meios necessários a critério do juiz, devendo zelar pelo bom senso e razoabilidade da medida.

Nota-se que a jurisprudência brasileira adotou o *contempt of Court* de forma relativa. Aceita a tese do descumprimento e desacato ou desobediência, porém, condena a parte apenas ao pagamento de multa; sendo esta, em muitos casos em que o descumpridor não possui condições financeiras para pagar a multa imposta, tem resultado em ineficácia. A jurisdição perde força executiva, assim como estimula descumprimento e aumenta descrédito do Poder Judiciário perante toda a sociedade.

Sendo rol exemplificativo o das medidas coercitivas cabíveis, não tem porque negar aplicação da prisão como medida coercitiva. Apesar da legislação e jurisprudência vedá-la em caso de dívida, a prisão tem sido defendida como meio coercitivo e não como sanção final.

O novo Código de Processo Civil pouco alterou em relação à busca da efetividade jurisdicional. Mais precisamente, no artigo 536, o legislador deixou expresso que o executado poderá ser condenado por litigância de má-fé, bem como responder pelo crime de desobediência, em caso de descumprimento da ordem judicial.

Assim, quando o juiz verificar que houve o descumprimento, deverá encaminhar informações necessárias ao Ministério Público para proceder instauração da ação penal, com base no dispositivo penal.

Apesar da intenção do legislador em dar mais efetividade com a pressão psicológica, enquadrando como crime de desobediência, não surtirá o efeito esperado, vez que, atualmente, penas previstas no tipo penal são cumulativas com detenção de quinze dias a seis meses e multa. Trata-se de crime considerado de menor potencial ofensivo, a ser julgado pelo juizado especial criminal. Admite-se transação penal, fazendo com que a intenção de criminalizar o ofensor não seja efetivada.

É imprescindível que condutas desrespeitosas ao Poder Judiciário sejam alteradas e qualificadas como crimes de maior potencial ofensivo, zelando pelo respeito ao Estado e credibilidade perante todos.

O objetivo não é violar direito à liberdade do indivíduo e nem generalizar a prisão como medida coercitiva, mas aplicá-la de forma coerente e razoável para evitar descumprimento da ordem judicial.

A Constituição Federal de 1988 autorizou prisão civil em caso de débito alimentar e depositário infiel e, infelizmente, o Supremo Tribunal Federal proibiu a prisão no segundo caso. Com essa proibição, diminui o temor da parte perante o Poder Judiciário.

Nem mesmo o pacto San José da Costa Rica proibindo prisão civil foi capaz de servir como argumento válido contrário à prisão como medida coercitiva, vez que proibiu expressamente prisão por débito.

Assim, não há nenhum dispositivo legal que vede prisão como meio coercitivo. Analisando-se sob ótica da visão positivista, a parte que descumprir

ordem judicial incorrerá no crime de desobediência e poderá ser detida conforme previsão legal, mesmo sendo crime de menor potencial ofensivo. Já sob o viés pós-positivista, conflitos deverão ser resolvidos de acordo com o direito do caso concreto, além do poder discricionário do juiz. Assim, sendo exemplificativo o rol das medidas coercitivas, poderá ele aplicar a medida necessária como forma de coerção para cada caso, inclusive a prisão do executado.

Busca-se mudança na cultura da sociedade brasileira para respeitar a soberania do Estado. O descumprimento de uma ordem judicial não interfere apenas no direito da parte detentora do direito. O ato de rebeldia da parte descumpridora da ordem causa desconforto em toda a sociedade, gerando um dano social de difícil reparação para o Poder Judiciário.

Uma medida coercitiva mais severa nos casos das tutelas inibitórias equilibraria o manejo da balança e a aplicação da espada da Justiça, transformando desconfiança do Poder Judiciário em paz social e credibilidade no poder do juiz.

REFERÊNCIAS

ALVIM, T. A tutela específica do art. 461 do Código de Processo Civil in Revista de Processo, nº 80, Out/Dez 1995.

ASSIS, A. O *Contempt Of Court* no Direito Brasileiro. Revista de Processo, nº 111. São Paulo, Revista dos Tribunais, julho/setembro de 2003.

ARENHART, S. C. **A tutela inibitória coletiva**, São Paulo: RT, 2003.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONUMÁ, J. **Direito Processual Civil**. v. 1., São Paulo: Saraiva, 1946.

BRASIL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm. Acesso em 07.01.2016.

_____. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9079.htm. Acesso em 07.01.2016.

_____. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acessado em 06.01.2015.

_____. Disponível em www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em 07.01.2016.

BUENO. C. S. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 07.01.2016.

BUENO, C. S. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo : Saraiva, 2015.

CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual Civil**: v. 1. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

CAPELETTI, M. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARBONNIER, J. **Droit civil – Les obligations**. v. 4, France, 1956.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**

na reforma processual, Forense, 2002.

CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas, Bookseller: v. 1, 1998,.

DINAMARCO, C. R. **A reforma do código de processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A reforma da reforma**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003B.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIREITO, C. A. M. **Estudos de Direito Público e Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6.

FRIGNANI, A. ***Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive. Processo e tecniche di attuazione dei diritti***. Napoli: Jovene, 1989.

_____. *L'injunction nella common law e l'inibitorianel diritto italiano, recensão de Piero Gaggero, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1975.*

GAMA, R. R. **Efetividade do processo civil**. Campinas: Editora Copola, 1999.

GAIO JÚNIOR, A. P. **Tutela Específica das Obrigações de Fazer**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUEDES, J. C. et al. **Código de processo civil: comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GUERRA, M. L. **Execução indireta**. RT. 1998.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

MACHADO, A. C. C. **Tutela antecipada**. 2ª ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

MADOZZO, L. R. ***Derecho procesal civil: medidas conminatorias***, Genesis – Revista de Direito Processual Civil 1/156.

MANDRIOLI, C. *L'esecuzione specifica dell'ordine di integrazione nel posto di*

lavoro. Rivista di Diritto Processuale, 1975.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2ª. ed. rev., at. e ampl. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

_____. **Tutelas inibitórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Processo de Conhecimento**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **A execução da tutela antecipatória de pagamento de soma sob pena de multa**. Genesis – Revista de Direito Processual Civil 4/163.

_____. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. www.marinoni.adv.br. Acesso em 19.01.2016.

_____. **Tutela Inibitória Individual e Coletiva**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tutela Inibitória Individual e Coletiva**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. www.abdpc.org.br. Acesso em 14.01.2016

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEDINA, J. M. G. **Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, P. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. Tomo X, ed. 1976.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**, São Paulo: RT, 1968, t. V.

MURPHY, W. F et al. **Courts, Judges and Politics. An Introduction to the Judicial Process**. New York: Random House, 1973.

NERY JUNIOR, N. **Atualidade sobre o processo civil**, n. 36.

OSWALD, J. F. ***The contempt of court, comittal and attachment and arrest upon civil process in the Supreme Court judicature***. Holmes Beacjh: Gaunt, 1997.

PACHECO, J. A. **Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, C. M. S. Instituições de Direito Civil. Volume II – Teoria Geral das Obrigações. 20ª. ed. de acordo com o Código Civil de 2002, revista e atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PISANI, A. P. *Appunti sulla tutela di condanna*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1978.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil : processo de conhecimento**, v. 1, 4ª ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de Processo Civil : execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**, v. 2, 3. ed. rev. atual. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

SILVETRI, E. e TARUFFO, M. *Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive)*, Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 13.

SILVESTRI, E. *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*. Rivista di Diritto Civile, 1988.

TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, H. Os Embargos do Devedor após as reformas do CPC efetuadas pelas Leis nº 11.232 e 11.382. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 17. Mar-Abr/2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2007.

WATANABE, K. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo. Saraiva, 1996.