



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
MARCOS SCHLICKMANN ALBERTON

**APLICABILIDADE DE *ASTREINTES* COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA
TUTELA ANTECIPADA QUE IMPÕE OBRIGAÇÃO DE PAGAR SOB A LUZ DO
DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

Tubarão
2011

MARCOS SCHLICKMANN ALBERTON

**APLICABILIDADE DE *ASTREINTES* COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA
TUTELA ANTECIPADA QUE IMPÕE OBRIGAÇÃO DE PAGAR SOB A LUZ DO
DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Paulo da Silva Filho, Esp.

Tubarão

2011

MARCOS SCHLICKMANN ALBERTON

**APLICABILIDADE DE *ASTREINTES* COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA
TUTELA ANTECIPADA QUE IMPÕE A OBRIGAÇÃO DE PAGAR SOB A LUZ DO
DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 21 de junho de 2011.

Prof. e orientador Paulo da Silva Filho, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Erivelton Alexandre Mendonça Fileti, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Greyce Ghisi Luciano Cabreira, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico o presente trabalho a meus pais, Santos e Marli, pela educação, apoio, carinho e, sobretudo, pelos valores transmitidos. A eles, todo o meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Santos, homem de caráter inabalável e opinião marcante, pelo exemplo de dignidade e honestidade, decisivos para a formação do homem que sou.

À minha mãe, Marli, mulher forte, mas carinhosa e compreensiva, por todo seu amor e dedicação, e por ser a maior incentivadora na luta por meus objetivos.

À Mara, minha irmã e amiga, pelas conversas sorridentes e apoio constante, bem como pelos diversos momentos felizes que compartilhamos.

Ao meu amigo, professor e orientador Paulo da Silva Filho, pelo tempo e conhecimento partilhado, bem como pelo prazer e privilégio de ter integrado sua equipe de trabalho por mais de quatro anos, período em que amadureci pessoal e profissionalmente.

Aos demais professores, pela incalculável contribuição para a minha formação acadêmica.

Aos meus amigos e colegas, pela presença e incentivo durante toda essa trajetória.

À Bianca, minha namorada, que prestou imprescindível apoio e soube compreender minhas ausências durante a elaboração deste trabalho, e, apesar do breve período em que nos conhecemos, sinto que a sua presença ao meu lado torna-se mais importante a cada dia.

“Sem bom processo, sem bom juiz, sem boa Justiça, as declarações de direitos são devaneios, sonhos que não se realizam. O juiz deve fazer brilhar no mundo o reflexo da justiça eterna. O coração do homem exige o triunfo da virtude e se revolta diante do malefício que fica impune. O triunfo do Direito edifica as almas, conforta os corações, eleva o espírito e o arranca do tudo quanto é pequeno e mesquinho, para despertar-lhe o entusiasmo pelo bem e elevá-lo à altura da sublime perfeição.” (Hélio Tornaghi)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os institutos da antecipação da tutela e da multa coercitiva (*astreintes*), assim como o significado e alcance do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a fim de demonstrar a possibilidade de aplicação daquela medida coercitiva para a efetivação de provimentos antecipatórios de obrigação de pagar. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, pois partiu-se de uma proposição geral, centrada nos deveres que decorrem da fundamentalidade do direito à efetividade da tutela jurisdicional, para culminar em uma proposição específica, centrada na necessidade de conferir ao magistrado a possibilidade de aplicação das *astreintes*, quando reputar necessária para o alcance de quantia concedida a título de antecipação da tutela. No que diz respeito à técnica de pesquisa, adotou-se, basicamente, a bibliográfica, com enfoque no exame livros e artigos científicos publicados em revistas ou em meio eletrônico. Concluída a pesquisa, pôde-se notar a insatisfação dos operadores do direito com o modelo processual vigente, principalmente com os meios executivos tipificados em lei, incapazes de conferir ao jurisdicionado, em tempo razoável, a fruição do bem da vida perseguido em juízo. Neste contexto, em vista do conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é possível concluir pela aplicabilidade das *astreintes* como meio de efetivação de antecipação da tutela de soma em dinheiro, seja pela insuficiência do regime da execução provisória para a efetivação desta medida de urgência, seja pelos resultados efetivos que ela é capaz de proporcionar, ocasionando, em grande parte das vezes, o cumprimento tempestivo e adequado da obrigação sem a necessidade de instauração execução por expropriação.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Princípio da Efetividade. Tutela Antecipada. Obrigação de Pagar. *Astreinte*.

ABSTRACT

This work aims to analyze the institutes of the summary judgment and the coercive fine (*astreinte*), as well the meaning and the range of the fundamental law to the right of judicial protection in order to demonstrate the possibility of putting into practice this coercive act as a way to accomplish obligatory anticipatory provisions. The method of approach applied was deductive, as it started from a general proposition, focus on the obligations originated from the fundamentality of the right to the judicial protection. It culminates in a specific proposition, concentrated in the need of giving the magistrate the possibility of applying the *astreintes*, when considering essential to complete the amount granted by summary judgment. Regarding the research techniques, it followed the Brazilian law literature, basically. As a result, it was possible to notice the dissatisfaction of right operators to the present prosecution pattern, specially the method of functioning pointed out on laws, unable to give those under jurisdiction the usufruct of the life asset pursued in the justice. In this context, because of the contents of the fundamental right to judicial protection, it is possible to conclude that the *astreintes* as a way of anticipation of the amount of money tutelage, either by the insufficiency of provisory execution regimen or by the effective outcomes that *astreintes* can afford, it causes, mostly, a well-timed fulfill and suitable of the obligation without the need the initiation of execution by expropriation.

Key words: Fundamental rights. Principle of effectiveness. Summary Judgment. Obligation to pay. *Astreinte*.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
1.1	DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	10
1.2	JUSTIFICATIVA	11
1.3	OBJETIVOS	12
1.3.1	Objetivo geral	12
1.3.2	Objetivos específicos	12
1.4	CONCEITOS OPERACIONAIS.....	13
1.5	PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	14
1.6	DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS ..	14
2	DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	16
2.1	CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	16
2.2	NATUREZA DE DIREITO FUNDAMENTAL DO DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	21
2.2.1	Conceito de direitos fundamentais.....	21
2.2.2	Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais	24
2.2.3	Natureza de direito fundamental do direito à tutela jurisdicional efetiva.....	26
2.3	RELATIVIZAÇÃO DO BINÔMIO DIREITO MATERIAL/PROCESSO	27
2.4	DEVER DO LEGISLADOR DE INSTITUIR TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA	30
2.5	A OMISSÃO LEGAL E O PODER INTEGRATIVO DO JUIZ.....	32
2.6	EFETIVIDADE X SEGURANÇA JURÍDICA.....	34
3	TUTELA ANTECIPADA	38
3.1	CONCEITO E NATUREZA DA TUTELA ANTECIPADA	39
3.2	REQUISITOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	41
3.2.1	Requerimento da parte	42
3.2.2	Prova inequívoca	43
3.2.3	Verossimilhança da alegação.....	44
3.2.4	Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	46
3.2.5	Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	48
3.2.6	Reversibilidade do provimento	50

3.3	TUTELA ANTECIPADA DA PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA.....	51
3.4	EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	53
4	ASTREINTES	56
4.1	CONCEITO DE <i>ASTREINTES</i>	56
4.2	REFERENCIAL HISTÓRICO	57
4.2.1	Evolução legislativa no Brasil	59
4.3	NATUREZA JURÍDICA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS <i>ASTREINTES</i>	64
5	APLICABILIDADE DE <i>ASTREINTES</i> COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA QUE IMPÕE A OBRIGAÇÃO DE PAGAR SOB A LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	70
5.1	MEIOS EXECUTIVOS (DE EFETIVAÇÃO) DA TUTELA JURISDICIONAL.....	70
5.2	O ARTIGO 273, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INSUFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA PARA A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	73
5.3	AS <i>ASTREINTES</i> E A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA.....	76
5.4	EXEGESE DA EXPRESSÃO “NO QUE COUBER E CONFORME SUA NATUREZA” DO ARTIGO 273, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE <i>ASTREINTES</i> EM TUTELA ANTECIPADA QUE IMPONHA PAGAMENTO	79
5.4.1	Coexistência das <i>astreintes</i> e da efetivação por sub-rogação	83
5.4.2	Hipótese de insolvência do devedor	85
5.5	POSICIONAMENTOS DISSONANTES	86
6	CONCLUSÃO	92
	REFERÊNCIAS	94
	ANEXOS	101
	ANEXO A – AÇÃO RESCISÓRIA N.º 599263183, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	102
	ANEXO B – AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2010.017557-3, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA	109

1 INTRODUÇÃO

Antes de adentrar propriamente na exposição dos resultados da pesquisa, impende que nesta introdução seja demonstrado como ocorreu a delimitação do tema e a formulação do respectivo problema. Além disso, também merece destaque a justificativa para a realização do trabalho e os objetivos gerais e específicos que pretensamente serão buscados na pesquisa, bem como os conceitos operacionais utilizados na elaboração do relatório. Por fim, serão apresentados os procedimentos metodológicos que conduziram o autor no curso da investigação e a forma como o relatório encontra-se estruturado.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva impõe a que o Poder Judiciário, no exercício de seu *munus* constitucional, transcenda a mera atividade declaratória de direitos, ocorrente na hipótese em que o autor, conquanto tendo sua pretensão reconhecida em um processo, não consegue que a parte adversa cumpra a determinação judicial prolatada.

Deve, em substituição à função de mero reconhecedor de interesses, focar a efetiva materialização do bem da vida garantido pelo processo, por meio da adoção de técnicas processuais tendentes a levar ao cumprimento voluntário da obrigação pela parte sucumbente, ou mesmo que levem ao respectivo adimplemento forçado em tempo razoável, como forma a minorar os danos que decorrem do próprio tempo de tramitação do processo.

Em meio a este cenário, a multa processual emerge como instrumento suficientemente adequado para a tentativa de alteração deste quadro, diante da forte coerção que exerce sobre o devedor, influenciando-o a cumprir espontaneamente a obrigação, sob pena de repercussão mais gravosa em seu patrimônio.

Todavia, mesmo diante do resultado significativo que adviria da sua aplicação, parte da doutrina pátria defende a inaplicabilidade das *astreintes* em decisões que impõe ao devedor a obrigação de pagar quantia em pecúnia.

Frente a isso, pergunta-se: a ausência de dispositivo infraconstitucional específico, tais como o artigo 461, aplicável às obrigações de fazer ou não fazer, e o artigo 461-A,

incidente sobre as obrigações de entrega de coisa, ambos do Código de Processo Civil, ou mesmo a existência de técnica processual inadequada, subentendida como a execução provisória de sentença, constituem óbice à utilização das *astreintes* como meio de efetivação da antecipação da tutela que impõe a obrigação de pagar?

1.2 JUSTIFICATIVA

Atualmente, diante da sociedade altamente jurisdicionalizada em que vivemos, em que quase a integralidade dos conflitos de interesses são levados à apreciação do Poder Judiciário, bem como diante de uma nova gama de direitos albergados pela ordem constitucional vigente, o processo não pode mais ser pensado como um fim em si mesmo, devendo constituir-se em instrumento apto a tutelar de maneira efetiva todas as hipóteses de violação de um direito material.

Frente a este cenário, pela leitura de obras especializadas pode-se perceber que há grande insatisfação no universo jurídico com o modelo processual em vigor. Principalmente por deixar despida de proteção condizente determinadas situações de direito material, especialmente a que se propõe o tema, ou seja, decisões que concedem imediatamente à parte o direito de perceber quantia líquida em pecúnia, antecipando os efeitos de tutela que o jurisdicionado somente alcançaria ao final do processo, após o trânsito em julgado da sentença de mérito.

Neste contexto, a importância do presente trabalho reside na demonstração de que a técnica processual prevista em lei para referida situação de direito material não atende completamente aos anseios do jurisdicionado, seja em razão da sua inefetividade, seja pela demora no seu cumprimento.

Assim, buscará a investigação em foco demonstrar, especialmente a futuros ou atuais magistrados, a carência e a necessidade de um meio processual para efetivar a tutela antecipada que obriga ao pagamento de quantia, bem como discutir a possibilidade ou não da aplicação de *astreintes* com tal finalidade, visando a que eles, no exercício de sua função, busquem adotar a técnica processual que, diante do caso concreto, garanta a máxima efetividade das decisões judiciais.

Além disso, vale ressaltar o ineditismo da presente pesquisa no âmbito do curso de Direito da Unisul, pois, embora não sejam poucos os trabalhos monográficos que discutiram o instituto da antecipação da tutela, ou mesmo a própria tutela jurisdicional, nenhum teve por foco os meios de efetivação e concretização da decisão concessiva daquela medida.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Demonstrar que a ausência de permissivo legal não inviabiliza a utilização da multa processual como meio de coerção para o cumprimento de tutela antecipatória que impõe a obrigação de pagar.

1.3.2 Objetivos específicos

Examinar o significado e o conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, bem como o dever do Estado-Juiz de garantir a sua máxima eficácia por meio da aplicação de técnica processual idônea à proteção do direito material ameaçado ou violado.

Verificar que as situações de direito material não devem ficar desprovidas da técnica processual adequada, nem mesmo diante de omissão legislativa.

Analisar e perquirir a natureza, características e requisitos dos institutos da antecipação da tutela e da multa coercitiva.

Demonstrar que o procedimento da execução provisória não é suficientemente apto para a adequada efetivação da tutela antecipatória que impõe a obrigação de pagar.

Evidenciar que as *astreintes* são um meio legítimo e eficiente de coerção do devedor ao cumprimento espontâneo da obrigação de pagar.

Diferenciar a multa coercitiva da execução por medidas sub-rogatórias, fixando-se que uma não tem por finalidade substituir a outra, e sim que a primeira procura evitar o uso da segunda mediante o cumprimento espontâneo da obrigação pelo devedor em razão da coerção exercida.

1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS

A presente pesquisa abordará, no intercurso de sua elaboração, os seguintes Conceitos Operacionais:

Direito Fundamental: Nery Júnior, reportando-se a Alexy, leciona que “Os direitos fundamentais e humanos são institutos indispensáveis para a democracia, ou seja, são normas fundantes do Estado Democrático e sua violação descaracteriza o próprio regime democrático”¹

Tutela Jurisdicional: em suma, é a proteção conferida pelo Poder Judiciário, por meio do processo, à parte que demonstra ser legítima titular de direito material violado ou sob a ameaça de o sê-lo. Melhor dizendo, “Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo.”²

Técnica Processual: segundo Marinoni, pode ser compreendida como o instrumento ou meio processual que tem por finalidade prestar e efetivar a tutela jurisdicional, isto é, a forma ou procedimento de que se vale o Estado-juiz para conformar ao caso concreto a proteção outorgada ao direito material de determinada parte por meio do processo.³

Multa Processual: usualmente denominada por *astreinte*, é ela um:

Instituto de criação jurisprudencial francesa que inspirou a sanção pecuniária compulsória, introduzida no Brasil como instrumento às ações que visam cumprir obrigação de fazer (ou não fazer) [...] A *astreinte* é, pois, a multa destinada a forçar o devedor indiretamente a fazer o que deve e não a reparar dano decorrente de inadimplemento.⁴

¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal:** processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 21.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v. I. p. 107.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008d. p. 245-246.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 331.

Obrigação: “rela o jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa presta o pessoal econ mica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.”⁵

1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método de abordagem que norteará a elabora o do trabalho monográfico será o dedutivo, pois a exposi o do raciocínio partir  de uma premissa geral, fazendo uma análise dos princípios e direitos fundamentais informadores do processo civil. Com posterior abordagem de premissas específicas, nas quais haverá uma explica o acerca dos institutos de direito processual civil objeto da pesquisa, realizando-se, por fim, uma correla o entre as proposi es apresentadas por meio de um silogismo, obtendo-se uma conclusão que servirá de resposta ao problema formulado.

De outro turno, a técnica de investiga o a ser predominantemente utilizada   a pesquisa bibliográfica, visto que serão utilizadas como fontes de dados doutrinas em matéria constitucional, civil e processual civil, bem como artigos científicos em revistas especializadas e sites jurídicos, documentos estes que caracterizam unicamente fontes secundárias de dados.

1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA O DOS CAPÍTULOS

Estruturalmente, a investiga o em epígrafe se divide em quatro capítulos. O primeiro trata do direito fundamental   tutela jurisdicional efetiva, no qual foi abordado o conteúdo e a força normativa que decorre do *status* fundamental desta norma, além da tendência que busca relativizar a distância entre o direito material e o direito processual.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das obriga es. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 8.

Prossegue-se com a exposição dos deveres que irradiam daquela norma, em especial aqueles incidentes sobre o legislador e o juiz, finalizando com uma breve exposição acerca do permanente conflito entre os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à segurança jurídica.

No segundo capítulo, o alvo de análise foi o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, com a delimitação do seu conceito e natureza e a exposição dos requisitos para seu deferimento. Na mesma toada, foi sucintamente apresentada a hipótese especial de tutela antecipada fundada em parte incontroversa da demanda, bem como tecidas notas e considerações pontuais acerca do regime de efetivação das medidas antecipadamente conferidas à parte.

Adiante, no terceiro capítulo, tem lugar o exame da multa coercitiva, ou *astreintes*, em concisa exposição de seu conceito e história, inclusive em relação à sua evolução legislativa no cenário nacional. Além disso, procurou-se apontar a natureza jurídica deste instituto, com as características que lhe são peculiares.

Por último, o quarto capítulo abarca a exposição dos meios executivos, prosseguindo-se com a demonstração da insuficiência da execução provisória como meio de efetivação da tutela antecipada e a idoneidade das *astreintes* para este mesmo fim.

Feito isso, o tema do trabalho passa a ser propriamente abordado, partindo-se para a defesa da aplicabilidade das *astreintes* como meio de efetivação da antecipação da tutela de obrigações de pagar e a subsequente exposição dos entendimentos conflitantes, para, ao final, obter uma resposta à problematização que instigou a produção do presente trabalho.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

A partir do momento em que vedou aos particulares o emprego da própria força para a satisfação de interesses e resolução de conflitos, o estado avocou para si o dever de prestar tutela jurisdicional, ou seja, a:

[...] proteção a ser conferida pelo Estado-jurisdição à situação da vida retratada abstratamente em regras existentes no plano do direito material. Por não ser a lei substancial suficiente para assegurar a satisfação espontânea do interesse por ela própria assegurado, necessário buscar auxílio na função estatal criada exatamente para impor coercitivamente a vontade do legislador.¹

Diante da relevância do assunto, que subsidiará o tema do trabalho sob enfoque, neste primeiro capítulo será abordado, em linhas gerais, o que consiste a garantia de efetividade da tutela jurisdicional, o seu enquadramento na categoria de direitos fundamentais, com as consequências dele resultantes. Também será observada a novel tendência de reaproximação entre o direito material e o processo, assim como a vinculação resultante do enquadramento citado, que impõe a atuação positiva do legislador processual e do juiz, com ênfase neste último, realizando-se, por fim, uma confrontação com o princípio constitucional da segurança jurídica.

2.1 CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) dispõe, no bojo do título relacionado aos Direitos e Garantia Fundamentais, que “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”². “Tem-se aqui, pois,

¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 509-510.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2011.

de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito.”³

Assim, referido dispositivo constitucional traz a lume o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ou seja, o direito de obter do Estado-juiz não somente o acesso aos tribunais ou a mera declaração de existência e titularidade do direito material afirmado, mas também, e principalmente, do emprego de técnica processual apta a conferir proteção efetiva e adequada a este direito, realizando-o tal como se não tivesse existido a lesão afastada pela atuação do Poder Judiciário.⁴ Em outras palavras, “não basta garantir o acesso à justiça, é necessário garantir também o seu resultado eficiente.”⁵

Desde logo, é imperioso esclarecer a existência de inúmeras denominações para referido comando constitucional, as quais, ao fim e ao cabo, são sinônimas e representam um mesmo conjunto de exigências, segundo informa Guerra:

[...] entre processualistas é comum utilizar expressões como “garantia da efetividade da tutela jurisdicional”, ou “da efetividade do processo”, “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, “garantia (ou princípio) do direito de ação”, “garantia do acesso à justiça” e “garantia de acesso à ordem jurídica justa”, enquanto os constitucionalistas preferem as expressões “direito (fundamental) à tutela efetiva”, “direito ao processo devido” e “direito fundamental de acesso aos tribunais”. Tais expressões vêm sendo utilizadas num sentido amplo, como sinônimas, para designar um mesmo conjunto de exigências, como também, em sentido mais restrito, para referir-se apenas a uma ou algumas dessas exigências.⁶

Essas exigências, de qualquer forma, tendem a coincidir, apesar da apontada diversidade de terminologias.⁷

Reportando-se ao direito fundamental à efetividade do processo ou, em outras passagens, à efetividade da jurisdição, igual ponderação realiza Zavascki:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 285.

⁴ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Figueira. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 4, tomo I. p. 40.

⁵ FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 412.

⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 49.

⁷ Assim, quando no decorrer do trabalho forem mencionadas expressões análogas, tais como aquelas referidas pelo autor citado, estar-se-á se referindo ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, designação cunhada por Luiz Guilherme Marinoni, ora adotada para a uniformidade de redação do presente trabalho.

também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.⁸

Portanto, muito embora coexistam diversas designações cunhadas por estudiosos de direito constitucional ou processual, há consenso de que todas englobam um mesmo núcleo essencial, que será minuciosamente dissecado adiante.

De outro norte, afigura-se imprescindível, igualmente, asseverar que referido direito fundamental deriva do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também constante do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, princípio este que “[...] apresenta-se como verdadeira máxima do sistema jurídico e representa uma garantia aos jurisdicionados de que não serão excluídos da apreciação do Poder Judiciário, salvo exceções ideológicas e políticas previstas na própria Constituição, lesões ou ameaças a qualquer modalidade de direito”⁹, assim como garante que “além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.”¹⁰

Em outros termos, “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo.”¹¹

Estas são, em síntese, as definições da melhor doutrina a propósito do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, nascedouro do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, norma esta que, embora mereça ser objeto único de obra jurídica, não será alvo de outros comentários, em virtude da brevidade do presente trabalho, que não comporta ilações mais profundas.¹²

Feitas estas ponderações prévias, urge trazer à colação a definição de Alvaro de Oliveira para o direito fundamental à efetividade:

Trata-se de um direito fundamental e inviolável por parte dos poderes estatais, pois, assegurado o acesso à jurisdição, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito (ainda que meramente afirmada), constituiria evidente incongruência não se compreendesse aí o exercício do direito de invocar e obter tutela jurisdicional adequada e efetiva. A situação subjetiva assegurada ao longo do art. 5º da Constituição brasileira se traduz, portanto, no poder de exigir do órgão judicial, em tempo razoável, o desenvolvimento completo de suas atividades, tanto instrutórias,

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66. (Grifos do autor).

⁹ ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 43.

¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 172.

¹¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009a. v. I. p. 204.

¹² Sobre a matéria, Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 430-431.

necessárias para a cognição da demanda judicial, quanto decisórias, com emissão de um pronunciamento processual ou de mérito sobre o objeto da pretensão processual, e que possa ser realizado efetivamente do ponto de vista material. Daí decorrem o direito fundamental a um processo justo e o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.¹³

Com uma ótica mais voltada para o processo, Bedaque preleciona o que vem a ser a efetividade deste instrumento:

Debate-se, todavia, a respeito da sua efetividade, que, em última análise, significa que o processo deve proporcionar a total proteção ao direito substancial. Isto é, somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa. Fala-se em adequada proteção jurídica como um dos direitos inalienáveis da pessoa humana, incluindo-se nesse rol o direito a um processo adequado e justo, que assegure ao titular do interesse protegido possibilidade de tutela efetiva.¹⁴

Aliás, conquanto concebida em período permeado por outros valores e ideais, pois apresentada pela primeira vez no ano de 1911¹⁵, permanece atual a máxima cunhada pelo processualista italiano Giuseppe Chiovenda, segundo o qual “Na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”¹⁶

Frente a isso, observa-se que, não obstante o sem número de expressões adotadas pelos estudiosos do tema, alguns com uma abordagem mais processualista, focada na instrumentalidade do processo, e outras voltadas para o âmbito constitucional, exortando a natureza fundamental do direito à efetividade da tutela jurisdicional, entre todos há o consenso de que o jurisdicionado tem o direito não somente a obter uma sentença de mérito, mas também de dispor de meios processuais aptos a conferir, em tempo razoável, proteção adequada e efetiva a seu direito.

¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066940174218181901.pdf>> Acesso em: 11 fev. 2011. Sob a mesma ótica, importante mencionar as palavras de Mitidiero sobre o tema: “lembra a doutrina que o art. 5º, XXXV, da CRFB, não se cinge a enunciar a cláusula da inafastabilidade da jurisdição, avançando muito mais além, consagrando em realidade um verdadeiro direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva e, em contrapartida, um autêntico dever do Estado de prestar jurisdição com idênticos predicados.” Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45-46.

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 74.

¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe apud. DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 311.

Quanto a estas características, deve-se ter em mente a distinção de que “A adequação da tutela jurisdicional revela a necessidade da análise do caso concreto posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um provimento adequado à situação levada a juízo”¹⁷, ou seja, o processo deve ser pensado e estruturado à partir do bem da vida litigioso, para, então, conferir-lhe proteção adequada; enquanto que “A efetividade da tutela jurisdicional traduz uma preocupação com a especificidade e a tempestividade da proteção judicial. O resultado da demanda deve ser o mais aderente possível ao direito material, alcançado em tempo razoável para às [sic] partes.”¹⁸ Sintetizando, para se tornar efetivo, o processo deve alcançar o resultado pretendido em tempo razoável, sem dilações indevidas, e a tutela prestada deve ser a mais semelhante possível à hipótese de cumprimento espontâneo da regra de direito substancial.

Desta forma, percebe-se que quando se menciona a efetividade da tutela jurisdicional não se está a falar apenas em celeridade ou tempestividade, mas também, e principalmente, na idoneidade da técnica processual em assegurar a plena realização do direito material litigioso tal como se houvesse ocorrido o adimplemento voluntário da obrigação pela parte renitente.

Sobre esta característica em especial, oportuna é a construção de Spadoni:

A tutela jurisdicional prestada pelo estado deve ser, assim, não apenas uma resposta formal, mas uma resposta qualificada, apta a atender e realizar o interesse juridicamente protegido, que foi constatado e reconhecido no desenrolar da atividade jurisdicional. A tutela jurisdicional que Estado está obrigado a prestar ao titular do direito é, assim, uma tutela *adequada, útil e eficaz*. Só quando possui esses adjetivos é que o órgão jurisdicional se desincumbe fielmente da obrigação que assumiu perante toda a sociedade.¹⁹

Portanto, diante de tudo o que foi exposto, pode-se concluir, extirpe de dúvidas, que a Constituição da República não se limita apenas a agasalhar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, representado pela concepção de possibilidade de amplo acesso ao Poder Judiciário e de obter a apreciação da alegação de ameaça ou lesão a direito individual ou coletivo. Pelo contrário, restou consagrado em seu artigo 5º, XXXV, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que garante ao jurisdicionado o direito de obter do Estado-juiz prestação jurisdicional célere e que confira proteção idônea ao bem da

¹⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 92.

¹⁸ *Ibid.*, p. 93.

¹⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 23-24.

vida perseguido, realizando-o tal como se tivesse havido a integral observância da regra de direito substancial pela parte contrária.

2.2 NATUREZA DE DIREITO FUNDAMENTAL DO DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Primeiramente, antes de qualquer discussão acerca do enquadramento do direito à tutela jurisdicional efetiva nesta categoria de direitos, afigura-se imprescindível levar a efeito uma breve conceituação sobre a moderna teoria dos direitos fundamentais, sem, contudo, esgotar o tema, diante de sua vasta amplitude e pela função essencialmente complementar que desempenha no bojo deste trabalho.

2.2.1 Conceito de direitos fundamentais

Na ordem constitucional em que estamos situados, permeado pela ideia central de valorização e proteção da dignidade humana, os direitos fundamentais exercem papel essencial para a própria existência e consecução do Estado Democrático de Direito.

Ou melhor, “Os direitos fundamentais e humanos são institutos indispensáveis para a democracia, ou seja, são normas fundantes do Estado Democrático e sua violação descaracteriza o próprio regime democrático.”²⁰

Aliás, pode-se afirmar, conforme os ensinamentos de Silva, que os direitos fundamentais designam,

No nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.²¹

²⁰ NERY JÚNIOR, 2009, p. 21.

²¹ SILVA, 2007, p. 178. (Grifo do autor).

Para Bonavides, que tomou por lição os dizeres de Schmitt, os direitos fundamentais são aqueles direitos e garantias nomeados e especificados como tal no instrumento constitucional, tendo recebido um grau mais elevado de garantia ou segurança, representada pela sua imutabilidade ou pela maior dificuldade de alteração. Aponta, também, que do ponto de vista material tais direitos variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, as espécies de valores e os princípios que a Constituição de um país consagra.²²

Por sua vez, Sarlet, reportando-se ao jurista hispânico Pérez Luño, aduz que os direitos fundamentais

constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.²³

Mais à frente, desta feita fazendo menção ao doutrinador alemão Alexy, Sarlet concebe outro conceito para os direitos fundamentais, realizando uma breve diferenciação entre as normas materialmente fundamentais e as normas formalmente fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).²⁴

Portanto, percebe-se que existem duas acepções dos direitos fundamentais, primeiramente aqueles considerados formalmente fundamentais, pois expressamente consagrados como tal pelo legislador constituinte, estando inseridos no rol positivado em uma Constituição.²⁵

Noutro norte, diz-se que os “Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.”²⁶

Vale acentuar, que os direitos formalmente fundamentais também são tidos como materialmente constitucionais, pois a sua própria positivação no catálogo constitucional

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 560-561.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 32.

²⁴ *Ibid.*, p. 80.

²⁵ *Ibid.*, p. 78-80.

(fundamentalidade formal) pressupõe a sua essencial importância no Estado de Direito, constituindo-se no conjunto de direitos e liberdades a conferir sustentáculo a esta modalidade de Estado (fundamentalidade material).²⁷

Referida sistemática, outrossim, resulta justamente do conteúdo do artigo 5º, § 2º, da CRFB, que dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”²⁸

Logo, percebe-se que os direitos fundamentais “não podem ser reunidos em um elenco fixo, mas sim constituem uma categoria jurídica aberta. [...] Com isso, a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição da República de 1988 não é fechada, exaustiva, podendo ser estabelecidos outros direitos fundamentais no próprio texto constitucional ou em outras normas.”²⁹ “Enfim, deve-se entender que não existe uma lista taxativa de direitos fundamentais, constituindo eles um conjunto aberto, dinâmico, mutável no tempo.”³⁰

Em suma, “os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.”³¹

A este respeito, aliás, importante registrar que, em grande medida, os direitos fundamentais “correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade humana”³². Em realidade, este conjunto de direitos e garantias nada mais são do que “exigências concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados.”³³

Vale apontar, outrossim, que “na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a

²⁶ SARLET, 1998, p. 84.

²⁷ Ibid., p. 78.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

²⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 103-104.

³⁰ Ibid., p. 93.

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos e fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.

³² SARLET, op. cit., p. 114-115.

³³ SARLET, loc. cit.

ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia”³⁴

E, como decorrência desta vinculação, “o direito à efetividade da tutela jurisdicional é um direito fundamental que tem raiz na própria idéia de dignidade da pessoa humana, a qual foi erigida – pela Constituição Federal (art. 1.º, III) – à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito.”³⁵

Feitas estas considerações, resta deixar assentado que a temática dos direitos fundamentais comporta vasta produção científica, com suas diversas características e nuances, ressaltando-se a sua divisão conceitual em dimensões e as diversas terminologias utilizadas, matéria esta que não será alvo de análise mais alentada neste trabalho, consoante já delineado anteriormente, tanto por sua extensão, quanto pela pouca importância que desempenha para a precisa exposição do tema.

2.2.2 Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

Diante da suma importância que os direitos fundamentais desempenham no atual Estado de Direito, nos termos da exposição *supra*, e pela experiência legislativa e jurisdicional não muito distante, que pregava a eficácia meramente programática das normas constitucionais³⁶, achou por bem o legislador constituinte nacional assentar, em dispositivo próprio, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, nos seguintes termos: “Art. 5º [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”³⁷

Pertinentes são as colocações de Agra a respeito do objetivo desta característica dos direitos fundamentais:

O objetivo da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais é assegurar a eficácia dos seus postulados, potencializando a produção dos efeitos, sem a necessidade de esperar por uma regulamentação por parte do Poder

³⁴ SARLET, 1998, p. 110.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008c. p. 332.

³⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 75-78 e 138-140.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

Legislativo. A aplicabilidade imediata dos preceitos fundamentais denota, mais uma vez, a importância ocupada pelos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988 e reafirma a eficácia imediata de todas as suas normas concernentes a direitos fundamentais.³⁸

Mendes, Coelho e Branco, por sua vez, asseveram a importância do dispositivo legal mencionado, que elucidou, de uma vez por todas, que os direitos fundamentais não possuem cunho meramente programático, e sim que seu núcleo é passível de aplicação às relações jurídicas em geral:

O significado essencial dessa cláusula [artigo 5º, § 1º, CRFB] é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.³⁹

Na mesma esteira que os demais, contudo dando maior ênfase à atitude inovatória do legislador constituinte, Sarlet afirma que

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, § 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente.⁴⁰

Deste modo, ao contrário da ordem constitucional precedente, que creditava aos direitos fundamentais caráter programático, por conseguinte, sem aplicabilidade imediata e como sinônimos de “meras declarações de princípios”⁴¹, a Constituição vigente atribuiu a estes direitos *status* de reguladores imediatos das relações jurídicas, com a produção de efeitos na esfera jurídica das pessoas independente de regulamentação infraconstitucional, o que constituiu grande avanço, pois representou a possibilidade de exigir a efetivação de direitos que até então eram assegurados pela Norma Maior, sem que, contudo, pudessem ser usufruídos por seus titulares em razão da omissão do legislador infraconstitucional.

Claro que há que se ter em mente que “a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. [...] Em

³⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 247-248.

³⁹ MENDES; COELHO; BRANCO, 2009. p. 285.

⁴⁰ SARLET, 1998, p. 69.

⁴¹ GUERRA, 1998, p. 50.

conclusão, somente podem ter aplicação imediata normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia.”⁴²

Isso quer dizer que podem existir normas fundamentais que, não obstante possuírem aplicabilidade imediata, necessitam da atuação positiva do legislador para que sejam plenamente eficazes, ou, melhor, que dependem desta regulamentação para que confirmem a proteção almejada pelo legislador constituinte ao núcleo essencial do direito.

São as chamadas normas de baixa densidade normativa, ou seja, aquelas que, mesmo presentes no artigo 5º da Constituição, não possuem em si elementos suficientes para gerar os seus principais efeitos. Aliás, são normas que, embora possuam aplicabilidade imediata, têm sua eficácia dependente da elucidação pelo legislador infraconstitucional, cuja inércia pode obstar a eficácia plena da norma.⁴³

E, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva insere-se dentre elas, pois trata-se de norma que, muito embora possa ser atuada no caso concreto pelo juiz, depende da ação positiva do legislador⁴⁴, por meio da edição de procedimentos, ritos e garantias para que os litigantes possam reclamar seus direitos sem que venham a ser surpreendidos por medidas judiciais que venham a atentar contra sua esfera jurídica.

Portanto, diante da norma expressa constante da Constituição Federal, não restam dúvidas de que os direitos fundamentais, na medida do que for naturalmente possível, tem eficácia plena e aplicabilidade imediata às relações jurídicas, não podendo sua exigibilidade imediata ser olvidada nem pelos particulares e tampouco pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

2.2.3 Natureza de direito fundamental do direito à tutela jurisdicional efetiva

Com efeito, segundo exposto anteriormente, o direito à tutela jurisdicional efetiva está positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 5º, XXXV, da

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 315.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 136.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 135-136.

Constituição da República, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”⁴⁵

Ademais, referido dispositivo legal está inserido no Capítulo I, do Título II, da Constituição Federal, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”⁴⁶, de onde extrai-se a fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional efetiva, tanto no sentido material quanto formal, pois expressamente consagrado no catálogo constitucional.

Sendo assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva reveste-se de todas as características e atributos que este *status* lhe garante, em especial a sua força normativa plena, que enseja a aplicabilidade imediata a todas as relações jurídicas, independente de previsão infraconstitucional.

Quanto a este ponto, é imperativo uma vez mais fazer uso das palavras de Bedaque, para quem pode-se enquadrar a “adequada proteção jurídica como um dos direitos inalienáveis da pessoa humana, incluindo-se nesse rol o direito a um processo adequado e justo, que assegure ao titular do interesse protegido possibilidade de tutela efetiva.”⁴⁷

Guerra, em sua obra, ressalta importante consequência que advém da caracterização da efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental:

Há, na realidade, muito mais que uma mera opção terminológica em referir-se à efetividade da tutela jurisdicional como um *direito fundamental*. É que, assim, todas as garantias processuais já reconhecidas em doutrina e nos principais ordenamentos jurídicos (principalmente no plano constitucional) como relacionadas com a efetividade da tutela jurisdicional passam a gozar de regime e força jurídicas especiais, próprios dos direitos fundamentais. A diferença, portanto, está, precisamente, no diverso status, ou melhor, na maior força jurídica que adquirem essas garantias, ao serem caracterizadas como direito fundamental.⁴⁸

Percebe-se, então, que a conceituação do direito à tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental ultrapassa a seara meramente semântica, conferindo a este direito um *status* jurídico superior, com implicações na própria dinâmica com que ele incide sobre os Poderes Públicos, bem como na forma como pode ser usufruído pelos jurisdicionados.

2.3 RELATIVIZAÇÃO DO BINÔMIO DIREITO MATERIAL/PROCESSO

⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁴⁷ BEDAQUE, 2009, p. 74.

Com efeito, “não é de hoje que se ouve falar que o processo civil, notadamente nos sistemas legislativos de origem romano-canônica, está em crise e que existe um descompasso entre o instrumento e a rápida, segura e cabal prestação da tutela por parte do Estado-juiz.”⁴⁹

Isso acontece pela busca que o legislador e a doutrina clássica empreenderam para desvincular o direito processual do direito material e evidenciar a natureza pública do processo, em virtude da qual se preocuparam somente em delinear conceitos que, segundo sua concepção, seriam capazes de conferir autonomia e dignidade científica ao direito processual civil, antes concebido como mera forma de atuar o direito material.⁵⁰

Esta laicização do direito processual em relação ao material resultou em grande avanço da ciência processual, com a instituição e delineamento de institutos e garantias processuais importantes, principalmente objetivando conferir segurança no trâmite processual, mas também resultou em disparidades e antinomias, relegando-se a segundo plano o direito material, com a ausência de métodos e procedimentos para a sua proteção adequada e efetiva no plano concreto.⁵¹

Em face disso, e para que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva seja praticamente observado, “é imprescindível estreitar ao mínimo indispensável os campos do ‘direito material’ e do ‘direito processual’ ou, para empregar o nome que ganhou mais notoriedade na doutrina mais recente, reduzir, ao mínimo essencial, o binômio entre ‘direito’ e ‘processo’.”⁵²

Em outras palavras, segundo as colocações de Bedaque:

Trata-se de tomar consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material. Implica reconhecer que a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual. O reconhecimento da necessidade de os institutos processuais serem concebidos a partir do direito material resulta da inafastável coordenação entre tais ramos da ciência jurídica. Preserva-se a autonomia do processo com a aceitação de se tratar de realidades que se referem a patamares dogmáticos diferentes.⁵³

Igual percepção possui Spadoni, o qual acredita que

⁴⁸ GUERRA, 1998, p. 49. (Grifo do autor).

⁴⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 36.

⁵⁰ MARINONI, 2008c, p. 42.

⁵¹ Ibid., p. 52-62.

⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 52

⁵³ BEDAQUE, 2009, p. 16.

Deve existir, para tanto, uma aproximação entre o processo e o direito material nele agitado, para que o resultado afinal obtido com a atividade jurisdicional seja o mais adequado possível à efetivação do direito que vier a ser constatado.

E este ponto de contato entre os dois planos, em busca da efetividade dos direitos, é realizado mediante a preordenação não só de procedimentos, mas também de formas de cognição, provimentos e meios executórios que permitam dar concreção à tutela qualificada.⁵⁴

Não é por outra razão que a tônica deste tema gira em torno do reconhecimento da instrumentalidade do processo em relação às regras de direito substancial, ou seja, a aceitação de que o processo não é fim em si mesmo, e sim um instrumento para a realização destas normas, e que seu único escopo é a pacificação social através do oferecimento de instrumentos hábeis à obtenção da tutela jurisdicional perseguida.⁵⁵

Não são poucas as vozes que pregam esta maior aproximação entre o processo e o direito substancial, representada principalmente pelo reconhecimento do caráter instrumental do primeiro, dentre as quais importa citar Bedaque, que assim se manifesta:

A natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe.⁵⁶

Pioneiro na abordagem da matéria, com obra especialmente dedicada ao seu estudo, importante é a lição de Dinamarco ao afirmar que

é preciso também compreender que não é tão grande como se pensou a distância entre o processo e o direito e que o primeiro, tocado pelos ventos da instrumentalidade bem compreendida, acaba por afeiçoar-se às exigências deste; além disso, a participação do processo na vida dos direitos, às vezes muito intensa ou até mesmo indispensável [...], mostra que do reconhecimento da autonomia do direito processual não se deve extrair pressurosamente a falsa idéia do seu isolamento. O processo e o direito completam-se e a boa compreensão de um exige o suficiente conhecimento do outro. É inerente à proposta mudança de mentalidade essa visão acentuadamente instrumentalista, com superação das atitudes muito próprias à fase “autonomista” do direito processual, ora em vias de extinção. É indispensável, agora, relativizar o binômio direito-processo, para a libertação de velhos preconceitos formalistas e para que do processo se possam extrair melhores proveitos.⁵⁷

⁵⁴ SPADONI, 2007. p. 26.

⁵⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 35. A propósito, vale citar os ensinamentos de Nelson Nery Júnior: “O processo civil é instrumento de realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual reclama o comprometimento do processualista com esses preceitos fundamentais. Sem democracia e sem Estado Democrático de Direito o processo não pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.” Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 509.

⁵⁶ BEDAQUE, 2009, p. 19.

⁵⁷ DINAMARCO, 2003, p. 271-272. Ou, como bem resume Theodoro Júnior, “Instrumentalismo e efetividade são idéias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se

Desta forma, existe um certo consenso de que o direito processual há muito não cumpre sua principal função, qual seja a tutela efetiva das regras de direito material. Esta crise de resultado impõe a uma mudança de mentalidade pelo processualista, que deve pensar e conceber sua ciência a partir da realidade verificada no plano das relações substanciais. Para tanto, deve notar que o processo não é um fim em si mesmo, e sim um instrumento a serviço do direito material, que dele necessita para a sua precisa observância nas relações jurídicas cotidianas.

Portanto, sem olvidar a autonomia da ciência processual, pode-se afirmar que o processo é instrumento de solução de controvérsias e de realização da norma substancial e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam.

2.4 DEVER DO LEGISLADOR DE INSTITUIR TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA

Como demonstrado anteriormente, o cidadão tem o direito não somente de acesso ao Poder Judiciário e à manifestação deste quanto à pretensão deduzida em um processo. A Constituição Federal vai além e garante, por intermédio do que se denomina de direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, proteção idônea do direito reconhecido em juízo, com a prestação efetiva e adequada da tutela do direito, consubstanciada em uma resposta tempestiva e que realize o direito da forma mais próxima possível do estado em que ele se encontrava antes da sua violação.

Para tanto, não basta a existência da cláusula geral constitucional garantindo aludido direito. Para que a tutela jurisdicional seja efetiva, ou seja, prestada de modo a garantir o resultado esperado pela parte em tempo razoável, sem dilações indevidas e, também, sem descumprimento de garantias processuais da parte contrária, mostra-se

encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado [...], de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual.” Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I. p. 20.

indispensável que o legislador infraconstitucional concretize os preceitos constitucionais, instituindo técnicas processuais idôneas à proteção do direito material perseguido em juízo.⁵⁸

Ou melhor, deve estar ele atento à nova temática predominante na processualista moderna, da relativização do binômio direito material/processo, que impõe sejam os institutos processuais pensados em consonância e segundo as necessidades das regras de direito substancial, servindo como um instrumento para sua efetiva proteção, e não como um fim em si mesmo.⁵⁹

Aliás, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, do qual, consoante apontado no item 2.1, decorre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, não está exclusivamente vocacionado a estabelecer restrições ao Poder Legislativo, proibindo vedações ao livre acesso ao Poder Judiciário. Vai mais longe, estabelece forte carga programática, dirigida ao Estado e seus poderes constituídos, compelindo-os à introdução de ritos inovados e adaptados às diversas circunstâncias dos litígios, para impregnar o procedimento da força capaz de colocar à disposição de todos os interessados um processo acessível, rápido e eficiente.⁶⁰

Ao comentar o assunto, entre outras diversas passagens, cabe transcrever incisivo apontamento feito por Marinoni, segundo o qual

o legislador tem o dever, diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de instituir as técnicas processuais idôneas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito material. Essas situações de direito material, ou as necessidades de tutela dos direitos, devem ser compreendidas pelo legislador, para que, então, o direito material possa encontrar resposta efetiva na jurisdição.⁶¹

No mesmo sentido caminha a doutrina de Mendes, Coelho e Branco:

A garantia de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV) não prescinde de que a lei venha a dispor sobre o direito processual que viabilize a atuação do Estado na solução de conflitos. [...] A plenitude de efeitos dessas normas depende da ação normativa do legislador, porque essas normas constitucionais caracterizam-se por uma densidade normativa baixa. Quanto a elas, não obstante o que diz o § 1º do art. 5º da Constituição, a maior medida da sua eficácia queda na dependência do legislador infraconstitucional, cuja inércia pode embargar o propósito do constituinte e atrair a censura da inconstitucionalidade por omissão.⁶²

Em última análise, conquanto a efetividade da tutela jurisdicional esteja inserida no rol de direitos fundamentais, e, conseqüentemente, se revista da aplicabilidade imediata ínsita a tais direitos, reclama ela uma atuação positiva por parte do legislador, tendente a

⁵⁸ MITIDIERO, 2007, p. 91-93.

⁵⁹ BEDAQUE, 2009, p. 16-18.

⁶⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 23.

⁶¹ MARINONI, 2008c, p. 24.

materializar a nível infraconstitucional técnicas processuais aptas a conferir proteção idônea a todas as situações de direito material que reclamem a atuação da jurisdição.⁶³

Em outras palavras, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva impõe ao órgão legiferante o dever de normatizar procedimentos suficientes à adequada e tempestiva realização dos direitos subjetivos perseguidos em juízo, missão esta que será cumprida apenas quando o processo for pensado e estruturado para e em função das regras de direito material, como instrumento de sua realização.

2.5 A OMISSÃO LEGAL E O PODER INTEGRATIVO DO JUIZ

De outro vértice, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva reclama não somente a atuação do legislador, mas também do órgão julgador, impondo-lhe a aplicação no plano concreto de referido preceito quando constatar que a norma processual omite-se quanto a método relevante para a proteção de determinado direito material, ou mesmo quando a técnica processual prevista não seja suficiente para garantir tutela efetiva ao direito pretendido pela parte.

Quanto a esta questão, pertinente é a lição formulada por Marinoni:

Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. [...]

Se o dever do legislador de editar o procedimento idôneo pode ser reputado descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa.⁶⁴

Desta forma, os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional, para que ela seja aplicada.

⁶² MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 287.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a. p. 135-136.

Referindo-se ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, Mitidiero assinala que:

[...] sendo um direito de densidade constitucional, releva sublinhar a sua justiciabilidade imediata na ordem constitucional brasileira (art. 5º, § 1º, CRFB). Certo, a concretização dos direitos fundamentais é, em primeiro lugar, tarefa do legislador; contanto, a ausência de legislação infraconstitucional ou mesmo a insuficiência da legislação existente autoriza o Poder Judiciário a concretizar de maneira imediata o direito fundamental à tutela jurisdicional.⁶⁵

O preceito contido no art. 5º, § 1º, da Constituição da República, autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, aliás, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.⁶⁶

As ideias de Porto seguem o mesmo rumo, contudo ressalta que o juiz, ao se valer da hermenêutica para conferir efetividade à tutela jurisdicional, deve observar o devido processo legal, sem furtar-se às garantias constitucionais outorgadas aos jurisdicionados, consoante segue:

Desta forma, em face da ausência de regra processual ou inadequação desta à natureza do direito posto em causa e à qualidade da parte, está o juízo autorizado a buscar eficiência para o processo, aos efeitos de tornar a jurisdição útil e efetiva, pela via da disciplina especial do caso, criando, verdadeiramente, direito processual *in concreto*, tudo desde que respeitado sempre o *devido processo legal substancial*, representado pela prevalência das garantias constitucionais-processuais – expressas ou implícitas – consagradas na Carta Magna.⁶⁷

Em síntese, toda ocasião que o magistrado reputar descumprido o dever do órgão legiferante de complementar a norma fundamental, seja pela completa omissão legal, seja pela insuficiência da técnica processual existente para a tutela de determinado caso conflitivo, é imperativo que exerça sua função de concretizador dos preceitos fundamentais e, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, extraia da norma processual sua máxima potencialidade, de modo a conferir proteção adequada e idônea ao direito posto à sua apreciação.

⁶⁴ MARINONI, 2008c, p. 147.

⁶⁵ MITIDIERO, 2007, p. 91.

⁶⁶ MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 135.

⁶⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 189. (Grifo do autor).

2.6 EFETIVIDADE X SEGURANÇA JURÍDICA

Nos termos da construção até agora esposada, nota-se que a efetividade da tutela jurisdicional é um tema recorrente dos estudiosos do direito constitucional e processual civil, diante da feição de que se revestiu o processo na ordem constitucional vigente, como instrumento de efetiva proteção do direito material e garantidor da realização da justiça no caso concreto.

Todavia, como se sabe, nenhum direito fundamental é absoluto e imune a restrições, regra esta da qual não escapa a efetividade da tutela jurisdicional, que encontra seu limitador na segurança jurídica, outro valor imanente ao Estado Democrático de Direito. Este último direito fundamental protege o cidadão contra o arbítrio estatal, visando, ainda, à salvaguarda de elementos fundantes da sociedade democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade. Outrossim, impõe que a norma jurídica seja formulada de maneira clara, acessível e previsível, caracteres estes que também devem revestir o resultado do litígio, de forma a não causar surpresas ao jurisdicionado e estranheza no meio social onde deva atuar.⁶⁸

Em termos mais simples, a segurança jurídica assegura “que não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive, pois, os direitos subjetivos de qualquer espécie) não de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal.”⁶⁹

Aliás, dentre os direitos fundamentais que decorrem da segurança jurídica, em tema de direito processual, ganha lugar de destaque o devido processo legal (art. 5º, LIV⁷⁰, da Constituição da República), a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII⁷¹ e LIII⁷²), a igualdade (art. 5º, *caput*⁷³), aí compreendida a paridade de armas, o

⁶⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 79.

⁶⁹ ZAVASCKI, 2009, p. 67.

⁷⁰ Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁷¹ Art. 5º [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁷² Art. 5º [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁷³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV⁷⁴), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI⁷⁵), e o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais (art. 94, inciso IX⁷⁶).⁷⁷

Quanto a esta aparente antinomia, como visto acima, tanto a efetividade da tutela jurisdicional quanto a segurança jurídica são valores de extrema relevância, ínsitos ao Estado Democrático de Direito, de modo que a colisão entre tais direitos deve ser resolvida no campo da ponderação, fazendo com que um deles seja mitigado em face do outro diante de determinada hipótese em abstrato, antecipadamente prevista pelo legislador, ou em concreto, operada pelo juiz em determinado caso conflitivo que não contenha solução legislativa ou em que tal solução seja inadequada ao litígio posto à sua apreciação. Esta mitigação, contudo, não pode resultar em completa aniquilação de seu núcleo essencial, mas somente uma relação específica de prevalência de um dos direitos.⁷⁸

Acerca desta colisão de direitos, discorre Álvaro de Oliveira:

[...] deve ser ressaltado que a efetividade e a segurança constituem valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios. Poder-se-ia dizer, numa perspectiva deontológica, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam, a sua vez, também instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça do caso. Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa. Assim, por exemplo, o exercício do direito de defesa, princípio ligado à segurança, não pode ser excessivo nem desarrazoado. Nos casos não resolvidos pela norma, caberá ao órgão judicial, com

⁷⁴ Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Cf. BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, loc. cit.

⁷⁵ Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁷⁶ Art. 93. [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁷⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 80. Segundo as palavras de Bandeira de Mello, a segurança jurídica “não pode ser radicada em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo. [...] Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, consequentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana.” Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 123-124.

⁷⁸ ZAVASCKI, 2009, p. 122.

emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer.⁷⁹

Desta forma, esse constante conflito entre a segurança jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional pode e deve ser resolvido pelo legislador, mediante a edição de leis que regulem equitativamente tal confronto, com a prevalência de um valor sobre o outro; bem como pelo órgão julgador, mediante a ponderação dos valores para sua conformação a determinado caso em concreto, quando inexistir solução legal ou no caso em que a norma abstratamente prevista não seja idônea à resolução de referido embate.

Importante assinalar que no Estado liberal clássico, pautado pela liberdade do indivíduo e pela não ingerência estatal, prevalecia o valor segurança jurídica, mormente porque vigorava no processo civil o chamado princípio da tipicidade dos meios executivos, que tinha o significado de impedir a utilização, por parte das partes e do juiz, de formas de execução não expressamente previstos na lei. Esse princípio restringia o poder de atuação do juiz pela lei, na qual eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida. Dava-se ao litigante a garantia de que no caso de sua eventual condenação, a jurisdição não poderia ultrapassar os limites dos meios executivos tipificados.⁸⁰

Todavia, no atual estágio de evolução científico e cultural em que nos encontramos, no qual os jurisdicionados cada vez mais reclamam por uma atuação célere dos órgãos estatais, bem como pela ordem constitucional vigente, que agasalhou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não existe mais lugar para a valoração exacerbada que, noutros tempos, os poderes públicos conferiam à liberdade do indivíduo, pelo qual o processo era tido como mero procedimento para a declaração do direito. “Portanto, a jurisdição não pode significar mais apenas *iuris dictio* ou ‘dizer o direito’, como desejavam os juristas que enxergam na atividade de execução uma mera função administrativa ou uma ‘função menor’.”⁸¹

Deve haver uma nova visão do significado da função jurisdicional, principalmente no sentido de que “o ideal de efetividade, entendido como o ideal de uma tutela que dê, o

⁷⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 77. Acerca do assunto, Moraes destaca que “quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.” Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 28.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008d. p. 121-122.

⁸¹ *Ibid.*, p. 116.

mais rápido possível, àquele que tem um direito exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, é que deve iluminar as novas definições dos doutrinadores do processo.”⁸² Portanto, “a tutela jurisdicional precisa ser efetiva. Para tanto, muitas vezes é necessário renunciar ao dogma da certeza e abrandar as garantias inerentes à segurança jurídica, a fim de evitar que o tempo deteriore a utilidade prática da tutela.”⁸³

Pois bem, especificamente na questão de distribuição do tempo do processo, em que a efetividade da tutela jurisdicional reclama uma atuação célere do julgador, e a segurança jurídica pressupõe o esgotamento de todos os atos processuais para a adequada resolução da lide, a introdução, no ordenamento jurídico, da antecipação da tutela representou, sem qualquer dúvida, a construção, por via legislativa, de regra com mecanismos para obtenção de concordância prática, de forma de convivência simultânea, entre referidos direitos fundamentais. E a opção do legislador, de adotar como técnica de solução a antecipação provisória do bem da vida reclamado pelo autor, revela claramente que na ponderação dos valores colidentes ficou estabelecida uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica.⁸⁴

Neste contexto, a antecipação da tutela contribui decisivamente para harmonizar direitos fundamentais (ou conjuntos de direitos) que se apresentam em antagonismo: de uma parte, o direito à segurança jurídica, pela qual a decisão dos conflitos supõe a cognição exauriente, após amplo contraditório sob o devido processo legal, com plenitude de defesa e do uso de recursos (CF, art. 5º, LIV e LV); de outra parte, o direito à tutela jurisdicional efetiva, comumente assinalado como acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), compreendido como o direito de obter, em prazo adequado, não apenas uma decisão justa, mas uma decisão com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.⁸⁵

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 16.

⁸³ BEDAQUE, 2007, p. 87.

⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1 Região. Brasília, DF, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/190/Antecipa%C3%A7%C3%A3o_da_Tutela_e_Colis%C3%A3o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 maio 2011.

⁸⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11.

3 TUTELA ANTECIPADA

O instituto da Tutela Antecipada, ou também Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurisdicional¹, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, por meio da alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil², como uma resposta do legislador à premente necessidade de conferir maior celeridade ao método estatal de solução de controvérsias.³

Referida alteração legislativa veio a atender, também, aos auspícios da doutrina pátria, cuja produção científica há muito apontava a necessidade de se estabelecer técnica processual que conferisse ao autor, já no início de qualquer espécie de processo de conhecimento, e não somente em procedimentos especiais⁴, a fruição dos efeitos da tutela que, via de regra, somente seriam obtidos após a solução final da lide. Vale lembrar que as primeiras linhas de referido instituto foram apresentadas, claro que com outra roupagem, pelo mestre gaúcho Ovídio Araújo Baptista da Silva ao proferir, em julho de 1983, palestra no 1º

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 132.

² Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 jan. 2011.

³ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 135. Pertinentes são as colocações de Ovídio A. Baptista da Silva sobre o tema, para quem “a outorga de poderes discricionários aos magistrados para concessão de medidas antecipatórias, no curso da causa, inclusive sob a forma de provimentos liminares, de cunho indiscutivelmente *interditais*, deve ser saudada como um importantíssimo avanço no rumo de uma maior efetividade da tutela processual” Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo apud. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9.

⁴ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 72.

Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em comemoração aos dez anos de vigência do Código de Processo Civil.⁵

3.1 CONCEITO E NATUREZA DA TUTELA ANTECIPADA

O instituto da antecipação da tutela, segundo as palavras de Gonçalves, “consiste na possibilidade de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da própria sentença. [...] Por seu intermédio, o juiz concede, antecipadamente, aquilo que está sendo pedido, embora ainda em caráter provisório.”⁶ Ou seja, “A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito.”⁷

Melhor explicando, a tutela antecipada é uma proteção jurídica diferenciada, caracterizada pela urgência e pelo direito evidente, “que, com base em cognição sumária ou exauriente, e presentes os requisitos legais, satisfaz antecipadamente, no mundo fático, a pretensão vertida pelo postulante, concedendo-lhe uma utilidade ou atribuição que somente poderia alcançar depois da sentença com trânsito em julgado”.⁸

Deste modo, a antecipação da tutela é o meio pelo qual o Juiz, em análise superficial ao litígio posto à sua apreciação, concede desde logo à parte, em caráter provisório, a fruição do bem da vida que ela somente lograria alcançar ao final do processo, após a prolação de provimento decisório definitivo alcançado pelo manto da coisa julgada.

⁵ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Figueira. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 4, tomo I. p. 121-122. Aliás, importante ressaltar que a nova redação do artigo 273 do CPC notoriamente representou “a possibilidade generalizada de concessão de tutelas antecipadas em todos os processos de conhecimento. Se antes as situações em que havia tal possibilidade dependiam de expressa previsão de lei (*numerus clausus*) e do preenchimento de requisitos específicos [...], hoje a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer processo de conhecimento (*numerus apertus*), desde que preenchidos os requisitos gerais enumerados no CPC, art. 273.” Cf. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 296.

⁶ Ibid., p. 297.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a. p. 50.

⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 73. É imperiosa a formulação de ressalva quanto à menção do autor de que a tutela antecipada também é concedida mediante cognição exauriente, pois o que ele quis referir é que, dependendo do momento processual em que a medida antecipatória é concedida, o seu grau de superficialidade é atenuado, chegando a sua análise, por vezes, a ser realizada com base em cognição exauriente, quando já encerrada a dilação probatória e encartadas aos autos todas as provas que as partes prendiam produzir. Cf. Ibid., p. 84.

Outra característica importante reside no fato de que “A tutela antecipada conduz à possibilidade de uma melhor distribuição do ônus de suportar a demora na solução dos litígios. Se o juiz a concede, o autor se satisfará, ainda que provisoriamente, desde logo, em detrimento do réu, que passará a suportar os ônus da demora.”⁹

De bom alvitre mencionar que na tutela antecipada “a cognição exercida pelo juiz é sumária e, portanto, não se reveste da definitividade que caracteriza a coisa julgada.”¹⁰

Sobre o tipo de cognição exercida pelo juiz, Vaz assim se pronuncia:

*A cognição sumária é menos aprofundada que a exauriente. É a cognição própria dos juízos de probabilidade ou verossimilhança, baseados que são em situações de aparência. O juízo de probabilidade se dá a partir do exame das provas compatíveis com cada situação, justificando-se diante das hipóteses de urgência e de direito evidente. Esta é a cognição típica da tutela cautelar e da tutela antecipatória, vocacionadas a atender os reclamos de urgência e rapidez na concessão do provimento jurisdicional.*¹¹

De outro tanto, a tutela antecipada “não caracteriza jamais uma antecipação da própria decisão de mérito contida na sentença. Ela antecipa os efeitos que decorrem desta decisão. A liminar só antecipa os efeitos externos ou secundários da sentença que, por esta condição, refletem-se no mundo dos fatos.”¹²

Sendo assim, “A tutela antecipada, vale a ênfase, é antecipada porque antecipa a produção dos efeitos práticos de uma sentença que, de outro modo, não seriam perceptíveis, que não seriam sentidos na realidade concreta até um evento futuro”¹³, ou seja, até o provimento final de mérito.

Interessante discussão que gira em torno do tema reside na possibilidade ou não do juiz recorrer-se à discricionariedade para indeferir o pedido de tutela antecipada, diante da locução *poderá* inserta no dispositivo legal correspondente.¹⁴

Quanto a isto, a doutrina inclina-se pela sua inaceitabilidade, pois, não obstante a expressão *poderá* inserta no art. 273, ensejando a ideia de discricionariedade, em realidade, não há margem de discricionarismo no exame do pedido de antecipação da tutela. Primeiro, porque, presentes os requisitos legais, não pode o juiz indeferir a pretensão. Segundo, porque a decisão, qualquer que seja, tem que se fazer fundamentada. O juiz se obriga a explicitar os

⁹ GONÇALVES, 2008, p. 297.

¹⁰ LOPES, 2009, p. 72.

¹¹ VAZ, 2002, p. 84. (Grifo do autor).

¹² LARA, Betina Rizzato apud. VAZ, 2002, p. 71.

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 29.

¹⁴ Art. 273. O juiz poderá[...] Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

fundamentos de sua decisão, e a fundamentação sempre terá que ser consentânea com os elementos contidos nos autos, não se admitindo subjetivismos.¹⁵

Desta forma, não há espaço para discricionariedade judicial, não há qualquer margem de liberdade para o magistrado conceder, ou não conceder, a tutela antecipada. Ele, diante da verificação da existência dos pressupostos, deve deferir a medida, e, na ausência deles, deve indeferi-la. Não há uma terceira opção, e tampouco nenhuma margem de liberdade ou de apreciação livre para o juiz na análise da concorrência ou não dos pressupostos legais.¹⁶

Assim, quanto a esta discussão, “presentes os pressupostos do art. 273, do Código de Processo Civil, é dever do juiz deferir o pedido, assim como, em caso contrário, imperativa será a decisão denegatória.”¹⁷

Feitas essas considerações, pode-se definir a tutela antecipada como o instituto processual pela qual a parte obtém, antecipadamente, mediante cognição sumária e caráter provisório, a proteção jurisdicional que, via de regra, somente seria alcançada ao final do processo, após o esgotamento dos atos processuais e o pronunciamento judicial definitivo.

3.2 REQUISITOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

De simples leitura do artigo 273 do CPC, mais especificamente do *caput* e seus incisos, depreende-se que para o deferimento de antecipação da tutela é imprescindível o preenchimento de certos requisitos. São eles: requerimento da parte; prova inequívoca; verossimilhança das alegações; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. A estes se conjuga o requisito negativo de inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

¹⁵ VAZ, 2002, p. 79.

¹⁶ BUENO, 2004, p. 64. Carreira Alvim é incisivo ao sustentar que “Discricionarismo pode haver tão-somente quanto à extensão e alcance do provimento, podendo haver antecipação total ou, dependendo das circunstâncias, uma antecipação parcial. Mas, dizer o julgador que indefere porque o art. 273 lhe faculta antecipar ou não a pretensão de mérito, é algo inadmissível, que não deve ser tolerado pelos tribunais.” Cf. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela antecipada na reforma processual**: antecipação de tutela na ação de reparação do dano. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 37.

¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 122.

3.2.1 Requerimento da parte

Com efeito, o primeiro requisito para o deferimento da antecipação da tutela é o pedido formulado pela parte, conforme redação literal do próprio artigo 273, *caput*, do CPC.¹⁸

Todavia, apesar de referido dispositivo legal aludir ao *requerimento da parte*, é praticamente unânime na doutrina e jurisprudência que “resulta claro [...] da sistemática adotada pelo Código que a tutela antecipada só pode ser pleiteada pelo autor, com o registro, porém, de que o réu, na reconvenção, exerce o papel de verdadeiro autor.”¹⁹

Deste modo, a tutela antecipada somente pode ser conferida à parte que busca a tutela definitiva cujos efeitos práticos pretende antecipar, ou seja, o autor, sendo que “Nos casos de ação dúplice, em que a tutela definitiva poderá vir a ser conferida ao réu, mesmo sem reconvenção, nada impede que, presentes os requisitos exigidos, venha ele, réu, pedir medida antecipatória em seu favor.”²⁰

Aliás, importa assinalar que não há momento determinado para que seja pleiteada o deferimento de tutela antecipada, pois o requerimento poderá ser promovido tão logo verificados os pressupostos para a antecipação da tutela. Isso pode ocorrer desde logo, na petição inicial, como também no curso do processo, inclusive em audiência, ou mesmo perante os tribunais, dirigida ao relator.²¹

De outro norte, grande celeuma se apresenta quanto a este requisito. Trata-se da possibilidade de concessão de ofício, pelo juiz, da tutela antecipada sem requerimento da parte.

Prepondera na doutrina o entendimento de que é vedada a concessão da tutela antecipada sem requerimento expresso do autor, ao argumento de que constituiria afronta aos princípios do dispositivo e da inércia, além da expressa alusão do texto processual ao requerimento da parte.²²

Neste sentido, oportuna é a lição de Vaz:

¹⁸ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial [...]. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

¹⁹ LOPES, 2009, p. 90.

²⁰ ZAVASCKI, 2009, p. 117.

²¹ Ibid., p. 118.

²² LOPES, op. cit., p. 90-91; VAZ, 2002. p. 130; DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 149-150; FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I. p. 57.

[...] não poderá o juiz antecipar a tutela de ofício. Como a antecipação da tutela representa o adiantamento da pretensão de mérito e, quanto à prestação da tutela jurisdicional, vige, no processo civil, a regra do *ne procedat iudex ex officio* (ar. 2º do CPC), resta vedado ao juiz deferir a antecipação sem que para tal haja exposto pedido da parte-autora.²³

Alguns autores, todavia, defendem a possibilidade do magistrado conceder medida antecipatória sem prévio requerimento da parte, tais como França, que considera admissível esta providência nos casos em que ficar apurado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, tendo em vista o princípio do impulso oficial, assim como porque neste caso a vítima do abuso não é a parte, mas o próprio Estado, que disponibiliza todo um aparato para a resolução dos conflitos.²⁴

A cisão da doutrina permanece, também, em relação à possibilidade de modificação e revogação da medida antecipatória sem requerimento da parte, diante da omissão do dispositivo legal correspondente²⁵, havendo estudiosos que a admitem²⁶, e outros que entendem incabível à hipótese²⁷, ambas as correntes, contudo, erigem como pressuposto concorrente a alteração da situação fática a justificá-las.

3.2.2 Prova inequívoca

Como visto, a concessão de tutela antecipada também pressupõe a existência de prova inequívoca, a qual “é, no mínimo, a prova convincente, a que não admite erro na apreciação judicial, contrapondo-se à prova ambígua e rarefeita, insuscetível de transmitir segurança e razoável convencimento ao julgador.”²⁸

Ou seja, “deve haver provas de que a versão do autor, vista sob o ângulo fático, seja verdadeira. A análise dos elementos de convicção já encartados no processo hão de demonstrar a perspectiva de que a narrativa do autor seja autêntica.”²⁹

²³ VAZ, 2002, p. 130.

²⁴ FRANÇA, Fernando Luiz. **A antecipação de tutela ex officio**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

²⁵ Art. 273. [...] § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

²⁶ VAZ, 2002, p. 131; ZAVASCKI, 2009, p. 137; CARNEIRO, 2005, p. 125-126.

²⁷ CARREIRA ALVIM, 2009, p. 111-112; FUX, 2005, p. 57; MARINONI, 2008a, p. 164.

²⁸ VAZ, 2002, p. 138.

²⁹ PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de direito processual civil: roteiros de aula**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 563.

Assim, o conjunto probatório contido nos autos deverá ser hábil a formar no espírito do julgador um juízo de quase-certeza, e, para tanto, a prova apresentada deverá ser robusta, firme, harmônica e convergente a ponto de tornar factível a concessão da providência.³⁰

Pode, a princípio, parecer um contrassenso que o legislador tenha exigido prova inequívoca, isto é, prova certa, indubitável, para uma medida processual que tem por características a cognição sumária e a provisoriedade.

Deverá haver uma ponderação, pois, segundo Carreira Alvim,

a expressão prova inequívoca deve ser entendida em termos, porquanto se inequívoco traduz aquilo que ‘não é equívoco’, ou o que é claro, ou o que é evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, a reveste, pois toda ela, qualquer que seja a sua natureza (*iuris tantum* ou *iuris et de iure*) deve passar pelo crivo do julgador.³¹

Quanto a isto, importante sopesar que “o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta [...], mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.”³²

Portanto, quando o legislador referiu-se à prova inequívoca, quis assentar que os elementos de convicção apresentados ao juiz devam estar revestidos de um caráter de autenticidade e veracidade, ou, na expressão da jurisprudência corrente, de robustez, e que, de uma forma geral, possam ser tidas como incontestáveis.

3.2.3 Verossimilhança da alegação

O termo verossimilhança deriva de verossímil, que significa “o que parece verdadeiro; que tem probabilidade de ser verdadeiro; plausível; que não repugna à verdade.”³³

Figueira Junior define a verossimilhança como um estágio de cognição da verdade situado entre a probabilidade, representada por aparência tênue da verdade, suficiente somente

³⁰ FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 195.

³¹ CARREIRA ALVIM apud. LOPES, 2009, p. 94-95.

³² ZAVASCKI, 2009, p. 80.

³³ CARNEIRO, 2005, p. 27.

para o deferimento de medida cautelar, e a verdade jurídica, obtida ao final do processo e apta a ensejar a certeza jurídica, ínsita do provimento final de mérito.³⁴

Sobre o assunto, importantes também são as lições de Bueno:

Verossimilhança no sentido de que aquilo que for narrado e provado parece ser verdadeiro. Não que o seja, e nem precisa; mas tem aparência de verdadeiro. É demonstrar ao juízo que, ao que tudo indica, mormente à luz daquelas provas que são apresentadas (sejam documentais ou não), o fato jurídico conduz à solução e aos efeitos que o autor pretende alcançar na sua investida jurisdicional.³⁵

A respeito da sensibilidade e cautela que o juiz deve ter na análise do pedido de tutela antecipada, escreve Dinamarco:

Para chegar ao grau de probabilidade necessário à antecipação, o juiz precisa proceder a uma instrução que lhe revele suficientemente a situação de fato. Não é o caso de chegar às profundezas de uma instrução exauriente, pois esta se destina a propiciar graus de certeza necessários para julgamentos definitivos, não provisórios como na antecipação da tutela. Tratar-se-á de uma cognição sumária, dimensionada segundo o binômio representado (*a*) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida antecipatória em relação à definitiva e (*b*) pelas repercussões que ela terá na vida e patrimônio dos litigantes.³⁶

Há uma correlação direta entre este requisito e aquele apresentado no item anterior, pois para o deferimento da tutela antecipada prova inequívoca deve convencer o juiz da verossimilhança das alegações da parte.

Esta conjugação de dois termos distintos significa que é necessário “demonstrar ao juízo que, ao que tudo indica, mormente à luz daquelas provas que são apresentadas (sejam documentais ou não), o fato jurídico conduz à solução e aos efeitos que o autor pretende alcançar na sua investida jurisdicional.”³⁷

Sintetizando esta íntima relação entre os dois pressupostos, preceitua Vaz:

Verossimilhança e prova inequívoca são conceitos que se complementam exatamente para sinalizar que a tutela somente pode ser antecipada na hipótese de juízo de máxima probabilidade, a quase-certeza, mesmo que de caráter provisório, evidenciada por suporte fático revelador de razões irretorquíveis de convencimento judicial.³⁸

Neste viés, “o cotejo entre prova inequívoca e verossimilhança da alegação leva à conclusão de que, para a obtenção da tutela antecipada, é suficiente a prova segura dos fatos, de que exsurja a probabilidade do direito pretendido.”³⁹

³⁴ FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 197-200.

³⁵ BUENO, 2004, p. 34.

³⁶ DINAMARCO, 1996, p. 146.

³⁷ BUENO, loc. cit.

³⁸ VAZ, 2002, p. 137.

³⁹ LOPES, 2009, p. 95.

Oportuno salientar que tanto a verossimilhança das alegações quanto a prova inequívoca são pressupostos autorizativos que devem estar sempre presentes, “qualquer que seja o outro cumulado (inciso I ou II) que ensejou o provimento antecipatório. A sua ausência leva à nulidade da decisão porque isoladamente cada um dos demais requisitos não tem força para autorizar a antecipação.”⁴⁰

Isso quer dizer que, para o deferimento de qualquer modalidade de tutela antecipada, seja assecuratória ou punitiva, conforme ver-se-á adiante, é imprescindível que o magistrado, em vista de prova inequívoca, se convença da verossimilhança das alegações da parte. Não há espaço para a escolha entre um e outro, pois são pressupostos genéricos “aplicáveis, de maneira geral e indistintamente, nas duas hipóteses definidas em seus dois incisos”⁴¹, ao contrário do perigo de dano ou do abuso do direito de defesa, que são pressupostos específicos e alternativos.

3.2.4 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Para o deferimento da tutela antecipada, o CPC enumera, também, a presença de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”⁴².

Com efeito, o texto legal pressupõe que deve estar presente o receio, que traduz-se na apreensão de um dano que ainda não ocorreu, mas está prestes a ocorrer, e que ele deve ser fundado, ou seja, que deva estar acompanhado de circunstâncias de fato que demonstrem que a falta da tutela dará ensejo à ocorrência de dano irreparável, ou ao menos de difícil reparação.⁴³

Portanto, “há de ocorrer um delineamento que aponte que, sem a medida antecipatória, o autor estará exposto a uma situação que lhe causará destacada aflição – prejuízo que não terá como ser posteriormente reparado ou que, mesmo reparável, pouco provavelmente será superado.”⁴⁴

⁴⁰ VAZ, 2002, p. 137.

⁴¹ FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 194.

⁴² Art. 273, inciso I. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

⁴³ CARREIRA ALVIM, 1999, p. 86.

⁴⁴ PEREIRA, 2008, p. 563.

Desta forma deve-se “ter em mente que este dano é de *natureza qualificada*, compreendida aqui a expressão como *efeito danoso irreparável* ou de *difícil reparação*, capaz de colocar em risco (*periculum*) ou comprometer a satisfatividade buscada através da futura sentença de procedência do pedido”⁴⁵

Cabe ressaltar, também, que “é possível a concessão da tutela antecipatória não só quando o dano é apenas temido, mas igualmente quando o dano está sendo ou já foi produzido.”⁴⁶ Ou melhor, a tutela antecipada “pode servir para evitar o dano (prevenir) ou para fazer cessar (obstar) dano que já tenha ocorrido”⁴⁷, pois este instituto não possui somente função preventiva, mas também de fazer cessar a atuação lesiva do réu que se prolongue no tempo e que continue a ocasionar lesão injusta ao autor.

De outro norte, “o prejuízo, referido na lei, não se confunde com o incômodo e a inconveniência decorrentes da marcha normal do processo, mas de situação anômala, particularíssima, relacionada com a parte especificamente.”⁴⁸ Assim, não basta a mera angústia ou descontentamento causado pela demora do processo, e sim que esta espera possa ocasionar repercussão negativa severa à esfera jurídica do autor, verificada caso a caso conforme suas peculiaridades.

Aliás, justamente pelo dano irreparável ou de difícil reparação representarem o que a doutrina chama de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, que não possuem conteúdo perfeitamente definido ou delimitado pelo legislador, é que cabe ao juiz, à luz de cada caso concreto e guiado pelas máximas de experiência, pelo bom senso e pela equidade, dar a interpretação mais adequada e consentânea para a solução do litígio posto à sua apreciação.⁴⁹

Uma hipótese típica do preenchimento deste requisito consubstancia-se no protesto indevido de um título de crédito, pois ele pode ocasionar “dano irreparável ou, ao menos, de difícil reparação, porque o abalo de crédito traz consequências e desdobramentos que não podem ser solucionados plenamente com a simples indenização.”⁵⁰

Por último, impende estabelecer uma pequena consideração quanto a esta modalidade de provimento antecipatório. À tutela antecipada fundada neste pressuposto

⁴⁵ FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 194. (Grifo do autor).

⁴⁶ MARINONI, 1995, p. 57.

⁴⁷ VAZ, 2002, p. 149.

⁴⁸ SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 414.

⁴⁹ LOPES, 2009. p. 98.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 99.

específico a doutrina conferiu a denominação de assecuratória ou de urgência, pois nela “adianta-se provisoriamente a tutela pretendida pelo autor como meio de evitar que, no curso do processo, ocorra o perecimento ou a danificação do direito afirmado.”⁵¹ Melhor explicando, essa espécie de tutela antecipada é assim denominada pois funda-se essencialmente na urgência da parte em alcançar a fruição do direito, sem o qual certamente haverá consequências danosas à sua esfera jurídica além do que poderia ela suportar.

3.2.5 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

O segundo pressuposto alternativo para o deferimento da antecipação da tutela é “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”⁵².

Informa-se, desde logo, que o objeto deste trabalho, focado na tutela antecipada fundada no perigo de dano, não permite fazer uma análise, mesmo que perfunctória, das diversas teorias existentes sobre o abuso de direito, as quais, vale ressaltar, são muitas, sob pena de alongamento desnecessário e perda do próprio foco no tema.

Com efeito, na doutrina nacional existem três concepções diferentes para o que seja abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. A primeira, enveredada por Sérgio Bermudes, Cândido Rangel Dinamarco, Calmon de Passos, Carreira Alvim e Ovídio A. Baptista da Silva, sustenta que os elementos caracterizadores do abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório são as condutas elencadas no artigo 17 do CPC⁵³, tidas pelo legislador como atentatórias à boa-fé processual. Das condutas tipificadas neste dispositivo legal, aquelas descritas nos incisos I e II levam à ocorrência de abuso do direito de defesa, ao passo que haverá manifesto propósito protelatório nas hipóteses dos incisos IV, V e VI.⁵⁴

⁵¹ ZAVASCKI, 2009, p. 77.

⁵² Art. 273, inciso II. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

⁵³ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. Cf. BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

⁵⁴ FRANÇA, 2003, p. 156-158.

Com posição diferente, mas não destoante da anterior, a segunda corrente, preconizada por Teori Albino Zavascki, faz uma diferenciação entre o que se deve ter por abuso do direito de defesa e por manifesto propósito protelatório. Segundo este autor, por abuso deve-se entender os atos praticados dentro do processo, enquanto que por manifesto propósito protelatório entende-se os atos e omissões externos ao processo, embora conexos com ele, como a ocultação de prova e o não atendimento de diligência.⁵⁵

E, finalmente, a posição enveredada por Luiz Guilherme Marinoni, para quem o abuso do direito de defesa não se confunde com litigância de má-fé, podendo as condutas elencadas no artigo 17 do Código de Processo Civil apenas colaborar para a caracterização do abuso, mas não servir de guia para a compreensão da tutela antecipada fundada neste requisito.⁵⁶

Abstraindo-se a cisão doutrinária quanto à fixação deste conceito, é possível perceber que o legislador consagrou “a concepção de que o abuso de direito é o exercício anormal, irregular, egoístico do direito com o propósito de prejudicar alguém.”⁵⁷

Sendo assim, o pressuposto sob análise deve estar conjugado a um comportamento malicioso, não bastando somente “o anseio de defesa, que até pode levar a um prolongamento desnecessário do procedimento. A isso deve estar associado um propósito escuso. Ainda que ele provavelmente não se revele diretamente, basta a análise das circunstâncias que possam revelá-lo.”⁵⁸

Este pressuposto também pode ser associado às atitudes da parte a que costumam qualificar de conduta temerária no processo, “instituto que se evidencia quando a parte litiga com plena consciência de sua falta de razão, desnaturando o direito de defesa ou contraditório, ou quando obsta ou retarda o normal desenvolvimento do processo.”⁵⁹

Um dos exemplos mais frequentes de abuso de direito de defesa enumerados pela doutrina é aquele em que, não obstante existir posicionamento sólido nas Cortes Superiores a respeito da matéria objeto do processo, inclusive alvo de súmula da sua jurisprudência, o demandado ainda assim insiste, por meio de defesas padrões, em não aceitar a relevância do direito do autor, com o único propósito de retardar a prolação da sentença.⁶⁰

⁵⁵ FRANÇA, 2003, p. 158-159.

⁵⁶ FRANÇA, loc. cit.

⁵⁷ LOPES, 2009, p. 98.

⁵⁸ PEREIRA, 2008, p. 564

⁵⁹ VAZ, 2002, p. 149.

⁶⁰ CARREIRA ALVIM, 1999, p. 91.

A respeito de sua classificação, a tutela antecipada fundada neste requisito assume feição essencialmente punitiva, sendo assim denominada pela doutrina, pois a sua concessão visa a combater o excesso de tempo, sancionando um comportamento do réu contrário ao direito⁶¹, em homenagem ao princípio da lealdade processual, orientador da presunção de boa-fé.⁶²

3.2.6 Reversibilidade do provimento

Por último, para o deferimento da tutela antecipada ainda existe o pressuposto negativo de ausência de perigo de irreversibilidade do provimento. Referida irreversibilidade não se refere propriamente ao provimento antecipatório, mas sim aos efeitos práticos e concretos deste provimento.⁶³

Há, aqui, uma impropriedade técnica do dispositivo, pois o provimento antecipado é sempre reversível, seja porque atacável por meio de recurso, seja porque a tutela antecipada é provisória e revogável. A *ratio legis*, a bem da verdade, indica que não pode haver antecipação nas hipóteses em que os efeitos práticos do provimento sejam irreversíveis, isto é, quando a tutela antecipada possa criar fato consumado e definitivo, sem possibilidade de retorno ao *status quo ante*.⁶⁴

Esta disposição legal “representa, às claras, forte incidência ou influência do princípio do contraditório e do devido processo legal, a proteger o réu mesmo nos casos em que a tutela jurisdicional tem de ser prestada urgentemente”⁶⁵, sendo que “e os efeitos práticos da antecipação da tutela se apresentarem para o réu de forma irreversível, aniquilados estarão estes princípios.”⁶⁶

Para a resolução da antinomia que surge deste requisito, entre o direito à efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica, que, a princípio, veda quase a totalidade dos provimentos antecipatórios, é necessário que o juiz faça uso do princípio da

⁶¹ FRANÇA, 2003, p. 169.

⁶² FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 209.

⁶³ CARNEIRO, 2005, p. 11.

⁶⁴ LOPES, 2009, p. 111.

⁶⁵ BUENO, 2004, p. 57.

⁶⁶ VAZ, 2002, p. 140.

proporcionalidade, segundo o qual, diante do conflito concreto posto a apreciação, deve ele “proceder a avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão.”⁶⁷

A propor solução para esta tortuosa equação, assim leciona Zavascki:

A vedação inscrita no citado § 2º deve ser relativizada, sob pena de ficar comprometido quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, são muitas as circunstâncias em que a reversibilidade corre algum risco, notadamente no que se diz respeito à reposição *in natura* da situação fática anterior. Mesmo nestas hipóteses, todavia, é cabível o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos inversos, decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em prejuízo do improvável. Entretanto, impõe-se ao juiz, nessas circunstâncias, prover meios adequados a assegurar em maior grau possível a viabilidade de reversão, como, por exemplo, exigindo garantias reais ou fidejussórias, pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações.⁶⁸

Sendo assim, a tutela antecipada não poderá ser concedida quando representar perigo de irreversibilidade da situação fática antes vivenciada pelo réu, sob pena de ofensa ao contraditório e ao devido processo legal. Todavia, referida exigência não poderá ser levada às últimas consequências, sob pena de esvaziamento do instituto da tutela antecipada, devendo tal premissa ser mitigada, em vista do caso concreto e da aplicação do princípio da proporcionalidade, como forma de atender ao direito de efetividade da tutela jurisdicional e para que haja uma melhor distribuição da justiça.

3.3 TUTELA ANTECIPADA DA PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

A Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002, inspirada na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni⁶⁹, introduziu no sistema jurídico nova hipótese de concessão de medida antecipatória, totalmente desvinculada dos pressupostos autorizativos das suas demais espécies, conforme extrai-se da atual redação do § 6º, do artigo 273 do Código de Processo Civil: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”⁷⁰

⁶⁷ LOPES, 2009, p. 111.

⁶⁸ ZAVASCKI, 2009, p. 102.

⁶⁹ BUENO, 2004, p. 45.

⁷⁰ BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, loc. cit.

Como se pode observar, o texto legal não faz qualquer alusão à exigência de prova inequívoca que possa levar à verossimilhança do julgador e muito menos em perigo de dano ou abuso do direito de defesa, bastando a existência de incontrovérsia em relação a um dos pedidos ou a parcela deles, sendo que, justamente por isso, a antecipação fundada neste dispositivo legal é chamada de tutela antecipada de direito evidente.⁷¹

Esta diferenciação em relação às demais espécies de tutela antecipada reside na necessidade de tutela de situações processuais especiais, em que o pedido (ou parcela dele), apesar de sua manifesta evidência, não pode ser desde logo atendido em razão de se encontrar processualmente atrelado a outro ainda controvertido e, por isso mesmo, sujeitos aos trâmites procedimentais comuns que precedem o seu julgamento.⁷²

Disso conclui-se que, esta espécie de tutela antecipada é prestada com base em cognição exauriente, isto é, com base em juízo de certeza (certeza esta que decorre do fato de ser incontroversa a matéria sobre a qual versa a decisão). Sendo assim, o provimento jurisdicional que concede a tutela antecipada com fulcro no art. 273, § 6º, embora seja uma decisão interlocutória (porque não põe fim ao processo), é apta a alcançar a autoridade de coisa julgada material.⁷³

A respeito do assunto, interessante é a lição de Arruda Alvim:

Conquanto o 6º seja um dos parágrafos do art. 273, não há necessidade da presença dos requisitos do *caput* desse art. 273. Isto porque, de uma parte, isso decorre da circunstância de que, incontroversos os fatos, não haveria o que discutir a respeito desses; e, de outra parte, reza, textualmente, esse § 6.º que ‘a tutela antecipada *também* poderá ser concedida...’, ou seja, além das hipóteses que encontram à sua base o denominador comum da urgência ou do abuso do direito de demandar. Mas, é evidente, para isso poder acontecer, necessária deverá ser a ausência de controvérsia em relação a um pedido, ou a parte de um pedido, por isso que, aqui também, suscetível de divisibilidade, em si mesmo.⁷⁴

Cumprе ressaltar, por fim, que não são os pedidos que são tidos por incontroversos, mas os fatos alegados pelo autor, ou seja, a causa de pedir, pois somente estes últimos tem a aptidão de serem aceitos como verdadeiros acaso não forem alvo de impugnação específica.⁷⁵

⁷¹ ZAVASCKI, 2009, p. 108.

⁷² *Ibid.*, p. 78.

⁷³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I. p. 93.

⁷⁴ ARRUDA ALVIM apud. FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 341-342.

⁷⁵ BUENO, 2004, p. 50.

3.4 EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A forma pela qual será buscado o cumprimento da tutela antecipada encontra-se regulada pelo artigo 273, § 3º, do Código de Processo Civil, com a seguinte dicção: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.”⁷⁶

Como se vê, o legislador fez uso do termo efetivação para se referir à forma como a tutela antecipada será cumprida no caso concreto, deixando de lado, após a mudança promovida pela Lei n.º 10.444/02, o termo execução, alteração esta que buscou afirmar que se trata de cumprimento de decisão interlocutória, diferente deste último termo, aplicável ao cumprimento de sentença.⁷⁷

Em termos práticos, bem enuncia Bueno que por efetivação deve ser entendida qualquer forma de cumprimento da tutela antecipada. E referida alteração se justifica porque, tradicionalmente, o termo execução é fenômeno atrelado exclusivamente à forma de realização concreta da sentença condenatória, ou seja, de título executivo judicial, qualidade da qual a decisão interlocutória não se reveste.⁷⁸

Aliás, característica importante do regime de efetivação da tutela antecipada, e que foi justamente o fundamento para a adoção do termo efetivação, foi o rompimento com o princípio *nulla executio sine titulo*, que vigorava desde a Roma antiga e que propugnava que não poderia haver execução sem a prévia formação de título executivo, “na medida em que introduziu, no processo de conhecimento, a possibilidade de se executar em favor do autor medidas práticas à tutela de seu direito material, antes mesmo da sentença e, por conseqüência, antes de formado o título executivo.”⁷⁹

A este respeito, interessantes, também, são as ponderações formuladas por Marinoni, para quem não importa saber se o provimento antecipatório constitui título executivo ou se a tutela antecipatória se submete a uma execução propriamente dita. O que realmente interessa é que o direito objetivo da antecipação da tutela deve ser realizado através

⁷⁶ BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Loc. cit. Impende asseverar que o artigo 588, a que referido dispositivo faz menção, foi revogado pela Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, devendo esta menção ser entendida como ao artigo 475-O, também do Código de Processo Civil, que atualmente regula o regime da execução provisória de sentença.

⁷⁷ LOPES, 2009, p. 130.

⁷⁸ BUENO, 2004, p. 97.

de meios executivos adequados à sua natureza e à situação de urgência em que se encontra inserido.⁸⁰

Portanto, o que interessa para a matéria em análise, é que “em tema de tutela de emergência, como se dá com a antecipação de tutela, os provimentos são de execução imediata, podendo o juiz usar dos meios a seu alcance para efetivar as medidas de urgência, de plano.”⁸¹

De lado a questão da existência ou não de título executivo e as diferenciações terminológicas, cuja amplitude merece trabalho monográfico exclusivo, o que importa frisar nesta etapa do estudo é a dificuldade do tema e a inovação que representou o regime de cumprimento da tutela antecipada, que rompeu com velhos dogmas e princípios que reinavam desde o direito romano, possibilitando a incursão do credor no patrimônio do devedor sem o prévio encerramento do processo cognitivo e a formação do respectivo título executivo.

Sem esgotar o tema, cabe aqui ainda tecer breve comentário a respeito da redação do dispositivo legal antes transcrito, que será alvo de análise mais alentada na última parte deste trabalho.

Da leitura do § 3º, do artigo 273, do CPC percebe-se que o legislador, ao tratar do regime de efetivação da tutela antecipada, formulou remissão aos dispositivos legais que regulam a forma de cumprimento das obrigações de fazer e não fazer (CPC, artigo 461, §§ 4º e 5º)⁸² e das obrigações de entregar coisa (CPC, artigo 461-A)⁸³ bem como o regime da execução provisória (CPC, artigo 588, atual artigo 475-O).⁸⁴

⁷⁹ VAZ, 2002, p. 230.

⁸⁰ MARINONI, 2008a, p. 210.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I. p. 344.

⁸² Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de 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. [...] § 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. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

⁸³ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

Deste fato, conclui-se que quanto aos deveres de fazer e não fazer e de entrega de coisa não existe dúvida quanto ao regime adotado, pois existe expressa previsão legislativa a amparar o regime de efetivação da tutela antecipada mediante ordens e mandados judiciais, que possibilita ao juiz lançar mão de medidas inominadas conforme a necessidade e conveniência do caso concreto.⁸⁵

O problema, outrossim, reside na delimitação do regime de cumprimento da tutela antecipada em obrigações de pagar, que enseja tortuosa discussão na doutrina, diante da ausência de disciplina especial, em virtude da confusa redação do § 3º do artigo 273 do CPC.⁸⁶

Frente a isso, em relação à questão suscitada, remete-se o leitor à última parte do presente trabalho, que se debruçará com maior esmero sobre a forma de efetivação da tutela antecipada que impõe obrigação de pagar.

⁸⁴ Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. § 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. § 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade; II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. § 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal: I – sentença ou acórdão exequendo; II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III – procurações outorgadas pelas partes; IV – decisão de habilitação, se for o caso; V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias. Cf. BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

⁸⁵ VAZ, 2002, p. 234.

⁸⁶ MARINONI, 2008a, p. 221-236.

4 *ASTREINTES*

Neste quarto capítulo, será alvo de análise a multa coercitiva, comumente designada por *astreintes*, na qual será delimitado o seu conceito, para, a seguir, revisitar a sua origem histórica no direito comparado e a sua evolução legislativa no ordenamento jurídico nacional, e, ao final, perquirir sua natureza jurídica e as características marcantes deste instituto.

4.1 CONCEITO DE *ASTREINTES*

A palavra *astreintes*, comumente utilizada na práxis forense como sinônima da multa coercitiva, tem por origem a palavra francesa *astreintes*, que por sua vez deriva do latim *ad-stringere*, que significa obrigar, sujeitar, apertar, constranger.¹ “O termo *astreinte*, em francês, significa ‘constrangimento’ e tem sido utilizado em todo o direito comparado, seja porque não é de tradução fácil, seja porque seu uso já se generalizou no mundo jurídico.”²

Com efeito, a multa coercitiva, “inspirada no modelo francês das *astreintes*, representa vigoroso meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que ele cumpra o mandamento jurisdicional.”³ Acerca do assunto, expõe Guerra:

Trata-se, como não se ignora, de uma medida coercitiva de caráter patrimonial, consistente numa condenação em uma quantia determinada por cada dia (ou outra unidade de tempo) de atraso do devedor em cumprir a obrigação consagrada no título executivo, ou por cada violação do que, aí, lhe é imposto.⁴

Em outros termos, as *astreintes* constituem “técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa a pressionar o réu para que este cumpra mandamento judicial, sendo a

¹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 49.

² JJOSSERAND, Louis apud. LUSTOSA, Franco Paulo. O paradoxo das *astreintes*. In: **Revista de Direito da ADVOCEF**, Ano III, n. 6, Maio. 2008. Disponível em: <http://www.advocef.org.br/_arquivos/42_1028_rd6.pdf#page=139>. Acesso em: 24 abr. 2011.

³ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 172.

⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 108.

pressão exercida através de ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento.”⁵

Desta forma, as *astreintes* consistem em uma técnica de tutela coercitiva utilizada em muitos sistemas processuais para vencer a má vontade daquele que procura esquivar-se de adimplir uma prestação a que foi obrigado por ordem judicial. Ela caracteriza-se por exercer pressão psicológica sobre o devedor, por meio de ameaça a seu patrimônio, para que o mesmo cumpra a obrigação determinada no comando judicial.⁶

Como visto, então, as *astreintes* são uma técnica processual que tem por função precípua intimidar o devedor, atuando sobre a sua vontade, sobre o seu *animus*, para que ele cumpra a obrigação espontaneamente, independente da prática de atos de constrição e expropriação patrimonial pelo juízo. A observância espontânea do comando judicial ocorre justamente pelo receio exercido pelas *astreintes* de que o descumprimento possa causar repercussão negativa sobre o patrimônio do devedor, além daquela já resultante do cumprimento da obrigação principal.

4.2 REFERENCIAL HISTÓRICO

Consoante mencionado anteriormente, a multa coercitiva brasileira advém das *astreintes* francesas, em relação a qual, para a adequada compreensão de sua natureza e dos anseios que levaram ao seu surgimento, urge traçar um breve histórico do contexto político e social de seu nascedouro.

Após a Revolução Francesa, e principalmente após a edição do Código de Napoleão, verificou-se na França uma excessiva proteção ao devedor, fruto dos ideais de liberdade e auto-determinação daquele movimento, em virtude dos quais chegou-se, inclusive, a propugnar a impossibilidade jurídica de exigir do devedor o cumprimento *in natura* de

⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As *astreintes* e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101.

⁶ LUSTOSA, Franco Paulo. O paradoxo das *astreintes*. In: **Revista de Direito da ADVOCEF**, loc. cit.

obrigações, facultando-lhe a exoneração de deveres de fazer ou não fazer mediante simples pagamento de seu equivalente pecuniário.⁷

Neste contexto, e diante da evolução da doutrina, no sentido de admitir que o credor tem direito ao cumprimento *in natura* das obrigações de fazer e não fazer, conquanto despido de instrumento hábeis a garantir a execução específica, foi que os tribunais franceses anteviram a necessidade de aplicação de técnica hábil a tutelar estas hipóteses, ocasião em que surgiram as *astreintes*.⁸

A literatura francesa é quase uníssona ao noticiar que a primeira utilização da medida deu-se em decisão proferida em 25/03/1811, pelo Tribunal Civil de Cray, vindo a se consagrar em definitivo pela Corte de Cassação em 1825.⁹

A princípio, houve severa oposição da doutrina, que argumentava que as *astreintes* representavam imposição de pena civil sem previsão legal, em ofensa ao princípio da *nulla poena sine lege*, bem como porque o princípio da separação dos poderes havia retirado do juiz o seu *imperium*, isto é, a sua capacidade de fazer valer suas decisões, reduzindo o seu papel ao de dizer o direito (*jurisdictio*).¹⁰

Em razão disso, até o final da década de 1950, as *astreintes* assumiram feição atenuada, passando a consistir tão somente numa espécie de indenização adiantada das perdas e danos, no caso de inexecução de determinado comando judicial.¹¹

Todavia, em 20.10.1959, a Corte de Cassação francesa veio a alterar seu entendimento acerca das *astreintes*, atribuindo-lhe a atual feição deste instituto, que passou a ter por único objetivo vencer a resistência do obrigado, constituindo-se em medida inteiramente distinta das perdas e danos, com total desvinculação de seu anterior caráter indenizatório.¹²

Posteriormente, houve a positivação deste instituto pela Lei n.º 72-626, de 05 de julho de 1972, que previu a possibilidade de aplicação das *astreintes* pelos tribunais, norma esta posteriormente derogada pela Lei n.º 91.560, de 9 de julho de 1991, que passou a reger, de forma geral, a aplicação da medida em estudo.¹³

⁷ AMARAL, 2010, p. 33. O dispositivo legal correspondente do Código de Napoleão possuía a seguinte redação: “art. 1.142. Toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em perdas e danos, no caso de inexecução por parte do devedor” Cf. GUERRA, 1998, p. 108.

⁸ GUERRA, 1998, p. 108-109.

⁹ Ibid., p. 110.

¹⁰ Ibid., p. 110.

¹¹ AMARAL, loc. cit.

¹² Ibid., p. 34.

¹³ Ibid., p. 34.

O sucesso do modelo francês fez com que as *astreintes* fossem incorporadas em outras legislações, notadamente dos países integrantes do Benelux¹⁴, pela Suíça, por Portugal, pelo Japão, dentre outros, além de ter inspirado, evidentemente, a multa coercitiva da legislação brasileira.¹⁵

4.2.1 Evolução legislativa no Brasil

No ordenamento jurídico nacional, as *astreintes* também tiveram longo trajeto até assumirem a feição atualmente vigente. O ponto de partida foi o Código de Processo Civil de 1939¹⁶, que previa a aplicação de multa em duas hipóteses.¹⁷ A primeira, menos conhecida, estava inserida no dispositivo que tratava de deveres dos serventuários da justiça, mais especificamente no artigo 23 daquele diploma legal, que dispunha que “Salvo disposição em contrário, os atos judiciais serão executados no prazo de quarenta e oito (48) horas pelo serventuário a quem incumbirem”¹⁸; e seu § 2º tinha a seguinte redação: “o não cumprimento desse dever sujeitará, de pleno direito, os serventuários à multa de cinquenta [sic] mil réis (50\$000) por dia de retardamento”¹⁹. Hoje em dia não se cogita semelhante mecanismo de coerção aos serventuários da justiça, aos quais se aplica a multa fixa prevista no parágrafo único do artigo 14 do CPC.²⁰

A outra hipótese, por sinal mais lembrada, é a denominada ação cominatória, prevista no Livro IV, Título II, daquele Código, que preceituava em seu artigo 303 a “citação do réu para prestar o fato ou abster-se do ato, sob a pena contratual, ou a pedida pelo autor, se

¹⁴ Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

¹⁵ GUERRA, 1998, p. 108; TALAMINI, 2003, p. 57.

¹⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939**: Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

¹⁷ AMARAL, 2010, p. 47.

¹⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939**, loc. cit.

¹⁹ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939**, loc. cit.

²⁰ AMARAL, 2010, p. 47. Referido dispositivo legal está assim redigido: “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.” Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 mar. 2011.

nenhuma tiver sido convencionada.”²¹ Havia uma série de restrições à sua força coercitiva, a começar pela impossibilidade de fixação de ofício, passando pelo fato de a contestação do réu suspender automaticamente a eficácia do preceito, assim como pelo fato de a multa não poder ultrapassar o valor da obrigação principal, nos termos do art. 1.005, do Código revogado.²²

Antes da edição do atual Estatuto Processual, veio a público a Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, nominada Lei de Imprensa, que previa a utilização das *astreintes* para coerção de obrigações de fazer e não fazer em seu artigo 7º, § 1º.²³

Posteriormente foi promulgado o atual Código de Processo Civil, que já em sua redação original previa a aplicação de multa diária, conforme seus artigos 287²⁴, 644²⁵ e 645²⁶, mas somente na sentença e desde que requerida pelo autor na inicial. Aliás, era assente na doutrina que o juiz não poderia inovar no processo de execução fixando a multa, sendo imprescindível o seu pedido pelo autor na peça inicial e a sua fixação na sentença do processo de conhecimento.²⁷

Com o advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985), sobreveio importante evolução na sistemática das *astreintes*, com a possibilidade de

²¹ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939**, loc. cit.

²² AMARAL, 2010, p. 48. Aludida norma continha o seguinte preceito: “Art. 1.005. 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.” Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939**, loc. cit.

²³ AMARAL, loc. cit. Assim dispõe a citada norma: “Art. 7º No exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação não é permitido o anonimato. Será, no entanto, assegurado e respeitado o sigilo quanto às fontes ou origem de informações recebidas ou recolhidas por jornalistas, radiorepórteres ou comentaristas. § 1º Todo jornal ou periódico é obrigado a estampar, no seu cabeçalho, o nome do diretor ou redator-chefe, que deve estar no gozo dos seus direitos civis e políticos, bem como indicar a sede da administração e do estabelecimento gráfico onde é impresso, sob pena de multa diária de, no máximo, um salário-mínimo da região, nos termos do art. 10. Art. 10. A falta de registro das declarações exigidas no artigo anterior, ou de averbação da alteração, será punida com multa que terá o valor de meio a dois salários-mínimos da região. § 1º A sentença que impuser a multa fixará prazo, não inferior a 20 dias, para registro ou alteração das declarações. § 2º A multa será liminarmente aplicada pela autoridade judiciária cobrada por processo executivo, mediante ação do Ministério Público, depois que, marcado pelo juiz, não fôr cumprido o despacho. § 3º Se o registro ou alteração não fôr efetivado no prazo referido no § 1º deste artigo, o juiz poderá impor nova multa, agravando-a de 50% (cinquenta por cento) tôda vez que seja ultrapassada de dez dias o prazo assinalado na sentença.” [sic] Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939**, loc. cit.

²⁴ Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645). Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

²⁵ Art. 644. Se 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. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

²⁶ Art. 645. A condenação na pena pecuniária deverá constar da sentença, que julgou a lide. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

²⁷ AMARAL, op. cit., p. 49.

fixação de ofício pelo juiz (artigo 11)²⁸, bem como antes da sentença de mérito, em sede de liminar (art. 12, § 2º)²⁹, condicionada sua execução, todavia, ao trânsito em julgado da sentença de procedência.³⁰

Seguiu-se, então, a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), que instituiu nova sistemática para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, que veio, anos mais tarde, a ser incorporada ao Código de Processo Civil por meio da alteração efetivada pela Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Por meio destas normas restaram estabelecidos os fundamentos básicos para a tutela das obrigações de fazer e não fazer e para a aplicação das *astreintes*, que, segundo Amaral, são os seguintes:

(I) a primazia da tutela específica em detrimento da tutela pelo equivalente pecuniário; (II) a independência entre o crédito resultante da multa e a indenização por perdas e danos eventualmente arbitrada; (III) a possibilidade de a multa ser aplicada em sede de antecipação da tutela; (IV) a possibilidade de o juiz fixar a multa de ofício e, por fim, (V) a possibilidade de adoção de outras medidas para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, dentre as quais medidas de sub-rogação (técnica de tutela eminentemente executiva).³¹

Todavia, em que pese os avanços experimentados por essa disciplina, permaneceu fundada controvérsia em relação a ponto crucial à produção de resultado efetivo pelas *astreintes*, qual seja, o condicionamento de sua incidência à citação do devedor em processo de execução autônomo.

Apesar das severas críticas formuladas por doutrinadores de renome, que ressaltavam a incongruência em aceitar, para o cumprimento de tutela antecipada, procedimento mais gravoso para o credor do que aquele adotado em relação ao provimento final de mérito, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que seria indispensável a citação do réu em processo de execução autônomo compelindo-o a cumprir a sentença, para só então haver a incidência de *astreintes*.³²

²⁸ Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento 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 de requerimento do autor. Cf. BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho 1985**: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7347orig.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

²⁹ Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. [...] § 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento. Cf. BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho 1985**, loc. cit.

³⁰ AMARAL, 2010, p. 49-50.

³¹ Ibid., p. 50.

³² Ibid., p. 51-55.

Esta deficiência só veio a ser sanada pela Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002, que, além de ter eliminado o processo autônomo para o cumprimento de sentenças que contenham obrigações de fazer, possibilitou a fixação da multa com periodicidade diferente da diária, conforme a necessidade do caso concreto (artigo 461, §§ 5º e 6º)³³, bem como a sua aplicação para sentenças que tenham por objeto a entrega de coisa (artigo 461-A)³⁴, até então prevista apenas no sistema dos Juizados Especiais, que também passaram a ser executadas independente de processo autônomo.³⁵

Por fim, ainda sobrevieram as Leis n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, e 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que introduziram nova disciplina, respectivamente, para o cumprimento de sentenças que contenham obrigações de pagar e para a execução de títulos executivos extrajudiciais.

A primeira significou a introdução, definitiva, em nosso ordenamento jurídico do processo sincrético, eliminando de uma vez por todas o processo de execução de título executivo judicial, passando, a partir de então, a se tratar de mera fase de cumprimento de sentença, cuja instauração ainda é dependente de iniciativa do credor. Esta nova sistemática, destarte, surtiu efeitos na forma como a verba decorrente das *astreintes* será buscada, agora independente de processo de execução autônomo e por mero incidente processual.³⁶

A segunda, por sua vez, teve por principal mérito tornar exceção o efeito suspensivo dos embargos do devedor nos processos de execução de título extrajudicial, de forma que a multa fixada no despacho citatório não terá sua eficácia suspensa com a oposição de embargos pelo executado.³⁷

Diante do que foi exposto, observa-se que as *astreintes* estão reguladas nos mais diversos diplomas legais, tanto em legislação esparsa, dos quais vale ressaltar as hipóteses já mencionadas anteriormente (artigo 11 da Lei n.º 7.347/85 e artigo 84 da Lei n.º 8.078/90),

³³ 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. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

³⁴ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. [...] § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

³⁵ AMARAL, 2010, p. 55-58.

³⁶ Ibid., p. 61-62.

³⁷ Ibid., p. 61-62.

bem como o artigo 213 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990³⁸, aplicável a questões afeitas a infância e juventude, além do artigo 83 da Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003³⁹, que visa resguardar os interesses dos idosos; quanto no próprio CPC, nos artigos 287⁴⁰, 461⁴¹ e 461-A⁴², incidentes no processo de conhecimento e sua fase de cumprimento, bem como nos artigos 621, parágrafo único⁴³, e 645⁴⁴, no que tange às execuções de título executivo extrajudicial que contenham obrigações de dar e fazer, respectivamente.

Como pode ser notado, todos os dispositivos legais supracitados fazem menção unicamente a deveres de fazer, não fazer e dar, da qual se extrai, em uma primeira leitura, que o legislador entendeu inaplicável a técnica das *astreintes* aos deveres de pagar quantia. Todavia, consoante será abordado na terceira parte deste trabalho, não obstante a previsão de que as sentenças que imponham este dever se submetam unicamente ao processo executivo

³⁸ Art. 213. 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. § 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu. § 2º 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 prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento. Cf. BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 abr. 2011.

³⁹ Art. 83. 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 adimplemento. § 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil. § 2º O juiz poderá, na hipótese do § 1º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado. Cf. BRASIL. **Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003**: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 30 abr. 2011.

⁴⁰ Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A). Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

⁴¹ A respeito, conferir nota 81.

⁴² A respeito, conferir nota 82.

⁴³ 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. Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

⁴⁴ Art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

ordinário, este óbice não encontra lugar no que tange aos meios de efetivação da tutela antecipada que obriguem a pagamento, tema central da investigação ora em curso.

4.3 NATUREZA JURÍDICA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS *ASTREINTES*

As *astreintes* são típica técnica processual de índole coercitiva, que visa a compelir o réu a cumprir o mandamento judicial. Embora em seus primórdios a multa tenha se confundido com a indenização por danos, atualmente é indubitável na doutrina o entendimento de que “a multa é medida coercitiva, destinada a pressionar o devedor para cumprir decisão judicial, e não a reparar os prejuízos do seu descumprimento”⁴⁵

Com efeito, “a multa diária é, por definição, um meio de constrangimento decretado pelo juiz, destinado a determinar o comportamento do réu no sentido de obedecer à ordem judicial.”⁴⁶

Desta forma, a multa não se confunde com a recomposição dos danos, porquanto objetiva a “pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, visando à prevenção do ilícito mediante o impedimento de sua prática, de sua repetição ou de sua continuação.”⁴⁷

Na processualística moderna, portanto, está assente que a multa não se confunde com ressarcimento, pois ela não é “uma forma de indenização arbitrada judicialmente. Ao contrário, tem a *astreinte* a função própria e específica de agregar coerção à ordem judicial, significando mera potencialidade de prejuízo; ao contrário, a indenização é, por sua essência, a recomposição do patrimônio de outrem.”⁴⁸

Justamente por esta característica que o valor das *astreintes* não está adstrito ao valor da obrigação principal, mormente porque ele deve ser fixado em montante suficiente para fazer com que o devedor pense que seja mais vantajoso cumprir voluntariamente o mandamento judicial do que a ela oferecer resistência.⁴⁹

⁴⁵ AMARAL, 2010, p. 75.

⁴⁶ SPADONI, 2007, p. 173.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 217.

⁴⁸ ARENHART. Sérgio Cruz. **A tutela Inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 193.

⁴⁹ MARINONI, 2006, p. 219.

Deste modo, deverá a multa ser estabelecida em montante tal que concretamente influa no comportamento do demandado, o que, diante das circunstâncias do caso (a situação econômica do réu, sua capacidade de resistência, vantagens por ele carreadas com o descumprimento, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos, entre outros fatores), pode resultar em *quantum* que supere aquele que se atribui ao bem jurídico visado.⁵⁰

De outro tanto, existem doutrinadores que extraem uma eficácia moralizadora das *astreintes*, sustentando que a imposição da multa diária tem por função primordial dar maior eficácia ao processo, possibilitar que a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado conceda ao cidadão tudo aquilo que ele tem direito de conseguir, além de preservar a autoridade do juiz e o prestígio da Justiça.⁵¹

Milton Paulo de Carvalho bem destaca essa característica, afirmando que a multa “é um modo, assim, de zelar pela própria dignidade da justiça, como entidade sociopolítica, utilizando-se de todos os meios legais e civilizados para fazer cumprir o julgamento, sem violentar a pessoa humana.”⁵²

Todavia, em que pese este caráter publicístico, no processo individual as *astreintes* revertem em benefício do autor da demanda. Trata-se de entendimento assente, e que vem antes da reforma implementada no CPC em 1994, conquanto não exista, no artigo 461, nem nas outras regras que versam sobre multa processual, indicação expressa e inequívoca nesse sentido.⁵³

Inclusive, severas críticas parte da doutrina formula em relação a esta diretriz, dentre os quais vale ressaltar Marinoni, que defende que o produto da multa deva reverter em favor do Estado, em virtude de que sua função precípua é forçar o devedor ao cumprimento e não recompor o patrimônio do credor. É de bom alvitre trazer à tona seu inconformismo:

A multa, mesmo quando postulada pelo autor, serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, motivo pelo qual não parece racional a idéia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório. A multa não se destina a dar ao autor um plus indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional.⁵⁴

⁵⁰ TALAMINI, 2003, p. 248.

⁵¹ SPADONI, 2007, p. 174.

⁵² CARVALHO, Milton de Paulo apud. AMARAL, 2010, p. 70.

⁵³ TALAMINI, loc. cit.

⁵⁴ MARINONI, 2006, p. 219. Semelhante crítica é formulada por Spadoni: “ao se reconhecer na imposição da multa cominatória medida de direito público, de caráter processual, destinada a assegurar a efetividade das ordens judiciais e a autoridade dos órgãos judicantes, não se consegue vislumbrar justificção lógica para ter o autor da ação direito a receber a importância decorrente da aplicação da multa. Mais coerente seria que o produto da multa fosse revertido ao Estado, em razão da natureza da obrigação violada.” Cf. SPADONI, loc. cit., p. 196.

Existem, contudo, vozes na doutrina que repelem o caráter moralizador das *astreintes*, pois, conforme delineado anteriormente, sua função primordial é compelir o devedor a cumprir a obrigação, e não punir eventual afronta à dignidade do Poder Judiciário, para o qual o CPC prevê a sanção erigida em seu artigo 14, parágrafo único⁵⁵. Até mesmo porque, se assim o fosse, o produto da multa deveria reverter em benefício do Estado e não do devedor, como ocorre na prática, assim como haveria que se admitir sua incidência e posterior execução mesmo naqueles casos em que a decisão cominatória, embora descumprida, tenha sido alvo de reforma ou revogação.⁵⁶

Outra característica importante, já destacada no item anterior, refere-se à possibilidade da fixação de ofício das *astreintes*, independente de pedido da parte, tal como expressamente prevê o art. 461, § 4º, do CPC. Esta faculdade conferida ao magistrado deriva do seu “poder-dever de utilizar das medidas necessárias para alcançar a efetividade de sua decisão, sejam elas medidas coercitivas ou executivas.”⁵⁷

Digno de nota, também, é o caráter acessório de que se revestem as *astreintes*, pois ela constitui-se em técnica processual que visa a assegurar o cumprimento específico de outra obrigação, tida por principal. Desta peculiaridade resulta que uma vez declarada indevida a obrigação principal, segue o mesmo destino a multa imposta para o seu cumprimento, pois, como se sabe, o acessório segue o principal.⁵⁸

Essa é uma conseqüência óbvia, que decorre do próprio postulado da proporcionalidade, pois “não parece correto admitir que aquele que resultou vitorioso no processo deva pagar por não ter cumprido decisão que ao final não prevaleceu, já que o processo não pode prejudicar a parte que tem razão (seja ela autora ou ré).”⁵⁹

Demais, da mencionada acessoriedade advém outra implicação, qual seja que o eventual pagamento da quantia resultante da incidência multa não extingue a obrigação imposta pelo comando judicial.⁶⁰ São verbas de natureza diversa – a principal funda-se no direito material e as *astreintes* têm esboço no direito processual – e função distinta – porquanto aquela visa a recompor o patrimônio do credor, enquanto que esta busca coagir o

⁵⁵ A respeito, conferir nota 106.

⁵⁶ AMARAL, 2010, p. 72.

⁵⁷ SPADONI, 2007, p. 178.

⁵⁸ GUERRA, 1998, p. 115-116.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 110.

⁶⁰ GUERRA, loc. cit.

devedor a cumprir determinação judicial –, motivo pelo qual o adimplemento de uma não implica na extinção da outra.

Desta feição acessória das *astreintes* advém importante discussão acerca do momento a partir do qual poderá ela ser exigida. Quanto a isso, não há dúvidas que a multa incide a partir do momento em que houver o não cumprimento pela parte da determinação judicial no prazo assinalado.⁶¹ A dúvida reside no momento em que será possível exigir seu pagamento.

Nesta seara, existem três possibilidades de solução: a exigibilidade de pronto, desde o momento em que a determinação passou a produzir efeito, em caráter definitivo, sem qualquer vinculação com o resultado final do processo; também a partir do momento em que a determinação tornou-se eficaz, mas em caráter meramente provisório e vinculada à decisão final; ou, então, somente após o trânsito em julgado da sentença de mérito, momento este em que a multa torna-se definitiva e imutável.

Em defesa da primeira posição têm-se as palavras de Spadoni, o qual entende que a multa é exigível desde o descumprimento da determinação que a fixou e assevera que ela não depende do resultado final do processo e da eventual existência do direito material, pois “o que autoriza a incidência da multa é a violação da ordem do juiz, é a violação de uma obrigação processual, e não da obrigação de direito material que o réu pode possuir perante o autor.”⁶² Segundo tal entendimento, portanto, a multa poderá reverter em favor do autor mesmo na hipótese em que o processo for julgado improcedente, com a possibilidade de que o réu venha a ser prejudicado em casos que esteja com razão.

A segunda, por sua vez, tem embasamento na obra de Talamini, segundo o qual a multa é exigível assim que a decisão que a impôs torna-se eficaz, ou seja, quando não esteja mais sujeita a recurso com efeito suspensivo. Entretanto, a sua execução possui caráter meramente provisório, pois depende da sorte que terá a pretensão principal, se procedente ou improcedente. Para referido estudioso, justifica-se a exigibilidade imediata da multa por ser a ameaça de pronta afetação do patrimônio do réu o mais forte fator de influência psicológica,

⁶¹ TALAMINI, 2003, p. 253; SPADONI, 2007, p. 178; AMARAL, 2010, p. 141-142; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: execução. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3. p. 80.

⁶² SPADONI, 2007, p. 178.

sendo que a perspectiva remota e distante de execução depois do trânsito em julgado nada ou muito pouco influi na esfera de vontade do devedor.⁶³

A terceira via, por fim, tem como notável expoente a doutrina de Marinoni, que preleciona que a multa só pode ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão final e desde que esta confirme a determinação em que restou cominada a medida coercitiva, por conta do que dispõe o artigo 12, § 2º, da Lei 7.347/85⁶⁴. Para ele, a tão só imposição das *astreintes* é suficiente para realizar seu escopo – garantir a efetividade das ordens judiciais –, “pois a coerção está na ameaça do pagamento e não na cobrança do valor da multa.”⁶⁵

De outro turno, como para a imposição das *astreintes* também deve ser levada em conta a possibilidade fática do cumprimento da obrigação principal, representada pela capacidade da parte de tornar real no plano dos fatos a obrigação imposta pela determinação judicial, assume a multa, além do caráter acessório àquele comando, íntima relação de dependência⁶⁶, pois, frise-se, a sua incidência pressupõe a possibilidade fática do devedor de cumprir a determinação judicial.⁶⁷

Aludida relação de dependência da multa é uma conseqüência lógica do próprio objetivo das *astreintes*, porquanto ela busca, precipuamente, fazer com que o devedor não crie embaraços ao cumprimento de determinações judiciais, observando-as espontaneamente. Desta peculiaridade resulta, ademais, o dever do juiz de fazer cessar a incidência da multa quando verificar a impossibilidade material do cumprimento da obrigação, sem, no entanto, deixar de observar o contraditório.⁶⁸ Em suma, as *astreintes* são acessórias da ordem judicial e dependentes da possibilidade de cumprimento da obrigação principal.

Por derradeiro, resta ser destacado o caráter patrimonial das *astreintes*. Embora a multa tenha feição eminentemente coercitiva, porquanto o seu objetivo é fazer com que o devedor cumpra os comandos judiciais por meio da ameaça que exerce sobre o seu

⁶³ TALAMINI, 2003, p. 259. Nesta mesma linha de pensamento, Cf. AMARAL, 2010, p. 81-82; GUERRA, 1998, p. 190; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. v. 2. p. 360-361.

⁶⁴ Art. 12 [...]§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento. Cf. BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**, loc. cit.

⁶⁵ MARINONI, 2000, p. 109-110. No mesmo sentido, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009b. v. IV. p. 54-55; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Figueira. **Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 4, tomo I. p. 256-258.

⁶⁶ AMARAL, loc. cit.

⁶⁷ GUERRA, loc. cit.

⁶⁸ TALAMINI, op. cit., p. 255.

patrimônio, seu eventual inadimplemento pode ocasionar repercussão negativa no acervo patrimonial daquele.

Assim, muito embora as *astreintes* não tenham por função precípua atingir o patrimônio da parte, e sim exercer pressão psicológica sobre o devedor para que cumpra a obrigação, eventualmente poderá ela apresentar esta feição patrimonial, quando a ordem for descumprida e forem expropriados bens do réu para o seu adimplemento. Todavia, o fato de as *astreintes* atingirem, ocasionalmente, o patrimônio do réu inadimplente é, com efeito, meramente acidental.⁶⁹

Consoante o que foi até agora exposto, é seguro afirmar que a multa constitui-se em um meio processual que, além de salvaguardar a dignidade da Justiça e conferir efetividade às suas determinações, visa a compelir o devedor a cumprir uma ordem judicial mediante ameaça a seu patrimônio. E, em virtude disso, possui caráter coercitivo, acessório e, eventualmente, patrimonial, com a ressalva de que será sempre dependente da possibilidade concreta de cumprimento pelo devedor da obrigação principal.

⁶⁹ AMARAL, 2010, p. 84. Neste viés, oportuno trazer à colação os ensinamentos de Marinoni: “Se a multa não atinge os seus escopos, não levando o demandado a adimplir a ordem do juiz, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai sobre o réu inadimplente. Neste momento, é certo, acaba por assumir a mera feição de sanção pecuniária; entretanto, tal feição assumida pela multa justamente quando ela não cumpre os seus objetivos, é acidental em relação à sua verdadeira função e natureza.” Cf. MARINONI, 2000, p. 106.

5 APLICABILIDADE DE *ASTREINTES* COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA QUE IMPÕE A OBRIGAÇÃO DE PAGAR SOB A LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Nesta última parte do trabalho, será alvo de abordagem o tema de fundo da investigação, a começar por uma visão geral dos meios executivos tipificados em lei, passando pela análise da adequação da execução provisória e das *astreintes* para a efetivação da tutela antecipada, para, por fim, analisar a possibilidade de aplicação desta medida coercitiva para a efetivação de provimentos antecipatórios que imponham obrigação de pagar.

5.1 MEIOS EXECUTIVOS (DE EFETIVAÇÃO) DA TUTELA JURISDICIONAL

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, consoante anotado anteriormente¹, impõe ao legislador o dever de instituir instrumentos hábeis para que os direitos postulados em juízo possam ser praticamente usufruídos por seu legítimo titular. Tais instrumentos são o que a processualística comumente designa por meios executivos, ou seja, ato ou conjunto de atos por meio dos quais o órgão jurisdicional proporciona a satisfação de um direito subjetivo.²

Os meios executivos, por sua vez, dividem-se em duas espécies de medidas com que o juiz fará suas determinações atuar sobre a pessoa e o patrimônio do devedor: “a subrogatória, que despreza e prescinde da participação efetiva do devedor; e a coercitiva, em que a finalidade precípua do mecanismo, de olho no bem, é captar a vontade do executado.”³

¹ Item 2.1.

² GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

³ ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 139. Importante ressaltar que “a técnica da sub-rogação e a da coerção indireta ou psicológica são as duas maneiras básicas através das quais se pode tentar satisfazer um direito subjetivo, quando lhe faltar o cumprimento espontâneo, apesar de variarem, de ordenamento para ordenamento [...] as medidas concretamente moldadas segundo tais técnicas.” Cf. GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 23.

Com efeito, as medidas coercitivas são aquelas com as quais “o órgão jurisdicional pressiona a vontade do devedor, através de ameaça de sanções agraváveis, de modo a induzi-lo a realizar, ele mesmo, a prestação devida.”⁴

Por meio destas medidas, “o Estado-juiz procura persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplemento.”⁵ Pode-se dizer que houve execução indireta quando o cumprimento da obrigação pelo devedor ocorreu em virtude da utilização de medidas coercitivas.⁶

A coerção destas medidas “pode se dar pelo medo (temor), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo incentivo, como é o caso das chamadas sanções premiaias, de que serve de exemplo a isenção de custas e honorários para o réu que cumpra o mandado monitório.”⁷

De outro tanto, por sub-rogação entende-se o “conjunto de medidas com que o Estado invade o patrimônio do obrigado e dele extrai o bem ou bens necessários à satisfação do direito do credor, independentemente da vontade daquele ou mesmo contrariamente a ela.”⁸ Justamente por isso chamam-se “medidas de *sub-rogação*, o que significa medidas realizadas por um sujeito, o juiz, em *substituição* à conduta de outro sujeito, que é o obrigado inadimplente (sub-rogar, em direito, é *pôr no lugar de*)”⁹. Cumpre assinalar, ainda, que a prestação da tutela executiva por meio de tais medidas denomina-se, comumente, como execução direta.¹⁰

Nesta espécie de execução, em regra, o Estado-juiz apropria os bens do devedor, vende-os, e com o produto da alienação paga ao credor. Note-se que para o cumprimento da obrigação não há a necessidade de intimidação do devedor. Ao contrário, o órgão jurisdicional prescinde dele e o substitui no cumprimento da obrigação, satisfazendo o credor com a entrega da quantia devida.¹¹

⁴ GUERRA, 2003, p. 37.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009b. v. IV. p. 54-55.

⁶ GUERRA, 1998. p. 28.

⁷ *Ibid.*, p. 28.

⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: Jus PODIVM, 2007. v. 2. p. 336.

⁹ DINAMARCO, op. cit., p. 51. (Grifos do autor).

¹⁰ GUERRA, 1998. p. 23.

¹¹ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I. p. 193.

Embora não exista ordem prévia e abstrata de preferência entre meios de sub-rogação e de coerção¹², verifica-se na legislação processual vigente que as medidas sub-rogatórias foram atribuídas, preponderantemente, para o cumprimento de obrigações de cunho pecuniário (pagar), enquanto que as medidas coercitivas foram reservadas, quase que exclusivamente, para as ditas obrigações específicas, ou seja, para deveres de fazer ou não fazer e entregar coisa, conforme extrai-se da redação do artigo 475-I¹³, conjugado com os artigos 461¹⁴ e 461-A¹⁵, todos do CPC. Vale ressaltar, quanto a esta parte, que as medidas sub-rogatórias, também, estendem-se às obrigações específicas, mormente quando as medidas coercitivas não surtirem o efeito almejado ou quando a realização forçada do direito pelo juiz afigurar-se, desde logo, mais efetiva do que aguardar o cumprimento voluntário pelo devedor.

Muito embora, como dito, não haja uma preponderância na utilização das medidas sub-rogatórias, segmento expressivo da doutrina ainda defende a prevalência destas espécies, com base em um imotivado juízo negativo de valor em relação às medidas coercitivas, herança das concepções clássicas da cultura jurídica européia, que exacerbavam o dogma da intangibilidade da vontade humana, a ponto de ser defendida uma generalização da tutela meramente ressarcitória em detrimento da tutela específica (*in natura*) das obrigações.¹⁶

Todavia, no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica, não há lugar para a imposição desta ou daquela medida aprioristicamente, deve haver, isso sim, uma nova sistematização das técnicas processuais, sob a luz do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e da tendência de relativização do binômio direito material/processo, para permitir que o juiz, conforme o caso concreto e segundo o melhor juízo de equidade, aplique os meios executivos que julgar necessários para a conferir ao exequente, da forma mais célere

¹² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 242.

¹³ Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 15 maio 2011.

¹⁴ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de 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. [...] § 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. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

¹⁵ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. [...] § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

¹⁶ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 336; GUERRA, 2003, p. 37.

e menos onerosa possível, a proteção judicial almejada, sem olvidar, por óbvio, as garantias constitucionais do devedor.

Para tanto, deve o julgador ter em mente que a coerção exercida na execução indireta possui “absoluta legitimidade ética e jurídica, uma vez que se destina a remover uma conduta antiética e se realiza com o objeto de dar efetividade a um valor muito elevado, que é o acesso à justiça.”¹⁷

Além disso, quanto a este juízo de valor, relevante é a lição de Guerra, segundo o qual

as medidas sub-rogatórias, como regra geral, tendem a ser mecanismos complexos, economicamente custosos e demorados. Só por isso já se vê como é fácil ocorrerem situações onde o uso de medida coercitiva pode se revelar mais adequado do que o uso de medida sub-rogatória, por permitir uma prestação de tutela executiva mais rápida, menos custosa e, por isso, mais eficaz.¹⁸

Não é o objetivo do presente trabalho, todavia, perfilar a tese de que as medidas de coerção devam sempre preponderar em relação às medidas sub-rogatórias. O que se pretende é ressaltar que a análise da conveniência pela utilização de uma ou outra técnica cabe ao órgão jurisdicional, em conformidade com os valores envolvidos no caso concreto, com especial atenção aos valores fundamentais da efetividade da tutela jurisdicional e da segurança jurídica, esta última como consectário da garantia de menor sacrifício ao patrimônio do devedor.

5.2 O ARTIGO 273, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INSUFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA PARA A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Consoante apontado na parte que tratou da efetivação da tutela antecipada¹⁹, os meios pelos quais será buscado o cumprimento da decisão que conceder medida antecipatória estão definidos no artigo 273, § 3º, do Código de Processo Civil, que está assim redigido: “A

¹⁷ DINAMARCO, 2009, p. 51.

¹⁸ GUERRA, 2003, p. 41.

¹⁹ Item 3.1.4.

efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.”²⁰

Este dispositivo estabelece que para a efetivação da tutela antecipada deverão ser observadas as normas que regem a execução provisória de sentença (artigo 588, atual artigo 475-O²¹, do CPC), e aquelas atinentes às formas de cumprimento das obrigações de fazer e não fazer (artigo 461, do CPC) e de entregar coisa (artigo 461-A, do CPC).

A primeira interpretação que se extrai de sua redação é de que todos os provimentos antecipatórios, salvo aqueles atinentes a obrigações de fazer e não-fazer, bem como aqueles para a entrega de coisa, deveriam submeter-se à disciplina da execução provisória, ou seja, às medidas de sub-rogação. Então, ao se aceitar referida exegese, as medidas antecipatórias atinentes a obrigação de pagar estariam submetidas, por exclusão, unicamente a este regime execucional.

Todavia, “ressoa evidente que não teria sentido que o legislador instituísse uma antecipação no curso do processo de conhecimento visando à agilização da tutela e a submetesse às delongas da execução”²², pois “sabe-se, atualmente, que o custo e a lentidão do

²⁰ Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit. Impende asseverar que o artigo 588, a que referido dispositivo faz menção, foi revogado pela Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, devendo esta menção ser entendida como ao artigo 475-O, também do Código de Processo Civil, que atualmente regula o regime da execução provisória de sentença.

²¹ Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevivendo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. § 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. § 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade; II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. § 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal: I – sentença ou acórdão exeqüendo; II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III – procurações outorgadas pelas partes; IV – decisão de habilitação, se for o caso; V – facultativamente, outras peças processuais que o exeqüente considere necessárias. Cf. BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

²² FUX, 2005, p. 68.

processo de execução por quantia certa desestimulam o acesso à justiça e retiram qualquer possibilidade de efetividade desta forma de prestação de tutela jurisdicional.”²³

Ora, é cediço que o regime da execução provisória, que se perfaz por meio de medidas sub-rogatórias, não é suficiente e adequado para a efetivação célere de provimentos antecipatórios²⁴, os quais têm por próprio pressuposto a urgência na realização do direito com o fim de resguardar a ocorrência de lesão irreparável ou de difícil reparação. Isso porque aquele procedimento pressupõe a oportunidade de impugnação pelo devedor, bem como a penhora de bens, sua respectiva avaliação e, com sorte, a arrematação e a destinação de seus frutos ao credor, atos estes que, conforme se observa na prática forense, quando praticados em comarca com fluxo normal de processos, são finalizados em um ou dois anos, se não mais.

Portanto, o lapso despendido neste intercurso de forma alguma coaduna-se com o que objetiva a tutela antecipada, que é conceder desde o despacho inicial, ou outro momento anterior à tutela definitiva, a fruição do bem da vida perseguido pela parte, em vista da demonstração de perigo de dano em caso de espera pelo tempo normal de duração do processo. Então, nestes “casos de urgência é mais do que legítima, sob pena de ameaças não serem devidamente imunizadas pelo Judiciário, a determinação de práticas de atos igualmente urgentes em prol da satisfação do direito já reconhecido.”²⁵

Há que se atentar, outrossim, que esta inadequação da execução provisória somente tem lugar em relação à tutela antecipada assecuratória, ou fundada na urgência (artigo 273, inciso I), diante da indissfarçável necessidade, nesta hipótese, de obtenção da tutela desde o início do processo pela parte, o que não ocorre, contudo, com a tutela antecipada punitiva (artigo 273, inciso II) e a tutela antecipada com base em evidência do direito (artigo 273, § 6º), que não se ancoram na urgência da fruição do direito. Nestes casos, a finalidade da tutela antecipada é alcançada pela simples formação do título executivo²⁶, pois “o princípio da ‘efetividade da jurisdição’ parece repousar, suficientemente, na mera

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 194. Na mesma esteira é o raciocínio de Vaz: “À efetivação da tutela antecipada não têm, em linha de princípio, aplicabilidade as regras do processo de execução previstas no Código de Processo Civil, senão supletivamente e no que se faça indispensável para obrigar o cumprimento da obrigação imposta, porquanto aquele procedimento não é consentâneo com a natureza da tutela de urgência.” Cf. VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 231.

²⁴ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 95.

²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 100-101.

antecipação dos efeitos da sentença, sem necessidade de alterar a execução (ou efetivação) propriamente dita.”²⁷

Com efeito, para a efetivação da tutela antecipada que tem por pressuposto o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (artigo 273, inciso II, do CPC) ou a existência de incontroversia quanto a pedido cumulado ou de parcela deles (artigo 273, § 6º), inexistente óbice a que seja observado o regramento da execução provisória, é claro, que com a abreviação e a simplificação que se fizerem necessárias no procedimento.

Desta forma, quando houver menção neste trabalho, doravante, à tutela antecipada e à inadequação dos meios para sua efetivação previstos em lei, deve-se ter em mente que se estará a referir-se à antecipação da tutela assecuratória, que pressupõe a existência de urgência na fruição do direito pela parte, hipótese em que as medidas sub-rogatórias não surtem os resultados compatíveis com a efetividade esperada desta técnica processual.

5.3 AS *ASTREINTES* E A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA

Neste cenário que ora se avizinha, assente está que as medidas sub-rogatórias previstas no regime da execução provisória não surtem os resultados almejados e compatíveis com a natureza da tutela antecipada, que pressupõe a pronta e rápida satisfação do direito postulado em juízo, tanto pela alta onerosidade quanto pela excessiva demora daquelas medidas executivas. Frente a isso, as *astreintes* surgem como a solução mais adequada para o equacionamento desta visível antinomia entre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, valor maior a que visa o instituto da tutela antecipada, e a segurança jurídica, princípio norteador do estável e burocrático procedimento da execução provisória, em que possui maior valia a amplitude do direito de defesa e de contraditório do réu.

Com efeito, vislumbra-se facilmente que o uso da multa alcança resultados de maneira mais célere e menos onerosa do que o emprego do tradicional procedimento executivo por medidas sub-rogatórias, da qual se extrai a sua vocação como o instrumento de maior valia para a efetivação de tutela antecipada fundada na urgência.

²⁷ BUENO, 2004, p. 111.

Ora, nesta espécie de provimento jurisdicional está ínsita a necessidade de que a ordem seja atendida da forma mais breve possível pelo obrigado, sob pena da própria inutilidade da medida antecipatória. E, como se sabe, atualmente é praticamente regra que haja o descumprimento de ordens judiciais desprovidas de algum caráter impositivo ou sancionatório, ainda mais no Brasil, em que está arraigada no âmago da população e dos entes públicos e privados extrema litigiosidade, que advém da necessidade de sempre se sobressair e de obter vantagem em qualquer situação.

Além disso, é cediço que o Poder Judiciário está cada dia mais abarrotado de processos, diante da crescente gama de direitos albergada pela ordem constitucional vigente e mesmo pela maior acessibilidade conferida ao jurisdicionado para a dedução de causas em juízo, aliado a pouca ou inexistente destinação de recursos para o aparelhamento e aperfeiçoamento dos agentes imbuídos de prestar esse serviço estatal, não obstante os crescentes esforços destinados à alteração desta realidade. Esse cenário, invariavelmente, acaba resultando em uma prestação jurisdicional lenta e extremamente custosa, refletindo, assim, na longa espera a que estará submetido o jurisdicionado para que as medidas sub-rogatórias tendentes à efetivação da tutela antecipada sejam plenamente praticadas.

Frente a isso, o uso da multa coercitiva desponta como alternativa legítima e efetiva para o equacionamento desta realidade, porquanto a pressão psicológica exercida sobre o réu, que se vê compelido a atender à determinação judicial sob pena de repercussão gravosa em seu patrimônio, muitas vezes acaba por influir positivamente na sua esfera de vontade, fazendo com que haja o cumprimento espontâneo da obrigação.

Como é evidente, “a multa certamente pode atuar sobre a vontade daquele que possui patrimônio, pois este tem plena consciência de que não é ‘compensador’ esperar (e assim contar com o tempo do processo) para pagar o ‘principal’ com multa.”²⁸

Portanto, o uso das *astreintes* acaba ocasionando não somente a realização adequada do direito tutelado em juízo, com a observância do direito na forma como inicialmente buscado pelo autor, mas principalmente importa na ausência de acionamento da execução forçada e, conseqüentemente, na diminuição de processos em que seja necessária a utilização de medidas sub-rogatórias pelo Estado-juiz, levando, assim, à desobstrução de nosso já saturado sistema judicial.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a. p. 226.

A visível insuficiência do clássico procedimento expropriatório para a efetivação da tutela antecipada e a notável vocação da multa coercitiva para esta finalidade foi bem notada por Marinoni, segundo o qual:

Ora, se o desejável é o adimplemento voluntário, a melhor via de execução é a indireta, ou seja, aquela que atua sobre a vontade do obrigado visando ao seu adimplemento. Note-se que a “execução” sob pena de multa, além de dar àquele que tem um direito um tutela jurisdicional mais célere e de “livrar” a administração da justiça de um procedimento oneroso e longo, elimina os custos e os riscos inerentes à execução por expropriação, culminando por ser mais benéfica, em um certo sentido, também ao devedor.²⁹

Assim, como instrumento de “grande valor na busca pela efetividade do processo, de maneira a oferecer um contorno a dogmas como o da intangibilidade da vontade humana, assumem as multas periódicas, hodiernamente, papel de destaque como meio indireto de forçar o cumprimento da obrigação.³⁰

Não foge à percepção de Vaz a patente efetividade do uso das *astreintes*, segundo o qual “funciona com bastante eficácia a cominação de multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, isto porque impõe o temor da exasperação da obrigação (coaço psicológica).”³¹

Não é outra também a opinião de Delfino, que exorta a eficácia e a utilidade desta técnica processual, conforme se observa:

A multa, desde que direcionada a devedor com condição patrimonial suficiente ao pagamento do crédito, desponta como meio coercitivo de eficácia comprovada na praxe forense, já que age sobre o seu espírito, compelindo-o a cumprir a determinação judicial – afinal, revela-se bem mais interessante pagar o principal sem qualquer acréscimo oriundo da incidência de multa.³²

Por fim, cumpre trazer a baila o entendimento de Starck, Roland & Boyer, citados por Guerra, que apontam a utilização da multa como importante instrumento à prestação idônea da tutela executiva, consoante segue:

mesmo que um meio executivo seja praticável, seria necessário um processo longo, freqüentemente [sic] custoso, e sempre psicologicamente irritante, tanto para o credor como para o devedor. A multa evita esses inconvenientes, em particular as manobras protelatórias e os retardos processuais que geram um sentimento de denegação da justiça.³³

²⁹ MARINONI, 2008a, p. 226.

³⁰ COUTINHO, Leonardo Augusto Nunes. As astreintes e sua importância no regime da tutela específica. **Themis**: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 145-159, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18127/As_Astreintes_e_sua_Import%C3%A2ncia.pdf?sequence=>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

³¹ VAZ, 2002, p. 235.

³² DELFINO, Lúcio. **Anotações procedimentais e materiais sobre a “execução” de tutela antecipada para o pagamento de soma em dinheiro**. Disponível em: <<http://www.professordelfino.adv.br/artigos/O%20procedimento.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2011.

³³ STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent apud. GUERRA, 1998, p. 183.

Desta forma, a multa processual apresenta-se como importante instrumento para a efetivação da tutela antecipada, seja porque atende aos reclamos por urgência desta espécie de provimento judicial, seja pelo temor que exerce sobre o réu, compelindo-o ao cumprimento voluntário da obrigação, ou mesmo pela desnecessidade da prática dos atos complexos e onerosos do procedimento da execução provisória.

5.4 EXEGESE DA EXPRESSÃO “NO QUE COUBER E CONFORME SUA NATUREZA” DO ARTIGO 273, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE *ASTREINTES* EM TUTELA ANTECIPADA QUE IMPONHA PAGAMENTO

Prosseguindo com o desenvolvimento do trabalho, neste tópico será alvo de abordagem a grande celeuma no que toca ao estabelecimento do regime de efetivação da tutela antecipada genérica, isto é, que impõe ao réu uma obrigação de pagamento: a interpretação que deve ser conferida à locução “no que couber e conforme sua natureza” presente no artigo 273, § 3º, do Código de Processo Civil.

Com efeito, segundo delineado anteriormente³⁴, não existe dúvida quanto ao regime adotado para a efetivação da tutela antecipada de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, pois mencionado dispositivo legal faz remissão direta aos artigos que tratam do cumprimento de sentença destas mesmas espécies de obrigação, que, como se sabe, amparam-se em um regime aberto de normas, em que o juiz poderá fazer uso da medida que julgar conveniente e adequada para a tutela do caso em concreto.

Diversamente ocorre com a tutela antecipada para o pagamento de quantia, em que a norma abstratamente prevista para a execução definitiva desta espécie de obrigação (execução provisória), a que faz remissão o § 3º, do artigo 273, do CPC, não se coaduna com as características e a finalidade daquela tutela de urgência, diante da incapacidade de produção de resultados céleres e da alta onerosidade que lhe são inerentes.

Quanto a essa questão, *as astreintes*, que em uma primeira leitura de aludida previsão normativa, não seriam aplicáveis em deveres de pagar quantia, afigura-se uma

medida viável e eficiente para o alcance da finalidade pretendida pela antecipação da tutela, qual seja a proteção célere e idônea do bem da vida antecipadamente conferido ao autor, conforme apontado no item anterior.

Frente a esse cenário, aliás, como em qualquer outra hipótese, o órgão julgador deve não somente realizar uma leitura fria do texto legal, dissociado de seu compromisso de promover a justiça no caso concreto, e sim uma leitura comprometida com as regras e princípios constitucionais, em especial com os direitos fundamentais, normas maiores que devem pautar a atuação de todos os poderes estatais, inclusive daquele imbuído de confeccionar as leis.

E, dentre os direitos fundamentais, aquele que mais se destaca no caso em análise é o de efetividade da tutela jurisdicional, que impõe que a análise das normas processuais seja sistematizada e consentânea com a finalidade do processo, valendo destacar, nesta seara, a formulação de Marinoni, que assim se manifesta:

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o juiz, obrigando-o a interpretar o regramento processual sob a sua luz. Isso significa que o juiz não pode chegar a uma conclusão que não lhe permita usar a técnica processual indispensável à tutela do direito. Como o seu compromisso é com o direito material e com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a partir daí deve interpretar a legislação na busca da técnica processual adequada.³⁵

Este dever incumbido ao juiz, de analisar as normas processuais à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e a recente tônica em torno da relativização do binômio direito material/processo, que objetiva uma maior aproximação entre o instrumento (processo) e o objeto por ele tutelado (direito material), deve iluminar o operador do direito na interpretação do artigo 273, § 3º, do CPC, de forma a que o resultado dessa equação seja suficiente e adequado aos escopos da medida antecipatória e da própria finalidade maior do processo, que é obter a pacificação social mediante a promoção da justiça no caso concreto.

Em outros termos, segundo as palavras de Figueira Júnior:

A interpretação sistemática sugerida pelo legislador através da nova redação conferida ao art. 273, § 3.º, do CPC, através da Lei 10.444/2002, há de ser a mais ampla possível, capaz de permitir ao julgador que, de maneira flexível, encontre a solução mais adequada para a realização concreta da providência emergencial concedida, o que se depreende, facilmente, através da expressão “no que couber e conforme sua natureza”.³⁶

³⁴ Itens 3.4 e 5.2.

³⁵ MARINONI, 2008c, p. 333.

³⁶ FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 235-236.

Portanto, na hipótese em debate, diante da constatação da insuficiência da técnica processual instituída para a efetivação de medidas antecipatórias que imponham um pagamento, isto é, a execução provisória por medidas sub-rogatórias, está o juiz autorizado, em vista da aplicabilidade imediata do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a adotar o meio idôneo à solução desta aparente omissão legislativa, o qual, em última análise, vem a ser a utilização da multa coercitiva.

Neste viés, a exegese da expressão “no que couber e conforme sua natureza” constante do artigo 273, § 3º, do CPC, deve ser aquela que aponte a possibilidade de utilização da multa processual como meio de efetivação da tutela antecipada de obrigações de pagar, tanto pela imprecisão e indefinição na cunhagem do termo pelo legislador, que não estabeleceu, ao certo, qual o seu significado e alcance, como também pelo dever de leitura das normas materiais e processuais em conformidade com os princípios e regras expressos no Texto Fundamental, que impõe ao julgador a missão de proteger de forma idônea e efetiva os direitos postulados em juízo.

Nesta mesma linha, instigante é a sugestão formulada por Figueira Júnior, que, iluminado pelos valores anteriormente explicitados, propõe o estabelecimento de um regime misto de efetivação da tutela antecipada, cuja escolha por um ou outro meio executivo cabe exclusivamente ao juiz, ancorado nas circunstâncias e peculiaridades do caso em concreto:

Em outros termos, as técnicas de efetivação a serem implementadas deverão estar em sintonia com a natureza das demandas ajuizadas, aplicando-as o juiz na exata medida do que couber na hipótese em concreto, de maneira a satisfazer a pretensão do autor e sem deixar perder o seu objeto, com possibilidade, inclusive, de mesclarem-se regimes distintos de execução da providência jurisdicional, ou seja, técnicas da execução provisória (art. 475-O) somadas, em parte, a algumas daquelas insculpidas nos §§ 4.º e 5.º do art. 461.

Inexiste, portanto, fórmula previamente estabelecida para aplicação das técnicas de efetivação das providências judiciais concedidas em antecipação de tutela genérica, havendo de ser atendidas as necessidades ditadas pela relação jurídica, apresentada no caso em concreto, submetido à apreciação do Estado-juiz.³⁷

Igual raciocínio explicita Marinoni, para quem não subsistem razões a justificar a impossibilidade de aplicação das *astreintes* em provimentos antecipatórios genéricos:

Se a tutela antecipatória de pagamento de soma é concedida, vislumbrando-se a ameaça de dano grave, [...] não há razão para lhe negar efetividade, obrigando-a a se submeter à execução por expropriação. Esse último modelo executivo não serve para dar efetividade à tutela urgente. A execução por expropriação é completamente inadequada à necessidade de obtenção de soma em dinheiro de modo urgente. *A Constituição Federal, ao garantir o direito à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV), também assegura o direito às modalidades executivas adequadas a cada situação conflitiva concreta.* Assim, se a execução da tutela antecipatória por meio

³⁷ FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 238.

da via expropriatória é inefetiva, não há como não admitir a sua execução mediante a imposição de multa, *inclusive para que a própria Constituição seja observada*.³⁸

Nesta mesma senda tem-se o entendimento de Zavascki, segundo o qual a tutela antecipada para pagamento de quantia, quando ancorada no inciso I do artigo 273, do CPC, “será cumprida, sempre que possível, imediatamente, expedindo-se as ordens e mandados que se fizerem necessários”³⁹, ou seja, pelo sistema aberto previsto para os deveres de fazer, não fazer e entregar, cuja escolha entre uma ou outra medida cabe ao juiz em vista das peculiaridades e da necessidade do caso em concreto.⁴⁰

Insta ressaltar, por oportuno, que outros estudiosos vão além, ao ponto de defender a aplicabilidade de *astreintes*, em tema de obrigações de pagar, não só como meio de efetivação de provimentos antecipatórios, como também para a execução definitiva de sentença, proposta que vai de encontro à redação literal do artigo 475-I, do CPC, o qual dispõe: “O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.”⁴¹

Nesta linha de raciocínio, um dos doutrinadores que merecem destaque é Guerra, que assevera:

Com efeito, a exigência de efetividade da tutela jurisdicional não se limita a assegurar a mera possibilidade *abstracta* da prestação jurisdicional, mas dirige-se, ao contrário, à garantia da utilidade e qualidade *concretas* da tutela prestada. Dessa forma, sempre que através da imposição de medidas coercitivas se possa satisfazer o direito do credor de modo mais efetivo (menos custoso, menos sacrificado) do que através de meios sub-rogatórios, a garantia fundamental e inafastável da efetividade impõe ao juiz que opte pela primeira alternativa.⁴²

Entre os doutrinadores que defendem a aplicabilidade das *astreintes* também na execução de sentença que condena a pagamento incluem-se, ainda, Bedaque⁴³, Mitidiero⁴⁴,

³⁸ MARINONI, 2008d, p. 460. (Grifo do autor).

³⁹ ZAVASCKI, 2009, p. 98-101.

⁴⁰ Também a admitir a escolha pelo juiz da medida mais adequada ao litígio, Cf. LOPES, 2009, p. 131; VAZ, 2002, p. 235; DELFINO, Lúcio. **Anotações procedimentais e materiais sobre a “execução” de tutela antecipada para o pagamento de soma em dinheiro**, loc. cit; BERTUOL, Bárbara Roessler. **A efetivação da tutela antecipada**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/03%20%20Barbara%20Roessler%20Bertuol.pdf>>. Acesso em 27 maio 2011.

⁴¹ BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, loc. cit.

⁴² GUERRA, 1998, p. 183.

⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 542.

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96-105.

Álvaro de Oliveira⁴⁵ e, com maior destaque, Marinoni⁴⁶, que aborda recorrentemente esta temática em diversas obras e artigos. Por questões de organização, compatibilidade e, principalmente, de espaço, esta instigante formulação doutrinária não será cotejada com maior minúcia no presente trabalho, o que não minora, contudo, sua relevância, que comporta maior estudo e discussão, diante da guinada positiva que poderia impor aos rumos do processo.

Do exposto, depreende-se que a simples omissão legislativa não pode constituir óbice a que o juiz lance mão da técnica processual que julgar conveniente e adequada para a proteção do direito posto ao seu albergue, como, por exemplo, *as astreintes* para a efetivação da tutela antecipada relativa a obrigações de pagar, diante da coerção que exerce sobre o ânimo do devedor, que ocasiona resultados céleres e compatíveis com a própria essência e finalidade deste instituto equalizador dos efeitos do tempo do processo.

Em síntese, a exegese da expressão “no que couber e conforme sua natureza” que melhor se coaduna com os escopos do processo e as regras e princípios constitucionais é aquela que permite ao julgador fazer uso, em vista das circunstâncias do caso concreto, da medida que entender suficiente e adequada, dentre elas a multa processual, inclusive para alcançar o cumprimento de provimentos antecipatórios que imponham ao réu uma obrigação de pagar.

5.4.1 Coexistência das *astreintes* e da efetivação por sub-rogação

Ao se defender a aplicabilidade das *astreintes* no regime de efetivação da tutela antecipada que imponha a pagamento não se está, por evidente, a afastar completamente o uso dos demais meios executivos, sejam eles medidas coercitivas, como a prisão civil do devedor de alimentos, ou sub-rogorias, como o procedimento da execução provisória e afins.

⁴⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**. p. 11-12. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066940174218181901.pdf>> Acesso em: 10 maio 2011. Neste sentido, aliás, merece ser alvo de análise o voto de revisão proferido pelo Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira na Ação Rescisória n.º 599263183, que tramitou no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cujo inteiro teor encontra-se acostado no Anexo I deste trabalho.

⁴⁶ Entre outros, MARINONI, 2008c, p. 450-457.

Consoante restou anteriormente consignado, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva permite ao juiz, com o objetivo de conferir proteção adequada aos direitos em litígio, *escolher* a técnica processual que melhor se coadune com o litígio em análise⁴⁷.

Isto não significa que haja a aplicação automática de *astreintes*, porquanto a sua incidência ocorre tão somente nas hipóteses em que, mediante fundamentada argumentação, se vislumbre que este mecanismo se afigure mais efetivo do que as demais medidas aplicáveis ao caso. Neste diapasão, soa evidente que a possibilidade de uso das *astreintes* não exclui, por completo, o uso de medidas sub-rogatórias para a efetivação da antecipação de tutela de soma, mormente naquelas hipóteses em que a opção por este caminho transparecer idônea ao credor e menos gravosa ao devedor.

Aliás, esta equação nem poderia ser pensada de outra forma, pois a multa apenas incide sobre a *vontade* do devedor, *podendo* fazer com que ele cumpra a obrigação ou não, sendo que na hipótese de insucesso da coerção a busca pelo adimplemento deve, necessariamente, ser realizada por meio de medidas sub-rogatórias, substituindo-se o juiz no papel do devedor para a satisfação do crédito buscado no processo.

Esta evidente complementaridade entre a multa e o procedimento executivo clássico foi bem notado por Marinoni, que formulou elucidativos comentários sobre o assunto:

[...] a multa jamais foi vista – nem poderia ser – como instrumento técnico capaz de eliminar a necessidade do uso da execução por expropriação. O fato de a multa não poder ser reduzida a uma posição de mera coadjuvante da expropriação não significa que tenha a possibilidade de ocupar o lugar dessa modalidade de execução. O que se pretende, com a multa, é dar ao juiz a possibilidade de dissuadir o devedor de inadimplir. Porém, em razão de sua natureza intimidatória, a multa jamais poderá ser pensada como suficiente para dispensar a necessidade da execução por expropriação. Isso por uma razão lógica. É que a multa é intimidatória justamente pelo fato de que *apenas pode* conduzir ao adimplemento.⁴⁸

Assim, embora a multa se apresente como instrumento apto, muitas vezes, a instigar o cumprimento voluntário da obrigação, não tem ela o condão de dispensar por completo o uso de medidas sub-rogatórias, mormente quando estas últimas se apresentarem mais efetivas e menos incisivas sobre o patrimônio do devedor, como também porque nem sempre a coerção exercida é suficiente para que haja a observância da determinação, hipótese

⁴⁷ MARINONI, 2008c, p. 333; BEDAQUE, 2007, p. 548.

⁴⁸ MARINONI, op. cit., p. 456.

em que a única solução disponível é o emprego de meios que prescindam do concurso do devedor para que haja o cumprimento da obrigação.

5.4.2 Hipótese de insolvência do devedor

Conquanto a multa seja instrumento apto a demover o réu de eventual intuito procrastinatório e renitente, existe como é óbvio, limite natural à sua atuação e incidência, qual seja eventual insolvabilidade do devedor.

Com efeito, segundo anteriormente mencionado⁴⁹, a multa tem por principal escopo exercer pressão sobre o réu com o objetivo de que abandone seu estado passivo em relação ao processo, para que venha a, voluntariamente, atender ao comando judicial. Não possui, em última análise, o propósito de agravar a obrigação ou penalizar o réu pelo descumprimento, mas, antes de tudo, fazer com que haja o respectivo adimplemento independente do emprego de mecanismos de expropriação do patrimônio. A propósito, oportunas são as palavras de Carpena:

O meio coercitivo a ser arbitrado deve levar em conta as peculiaridades do caso fático, mediante decisão fundamentada. De se frisar que deve ser utilizado como forma de forçar o cumprimento possível da decisão, e não como maneira de agravar ainda mais a situação do devedor que não ostenta patrimônio ou condições de pagar o débito. Aliás, se o devedor não ostentar verdadeiras condições de adimplir, o meio coercitivo, perde a razão de ser e não será exigível.⁵⁰

Neste viés, é lógico supor que a multa não poderá incidir sobre devedor insolvente, pois não surtirá qualquer efeito sobre a vontade do devedor, diante da própria impossibilidade fática de cumprimento da obrigação. Guerra pondera com sapiência sobre o tema:

Dessa forma, a *astreinte* é, *a priori*, sempre possível e apenas uma exceção de caráter geral se pode opor ao uso dessa medida, a saber, a hipótese de impossibilidade prática da execução. De fato, ninguém pode ser coagido a realizar o impossível. Nessa perspectiva, pouco importa se a referida impossibilidade seja

⁴⁹ Item 4.3.

⁵⁰ CARPENA, Márcio Lousada. **Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada.** Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20Lousada%20Carpena\(6\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20Lousada%20Carpena(6)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2011.

devida a força maior ou a uma atitude do devedor. A *astreinte* não pode ser utilizada por ser irrealizável seu objetivo de “dobrar a vontade do devedor”.⁵¹

Na mesma senda, muito bem formulada é a observação de Borges:

Assim, caso não haja bens passíveis de serem expropriados, infelizmente, teremos que nos render à máxima do “ganha mais não leva”, até porque não há em nosso ordenamento – nem mesmo se admitíssemos a aplicação da multa diária (astreintes) na execução por quantia certa contra devedor solvente –, mecanismo que vai fazer com que o executado realize o pagamento do débito exequente, sendo esse dito “limite natural” do sistema obstáculo que dificilmente poderá ser transposto.⁵²

A incidência das *astreintes*, desta forma, está condicionada à existência de patrimônio pelo devedor, pois, como a sua principal finalidade é exercer intimidação para que haja o adimplemento, não é lícito supor que o réu seja penalizado mesmo na hipótese da impossibilidade de adimplir a determinação judicial.

5.5 POSICIONAMENTOS DISSONANTES

Não obstante os argumentos acima delineados, persistem vozes na doutrina e jurisprudência⁵³ contrárias à aplicação dessa eficiente medida de coerção para o adimplemento de quantia antecipadamente conferida ao autor.

Um dos estudiosos que prega esta postura é Talamini, que reputa incabível a incidência das *astreintes* tanto na execução de sentença quanto na efetivação da tutela antecipada por ausência de expressa previsão legal. Argumenta que a imposição de meio executivo que afronte a liberdade individual ou a propriedade do indivíduo impescinde de prévia disposição legislativa e que não existe cláusula geral atribuindo este poder ao juiz. Aduz que se “há dinheiro disponível no patrimônio do devedor, em princípio o mais razoável [e eficiente] é diretamente apreendê-lo – e não ordenar (e ficar esperando) que o próprio

⁵¹ GUERRA, 1998, p. 129. Em arremate, Talamini assevera: “Só ficará descartado o emprego da multa quando esta revelar-se absolutamente inócua ou desnecessária, em virtude das circunstâncias concretas. Tome-se como exemplo a hipótese de o réu encontrar-se em estado de notória insolvabilidade. Em casos como esse, a coerção patrimonial perde sua razão de ser – cabendo ao juiz adotar, na medida do possível, outros mecanismos de indução da conduta do réu”. Cf. TALAMINI, 2003, p. 242.

⁵² BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os meios expropriatórios após a nova sistemática da execução civil por quantia certa contra devedor solvente e a possibilidade de aplicação da multa diária (Astreintes). **Revista Dialética de Direito Processual - Rddp**, São Paulo, n.89, ago. 2010. p. 135.

⁵³ A título de ilustração, remete-se o leitor à íntegra do acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2010.017557-3, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que se encontra transcrito no Anexo B do presente trabalho.

devedor o entregue”⁵⁴ e arremata, afirmando a existência de impasse lógico, pois “recorrer-se-ia à multa porque a execução monetária tradicional é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria exequível através daquele mesmo modelo inefetivo.”⁵⁵

De outro turno, sem se deter especificamente sobre a tutela antecipada, mas apenas em caráter geral, referindo-se ao cumprimento de sentença, Amaral, em resposta às críticas de Mitidiero⁵⁶, sustenta fundamentadamente a impossibilidade de aplicação das *astreintes* em obrigações de pagar quantia, pois o texto legal não dá margem a esta possibilidade. Em razão disso, o uso das *astreintes*, em afronta à legislação processual, constituiria autoampliação de poderes, “dando azo à criação de um processo autoritário, onde o juiz define a extensão de sua força e de sua penetração na esfera jurídica das partes, ignorando o processo democrático de criação da lei processual pelo legislador.”⁵⁷

Por conta desta condicionante, afirma que eventual ganho de efetividade em decorrência do uso desta técnica não é proporcional e justificável em relação à mácula do valor segurança e ao elemento correspondente à dignidade da legislação e respeito ao direito positivo.⁵⁸

Assevera, ainda, que a eleição pelo procedimento por meio de medidas subrogatórias tipificadas em lei não se equipara “à ausência de tutela efetiva, e muito menos pode-se afirmar que houve silêncio do legislador. O que se passa é que o legislador elegeu técnica de tutela menos efetiva do que aquelas que poderia ter eleito, e isso não transfere ao juiz a possibilidade de legislar em sentido contrário.”⁵⁹ Deste modo, embora, em muitas situações, a técnica de expropriação seja menos efetiva do que a da coerção via multa periódica ou ameaça de prisão, mas a adoção da primeira, ainda que menos efetiva, não implica o atingimento do núcleo da efetividade.⁶⁰

Inobstante os argumentos delineados, finaliza afirmando que encara “a ideia de aplicação das *astreintes* como técnica de tutela dos deveres de pagar quantia como uma ótima sugestão ao *legislador reformista*, e não aos juízes.”⁶¹

⁵⁴ TALAMINI, 2003, p. 465.

⁵⁵ TALAMINI, 2003, p. 465.

⁵⁶ MITIDIERO, 2007, p. 98.

⁵⁷ AMARAL, 2010, p. 123.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 124.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 124.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 126.

⁶¹ *Ibid.*, p. 126. (Grifo do autor).

Por fim, tem-se a crítica de Yarshell, que, em síntese, sustenta a inaplicabilidade de *astreintes* em tutela antecipada tendente a pagamento em razão da ausência de expressa previsão legal, bem como porque a sua imposição “quando se tem a disposição o patrimônio do devedor parece não se justificar e pode dar margem a injusto enriquecimento do credor às custas do devedor.”⁶² Além disso, aduz que a urgência do provimento antecipatório não justifica esta medida, porque urgente “pode ser também a satisfação do credor após anos de processo, tomados para que se formasse uma decisão ‘final’, quiçá até transitada em julgado.”⁶³ E, arremata explanando que o meio de atuação da tutela antecipada não pode ser mais gravoso que o de execução da própria sentença de mérito, sob pena de grave comprometimento da coerência do sistema, argumento este comungado por Pereira⁶⁴.

Em que pese os fortes argumentos acima sintetizados, não merece prevalecer este entendimento. Primeiramente, porque a simples oposição ao uso das *astreintes* em antecipação de tutela para pagamento por ausência de permissivo legal não se sustenta frente à ordem constitucional vigente, pois não só legislador está imbuído de conferir aplicabilidade aos direitos fundamentais, mas também o juiz que, em vista de determinada omissão legislativa ou de deficiência do texto legal que implique em obstáculo à proteção do direito postulado em juízo, deve usar de interpretação integrativa da norma a fim de que possa lançar mão da técnica processual que julgar necessária e adequada à efetividade da tutela jurisdicional.

Sobre esta questão, bem elaborada é a crítica de Guerra:

Ora, a oposição inicial à utilização de multa diária, ou qualquer outro meio não previsto em lei, fundada em argumentos legalistas segundo os quais, basicamente o juiz só estaria autorizado a utilizar as medidas expressamente previstas em lei, no âmbito da tutela executiva de qualquer outro crédito que não sejam aqueles tendentes ao cumprimento de prestação de fazer ou não fazer, não se sustenta à luz da teoria dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, de uma interpretação conforme à constituição do sistema processual. Como já se demonstrou, negar a possibilidade de se utilizar uma medida judicial, que se revele capaz de fomentar um direito fundamental qualquer, pela simples falta de expressa previsão infraconstitucional, é negar a justiciabilidade desse direito fundamental, o que é o mesmo que negar a própria Supremacia da Constituição. Daí porque, concretizando-

⁶² YARHELL, Flávio Luiz. Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 338.

⁶³ YARHELL, loc. cit.

⁶⁴ PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de direito processual civil**: roteiros de aula. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 580. Outros doutrinadores há que negam a aplicação das *astreintes* em tutela antecipada de soma, mas que, tanto pela ausência de indicação de suas razões, como também pela identificação com os argumentos acima deduzidos, não serão alvo de análise no presente trabalho. Dentre eles, vale citar: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 76-77; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela antecipada**. 5. ed. rev e atual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 123.

se os direitos fundamentais independentemente de lei, o direito fundamental à tutela executiva confere ao juiz o poder-dever de adotar os meios executivos mais adequados à pronta e integral proteção do credor, ainda que não previstos expressamente em normal legal, ou mesmo adotar medidas que tornem mais efetivo e adequado o meio legalmente previsto, respeitados os limites que a isso venha a impor os direitos fundamentais do próprio devedor, o que só o caso concreto revelará inteiramente.⁶⁵

Mesmo porque, não se está diante de total omissão legislativa na hipótese, pois uma interpretação ampliativa da expressão “no que couber e conforme sua natureza”, constante do § 3º do artigo 273 do CPC, leva indubitavelmente à conclusão anteriormente defendida, de que o magistrado pode fazer uso de qualquer medida daquelas previstas no artigo 461, §§ 4º e 5º do CPC, dentre elas as *astreintes*, para obter, em tempo e modo razoáveis, o cumprimento da tutela antecipada referente a obrigação de pagar.

Aliás, no mesmo sentido caminha a afirmação de ofensa à segurança jurídica e à dignidade da legislação formulada por Amaral, pois, conforme anotado anteriormente⁶⁶, não se olvida que esses dois valores são extremamente importantes e que se constituem, inclusive, em sustentáculos do Estado Democrático de Direito, todavia, nenhum direito é absoluto e imune a limitações.

E, isso é o que justamente ocorre na hipótese, pois, embora a observância do procedimento estabelecido em lei seja um dos pilares da própria manutenção e eficácia do ordenamento jurídico, não menos importante é a observância dos direitos fundamentais, mormente o de efetividade da tutela jurisdicional, que justifica a adoção pelo juiz da técnica processual que considerar indispensável para a solução de determinada situação conflitiva.

Sendo assim, neste evidente embate entre os direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da tutela jurisdicional, ao menos no tema em análise, deve prevalecer este último, a fim de que o juiz possa, mediante fundamentada necessidade e adequação ao caso concreto, fazer uso das *astreintes* para obtenção de soma antecipadamente deferida ao autor, claro que com a observância do devido processo legal e a possibilidade do devedor de justificar a impossibilidade de cumprir a ordem no tempo e modo assinalados.

Nas devidas proporções, Bedaque corrobora este entendimento:

A estrita obediência à técnica elaborada pelo legislador processual e às regras formais do processo é importante para garantir igualdade de tratamento aos sujeitos parciais, assegurando-lhes liberdade de intervir sempre que necessário. Tudo para possibilitar que o instrumento atinja seu escopo final com justiça. Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo. Não é este o

⁶⁵ GUERRA, 2003, p. 151.

⁶⁶ Item 2.6.

instrumento que desejamos. É preciso reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma.⁶⁷

Destituída de fundamento, igualmente, é a alegação de que não seria razoável e eficiente a aplicação de *astreintes*, pois, a toda evidência, este instrumento mostra-se capaz, em grande parte das vezes, de levar ao cumprimento voluntário da obrigação pelo réu. Até mesmo porque, somente seria verdadeira esta crítica de Talamini acaso as medidas sub-rogatórias fossem cumpridas de forma célere e desburocratizada, o que, segundo observa-se no cotidiano forense, está muito longe de ser verdade.

Além disso, afigura-se mais correto conferir ao magistrado o juízo de conveniência e adequação desta técnica processual do que simplesmente excluí-la da sua esfera de disponibilidade, pois somente o juiz poderá verificar, diante de cada caso, se as *astreintes* serão menos onerosas ao devedor e mais efetivas à busca pelo adimplemento do que o uso de medidas sub-rogatórias.

Pertinentes, uma vez mais, são as colocações de Marinoni acerca do tema:

A afirmação de que a técnica da multa não é adequada em relação às obrigações pecuniárias não é procedente. Ninguém nega que a multa poderá, em determinado caso concreto, não conduzir ao adimplemento da sentença que condena a pagar. Contudo, não há como negar que a multa pode – em outros casos – convencer o demandado a adimplir. Na verdade, o argumento de que a técnica da multa não pode ser aceita porque pode não conduzir ao adimplemento é tão frágil que, se fosse admitido, também implicaria na eliminação da possibilidade do uso da multa em relação às obrigações de fazer fungíveis e às obrigações de entrega de coisa, pois tais obrigações também podem ser inadimplidas *apesar da multa*.⁶⁸

Por último, ainda tem-se a suposta impossibilidade de efetivação da tutela antecipada de forma mais gravosa que a sentença final de mérito. Não se nega que a decisão que confere antecipação da tutela é baseada em cognição sumária e que, por isso mesmo, tem caráter meramente provisório. Aliás, estas características, à primeira vista, outorgam um grau de “injustiça” à tese defendida no presente trabalho, pois, em conformidade com a legislação vigente, a parte que esperou todo o trâmite processual não teria direito ao uso das *astreintes*, enquanto que aquela que obteve o direito à obtenção da soma desde o início, em caráter provisório, poderia valer-se desta técnica processual para a efetivação de seu direito.

Todavia, quanto a esta aparente incoerência, há que se atentar para o fato de que a decisão concessiva de tutela antecipada possui um *plus* em relação à sentença final de mérito, qual seja a presença de *urgência* na fruição do bem da vida pela parte. Ora, muito embora a

⁶⁷ BEDAQUE, 2007. p. 45.

⁶⁸ MARINONI, 2008c, p. 455.

sentença final seja prestada mediante cognição exauriente não se reveste ela da característica inerente à tutela antecipada, diferenciação esta que justifica a aplicabilidade de *astreintes* nesta última via. Some-se a isso o fato de que, conforme apontado alhures⁶⁹, não são poucas as vozes na doutrina que defendem a aplicação daquela medida coercitiva também no cumprimento de sentença.

Neste diapasão, colhe-se da doutrina de Marinoni:

Por outro lado, não tem cabimento o argumento no sentido de que a decisão concessiva de tutela antecipatória não pode “ser mais efetiva” do que a sentença. O que justifica a tutela antecipatória é algo absolutamente diverso daquilo que está à base da sentença condenatória. A tutela antecipatória concedida a partir de uma situação de urgência não “combina” com a execução por expropriação justamente porque deve realizar prontamente – ou sem delongas – o direito. Assim, ao contrário do que alguém poderia supor, a decisão concessiva de tutela antecipatória deve ser mais efetiva (e assim pode “ser mais forte”) que a sentença.⁷⁰

Além disso, negar a aplicação desta valiosa técnica processual com base unicamente na incoerência do sistema significa sobrepor o instrumento ao próprio direito material, ou seja, primar a aperfeiçoação do processo pelo próprio processo, olvidando de sua finalidade que é proteger tempestiva e adequadamente o bem da vida por ele buscado. Todavia, já não se concebe a existência desta visão na processualística moderna, pautada pelos escopos do processo, notadamente o alcance da pacificação social e a promoção da justiça no caso concreto.

⁶⁹ Item 5.4.

⁷⁰ MARINONI, 2008a, p. 225-226.

6 CONCLUSÃO

Na ordem constitucional vigente, o processo abandonou velhos dogmas e assumiu sua verdadeira função como instrumento de materialização dos direitos e promoção da justiça no caso concreto. Para que referido objetivo seja alcançado, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva reclama que este instrumento disponha de técnicas a conferir de maneira tempestiva e adequada a proteção buscada pela parte em juízo.

Como decorrência, na hipótese em que reputar inexistir técnica idônea à tutela de determinada situação concreta, cumpre ao juiz, como aplicador dos direitos fundamentais, demonstrar esta inadequação e eleger técnica que considere efetiva para a proteção do direito posto à sua apreciação.

Nesta ordem de ideias, restou bem evidenciado que os meios executivos abstratamente previstos para a tutela de obrigações de pagar, em especial a execução provisória, a que faz remissão o dispositivo legal pertinente, não são adequados para a efetivação de provimentos antecipatórios quando fundados na urgência da sua fruição pela parte.

De outro turno, pôde-se perceber que as *astreintes* apresentam-se como soluções idôneas a esta gritante insuficiência, seja pelos menores custos que representam, seja porque retiram o devedor de sua clássica posição passiva em relação ao cumprimento das ordens judiciais, fazendo-o muitas vezes vir a observar estes comandos sem a necessidade de utilização do anacrônico e burocratizado procedimento expropriatório.

Frente a isso, e não obstante as vozes em sentido contrário, reputa-se legítima e viável a tese defendida na presente investigação, de que seja conferida ao juiz a possibilidade de fazer uso da multa coercitiva para a efetivação da tutela antecipada de soma em dinheiro.

Não se está a militar, por óbvio, a aplicação automática das *astreintes* na hipótese aventada, sem qualquer juízo prévio de conveniência. Mas não se pode, também, excluir definitivamente da esfera de apreciação do magistrado a possibilidade de uso desta eficiente medida coercitiva. Deve haver, antes de tudo, uma ponderação de valores pelo operador do direito que, à vista do caso em concreto, deverá sopesar fundamentadamente se a situação reivindica o uso destas espécies de medidas, ou se o procedimento previsto é suficiente para a proteção efetiva do bem tutelado. Os direitos fundamentais do réu, neste diapasão, deverão

igualmente ser sopesados, para que os eventuais danos que venha a sofrer não se sobreponham à efetividade que porventura se acresça à proteção conferida ao direito do autor.

Por fim, convém ressaltar que o presente trabalho não teve a pretensão de esgotar tema tão controverso quanto este em análise. Muito pelo contrário, espera-se que as conclusões e resultados alcançados por esta investigação fomentem e contribuam para uma discussão razoável e percuciente sobre a matéria, ainda mais no estágio de desenvolvimento da processualística em que nos encontramos, prestes a receber novos diplomas normativos que disciplinarão tanto a esfera cível quanto penal do direito processual.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**.

Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066940174218181901.pdf>>.

Acesso em: 11 fev. 2011.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BERTUOL, Bárbara Roessler. **A efetivação da tutela antecipada**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/03%20%20Barbara%20Roessler%20Bertuol.pdf>>. Acesso em 27 maio 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os meios expropriatórios após a nova sistemática da execução civil por quantia certa contra devedor solvente e a possibilidade de aplicação da multa diária (Astreintes). **Revista Dialética de Direito Processual - Rddp**, São Paulo, n.89, p. 114-135, ago. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2011.

_____. **Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939**: Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2011

_____. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 jan. 2011.

_____. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho 1985**: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7347orig.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

_____. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 abr. 2011.

_____. BRASIL. **Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003**: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 30 abr. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

_____. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARPENA, Márcio Lousada. **Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada**. Disponível em:
<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20Lousada%20Carpena\(6\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20Lousada%20Carpena(6)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2011.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela antecipada**. 5. ed. rev e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Tutela antecipada na reforma processual: antecipação de tutela na ação de reparação do dano**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

COUTINHO, Leonardo Augusto Nunes. As astreintes e sua importância no regime da tutela específica. **Themis**: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 1, p. 145-159, jan./jun. 2006.
Disponível em:
<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18127/As_Astreintes_e_sua_Import%C3%A2ncia.pdf?sequence=>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

DELFINO, Lúcio. **Anotações procedimentais e materiais sobre a “execução” de tutela antecipada para o pagamento de soma em dinheiro**. Disponível em:
<<http://www.professordelfino.adv.br/artigos/O%20procedimento.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009a. v. I.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009b. v. IV

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 411-421.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Figueira. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 4, tomo I.

FRANÇA, Fernando Luiz. **A antecipação de tutela ex officio**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

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

_____. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUSTOSA, Franco Paulo. O paradoxo das *astreintes*. In: **Revista de Direito da ADVOCEF**, Ano III, n. 6, maio. 2008. Disponível em: <http://www.advocef.org.br/_arquivos/42_1028_rd6.pdf#page=139>. Acesso em: 24 abr. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

_____. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. **Curso de processo civil: execução**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b. v. 3;

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008c.

_____. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008d.

_____. **Tutela específica**: (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direitos humanos e fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de direito processual civil: roteiros de aula**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 179-189.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Rescisória n. 599263283**. Relator: Des. Osvaldo Stefanello. Porto Alegre, 26 de abril de 2000. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=1999&codigo=3682>. Acesso em: 20 maio 2011.

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2010.017557-3**. Relator: Juiz Henry Petry Junior. Florianópolis, 15 de junho de 2010. Disponível em:

<<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000FYS0000>>
. Acesso em: 22 maio 2011.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

_____. _____. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

YARCHELL, Flávio Luiz. Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 330-339.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região, Brasília, DF, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/190/Antecipa%C3%A7%C3%A3o_da_Tutela_e_Colis%C3%A3o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 maio 2011.

ANEXOS

ANEXO A – Ação rescisória n.º 599263183, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

**AÇÃO RESCISÓRIA DE SENTENÇA PROFERIDA EM
AÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE RESERVA DE POUPANÇA.
CONDENAÇÃO A MULTA DIÁRIA. OBRIGAÇÃO DE
FAZER. OFENSA À LITERAL DISPOSIÇÃO DE
NORMAS LEGAIS - ARTS. 644 DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL E 84, § 4º, DO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO.
REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA. NÃO
POSSIBILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ
PROCESSUAL. CONFIGURAÇÃO.**

Em obrigação de fazer ou não fazer pode o juiz impor ao réu multa diária para a hipótese de não cumprimento. É o que ocorre em ação de devolução de reserva de poupança, não tendo, a empresa de previdência cumprido de logo lei que a respeito dispõe. Hipótese em que incorre ofensa ao art. 644 do Código de Processo Civil e 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Em sede de ação rescisória possível não é reapreciação de prova e matéria já discutida e apreciada na demanda cuja sentença se pretende desconstituir.

Caracterizada a deslealdade processual, impõe-se a aplicação da respectiva pena.

Ação rescisória que se julga improcedente.

AÇÃO RESCISÓRIA

SEXTA CÂMARA CÍVEL

N. 599263183

PORTO ALEGRE

FUNDAÇÃO REDE FERROVIÁRIA DE
SEGURIDADE SOCIAL - REFER

AUTORA

ROCK HUDSON BALSAMO MACHADO

RÉU

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, o que decidem de conformidade e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores Cacildo de Andrade Xavier, Presidente, e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Porto Alegre, 26 de abril de 2000.

DES. OSVALDO STEFANELLO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. OSVALDO STEFANELLO (RELATOR) – 1. Ação Rescisória de sentença proposta pela Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - REFER contra Rock Hudson Balsamo Machado. Argumenta ter o ora réu contra si proposto, na Comarca de Bagé/RS, Segunda Vara Cível, ação de devolução de reserva de poupança, julgada procedente e trânsita em julgado. Sentença na qual lhe é imposta multa diária de um (01) salário mínimo para o caso de descumprimento da obrigação decorrente da sentença, com flagrante violação literal ao disposto no art. 644 do Código de Processo Civil e no art. 84, § 4º, do Código de Defesa do

Consumidor, eis que essa pena só poderia ser imposta na hipótese de se tratar de obrigação de fazer ou não fazer, na qual não se enquadrava e não se enquadra a execução em referência. Daí a procedência da pretensão rescisória, que é o que requer, com o depósito de que trata o art. 488, II, do Código de Processo Civil.

Inicial acompanhada dos documentos indispensáveis.

Citado, o réu nos autos habilita-se e contesta. Argúi preliminar de extinção do processo por não ter afrontado, a sentença rescindenda, disposição expressa de lei. No mérito, argumenta a inocorrência dos requisitos exigidos para a rescisória, reiterando a inocorrência, no julgado que a autora pretende ver rescindido, de violação literal aos dispositivos na inicial referidos, tendo sido correto o Dr. Juiz sentenciante ao dispor sobre a pena pecuniária em caso de descumprimento, pela devedora, da obrigação que lhe estava a impor. Pretendendo seja aplicada à autora a penalização por litigância de má-fé processual, pede seja julgada improcedente a ação.

Ao réu é deferido o benefício da gratuidade da justiça.

Silenciam as partes a respeito de novas provas.

O Ministério Público apresenta seu parecer, opinando pela improcedência da ação, por inocorrência, no julgado rescindendo, de violação à literal disposição dos preceitos legais na inicial apontados.

Relatado.

VOTO

DES. OSVALDO STEFANELLO (RELATOR) – 2. A solução da controvérsia que se formou com a propositura da ação está de todo corretamente delineada no ilustrado parecer do Ministério Público, de lavra do eminente Dr. Procurador de Justiça Gilberto A. Montanari. Em assim sendo, devida vênua adoto os fundamentos que sustentam a manifestação, e que estão assim postos:

“2.2. A prefacial de inépcia da inicial, acenada pelo réu, como já observado no despacho de fl. 65, confunde-se com o mérito e com ele será analisado.

“2.3. A violação de literal disposição de lei, fundamento da presente Rescisória, exige especial cuidado em sua aplicação.

“No caso concreto, conquanto a parte autora não tenha se conformado com a solução judicial prestada, não se nota ofensa à literalidade dos dispositivos legais que menciona.

“Com efeito, a pretensão deduzida refere-se à devolução de reserva de poupança, resultante de contribuições feitas mensalmente à REFER pelo réu, ex-funcionário da Rede Ferroviária S/A, autorizadas pela Lei nº 9.364/96. O direito de resgate do saldo pretendido não é questionado pela autora que se insurge exclusivamente contra a parte da sentença que fixou multa diária para o caso de inadimplemento, aduzindo a ilegalidade da pena, eis que a obrigação seria de pagar e não de fazer.

*“Em sentido restrito, **devolução** compreende a **restituição ou regresso da coisa ou do direito ao primitivo estado** (PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico, Forense, 1984*). No caso concreto, a previsão legal é no sentido de facultar o resgate do saldo de reserva de poupança aos participantes da REFER que assim o desejassem, devendo o pagamento ser concretizado/devolvido pela autora. A obrigação da REFER decorre de lei e consubstancia-se, como quer o réu, em uma **típica obrigação de fazer**, e não de dar. Aliás, é preciso enfatizar, que nem sempre a obrigação de fazer pode ser reduzida a uma prestação de trabalho.*

“Oportuno, nesse passo, transcrever a citação feita na contestação à lição do professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

‘...Os atos ou serviços, que se compreendem nas obrigações de fazer, se apresentam sob as mais diversas roupagens: trabalhos manuais, intelectuais, científicos e artísticos. Mas não são apenas os serviços que se objetivam nas obrigações de fazer. O mesmo ocorre no tocante a certos atos, que traduzam alguma vantagem para o credor, posto não encerrem execução de qualquer trabalho, tais como a promessa de recompensa, a obrigação de quitar, a de locar um imóvel, a de prestar fiança, a de reforçar uma garantia, a de formar sociedade, a de renunciar certa herança, a de sujeitar-se ao juízo arbitral, a de obter fato de terceiro e muitas outras mais...’ (*Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 4º vol., pág. 86, Ed. Saraiva, 20ª edição*) (grifos no original).

“Releva anotar, como lembrou o réu, que a partir da condenação judicial ao pagamento da multa vergastada, resta extirpada de dívidas que a obrigação da REFER é, indubitavelmente, de fazer, sendo lícita e adequada a fixação da penalidade, a teor do que dispõe o artigo 461 do Código de Processo Civil.

“Reproduzimos, novamente, com a devida vênia, os argumentos finais do réu, perfeita tradução do meu sentir a respeito da questão posta à apreciação judicial:

‘...como a decisão estabeleceu prazo para a REFER cumprir a determinação sem o pagamento da pena pecuniária, além do recurso de apelação que tinha a mesma a seu dispor, só houve a incidência da multa devido a sua inércia, bem como pela pouca importância que dispensou à sentença prolatada, não lhe sendo digno agora vir reclamar de fatos que foram decorrentes de sua própria desídia e descaso com a determinação judicial, o que já tornou-se praxe nas demandas em que a Fundação, embora sucumbente, resiste em cumprir, em prejuízo não só da ordem social, devido os seus atos serem atentatórios à dignidade da justiça pelo que prevê o artigo 600, incisos II e III, do CPC, mas principalmente dos seus contribuintes-beneficiários, que eram todos os

ferroviários deste País, que além de terem sido demitidos em massa, após o processo de privatização do transporte ferroviário, penaram, e ainda penam, em verdadeiras batalhas judiciais, para reaverem o que lhes pertencia.’ (fl. 44).

*“Vê-se, pois, que a autora pretende, com esta Ação, um verdadeiro salvo-conduto para **continuar a deixar que cumprir ordem judicial**, eis que o afastamento de multa só aproveita à parte que **pretende inadimplir obrigação** a que se comprometeu ou que foi compelida a honrar.*

“A nosso juízo, o que a autora deseja é uma verdadeira reapreciação da prova para construir o entendimento de que a decisão rescindenda foi injusta, obrigando a todos os envolvidos a um desnecessário périplo processual ao não se conformar com a prestação judicial proferida em processo regular onde lhe foi oportunizada a mais ampla defesa.

“À guisa de argumentação, ainda que a sentença a quo houvesse sido injusta – e não o foi, já se viu –, ainda assim, mais uma vez os autores estariam equivocados, em razão de que é vedado na ação Rescisória examinar-se possível injustiça da decisão rescindenda, uma vez que:

‘A ação rescisória não se presta para a correção de injustiça da sentença nem para reexame da prova (RT 541/236). É medida excepcional que só pode fundar-se nas hipóteses taxativamente enumeradas na lei.’ (Cf. NÉLSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, ‘in’ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL e Legislação Processual Civil extravagante em vigor comentado, pág. 600).

“Não se vislumbra, portanto, qualquer violação a literal disposição de lei a ensejar o manejo da presente Ação Rescisória.

“O que a autora parece pretender, pois, é uma verdadeira subversão do sistema processual tencionando ver discutida, novamente, lide para a qual já houve a devida e regular prestação jurisdicional, olvidando que a ação rescisória é medida excepcional que só pode ser proposta nas restritas hipóteses legais.

“A ação rescisória tem seus critérios de admissibilidade taxativamente elencados no artigo 485 do Código de Processo Civil, destinando-se a retificar eventuais falhas havidas no julgamento das questões sujeitas à tutela Jurisdicional, o que não é o caso dos autos. No meu sentir, a tese narrada na inicial destina-se, tão-somente, a reformar uma decisão, buscando uma nova apreciação de mérito.

“Destarte, entendendo restar evidenciado o propósito meramente protelatório desta Rescisória, que, de modo temerário, suscitou matéria transitada em julgado, fato agravado pela situação de não ter sido interposto o recurso adequado em momento processual próprio, motivo pelo qual deve ser a autora condenada como litigante de má-fé, aplicando-se-lhe multa equivalente a 1% sobre o valor da causa.” (fls.71/76).

Precisos os fundamentos, inclusive no que respeita à aplicação da litigância de má-fé processual à autora, desnecessário mais dizer, eis que, o que realmente se extrai dos

autos é que ela pretende se reaprecie questão definitivamente julgada, o que possível não é em sede de ação rescisória.

ISTO POSTO, julgo improcedente a ação rescisória de sentença proposta pela Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - REFER, contra Rock Hudson Balsamo Machado. Condene a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios do réu, estes arbitrados, observados os requisitos do art. 20, § 3º, do CPC, em 15% sobre o valor da causa.

Assim é que estou a votar, devida vênua, eminentes Juízes desta Câmara.

DES. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (REVISOR) – O pedido formulado na inicial da demanda que culminou com a sentença rescindenda exibia inafastável conteúdo condenatório, referindo-se a quantia certa em dinheiro, *in verbis*: “condenar a REFER a devolver ao requerente conforme lhe faculta a Lei nº 9.364/96, a quantia de R\$ 13.135,03 (...)” (f. 13).

Assim sendo, com a devida vênua do eminente Relator, não vislumbro aí obrigação de fazer nem de não fazer, mas de dar, a que corresponde, no plano do direito processual, à execução por quantia certa ou para entrega de coisa certa. A nota distintiva essencial é que na obrigação de fazer a prestação é um fato, e esse fato, *ex hypothesis*, não corresponde a coisa, nem a dinheiro. Ora, a satisfação da condenação de prestação em dinheiro independe da realização de fato por parte do devedor, vinculada apenas à transmissão da posse sobre a coisa ou à alienação dos bens do devedor para que deles se extraia o valor do crédito. Daí estatuir o art. 591 do CPC que “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros.”

Todavia, nada obstante entenda afastada a caracterização do direito reconhecido na sentença rescindenda como obrigação de fazer, revela-se indispensável verificar se houve realmente violação de lei capaz de justificar o pedido de rescisão. Lembro que o provimento judicial, depois de condenar a ré a pagar ao autor o valor reclamado na inicial, impôs a *astreinte* solicitada, nestes termos: “Fixo multa diária para o caso de inadimplemento em 01 (um) salário mínimo, a contar do trânsito em julgado” (f. 26). E a questão que se coloca é se é possível em caso de condenação em quantia certa estabelecer tal tipo de sanção.

Para o autor, a sentença ao assim entender teria violado texto de lei, pois somente em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer seria lícita a fixação de multa diária.

Esse modo de ver entra em aberto conflito, no entanto, com uma visão mais atualizada do exercício da jurisdição. Nos dias atuais, as medidas coercitivas vêm se caracterizando como instrumento de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de tal sorte que o seu emprego não pode ser excluído de maneira apriorística. Como bem pondera Marcelo Lima Guerra (*Execução Indireta*, São Paulo, RT, 1998, p. 54), “o juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem necessárias para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa, a ele submetida”. E o Jurista, com toda pertinência, invoca o ensinamento de Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 256), no sentido de que na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, “o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa”. Tal significa, no âmbito do processo de execução, que o juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar os meios executivos que se revelem necessários para melhor atender à exigência de prestação de tutela executiva eficaz (Marcelo Guerra, ob. cit., p. 57).

No campo da execução por quantia certa não se passa de modo diverso, justificando-se o emprego de medidas coercitivas, como a *astreinte*, por concretizar o valor constitucional protegido da efetividade da tutela jurisdicional. Por tal razão, o uso de tais medidas não pode ser obstado nem por expressa disposição infraconstitucional, muito menos pelo silêncio dessa legislação. Dessa forma, como observa ainda aqui Marcelo Guerra (ob. cit., p. 186), “sempre que a aplicação de alguma medida coercitiva, inclusive a multa diária, revelar-se capaz de superar esses obstáculos e contribuir para uma satisfação mais pronta e efetiva do crédito objeto da execução, ela pode ser utilizada, desde que, é óbvio, não se violem outros bens constitucionalmente protegidos.” E em abono da tese o doutrinador cita o escólio de Michele Taruffo (*Note sul diritto alla condanna e all’ esecuzione*, p. 666-668).

Com essas considerações, estou também julgando improcedente a ação rescisória.

Estou de pleno acordo com o eminente Relator.

É o voto.

SENHOR PRESIDENTE - DES. CACILDO DE ANDRADE XAVIER – De acordo.

**ANEXO B – Agravo de Instrumento n.º 2010.017557-3, do Tribunal de Justiça do
Estado de Santa Catarina**

Agravo de Instrumento n. 2010.017557-3, de Rio Negrinho
Relator: Juiz Henry Petry Junior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA. ALIMENTOS DECORRENTES DE ILÍCITO CIVIL. PRELIMINAR: I – REQUISITOS FORMAIS DOS INCISOS DO ART. 475-O, § 3.º, DO CPC. CUMPRIMENTO. AUTUAÇÃO DOS EXPEDIENTES BASTANTES AO PROCESSAMENTO DO FEITO. MÉRITO: II – *ASTREINTE*. IMPOSSIBILIDADE. VERBA ALIMENTÍCIA. NATUREZA DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. INAPLICABILIDADE DOS ART. 461 E 461-A DO CPC. RIGORES INCIDENTES NOS CASOS DE OBRIGAÇÃO DE "FAZER E NÃO FAZER" E "DE DAR". PRECEDENTES DO STJ. III – NECESSIDADE DE PRESTAR CAUÇÃO. DISPENSA. EXEGESE DO ART. 475-O, § 2.º, I DO CPC. REQUISITOS INCONTROVERSOS. IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. IRRELEVÂNCIA. NATUREZA DA VERBA. CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE. DIREITO À SOBREVIVÊNCIA PREVALENTE AOS INTERESSES PATRIMONIAIS DO AGRAVANTE. - DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – TRATANDO-SE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA – CUJOS AUTOS ENCONTRAM-SE APENSADOS AO CADERNO PRINCIPAL DA AÇÃO PRINCIPAL – OS RIGORES, TODOS FORMAIS, DO ART. 475-O, § 3.º, DO CPC EM SEUS INCISOS, PODEM SER RELATIVIZADOS, DE FORMA QUE, DETERMINADAS *EX OFFICIO* CORRIGENDAS TENDENTES A INSTRUIR A PEÇA INICIAL DA *EXECUTIO*, NÃO HÁ ACOLHER PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSADO QUE, DE QUALQUER FORMA, TRAZ CONSIGO OS DOCUMENTOS REFERIDOS PELO DISPOSITIVO LEGAL.

II - NA HIPÓTESE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA, COMO OCORRE NA ESPÉCIE DOS AUTOS, PREDOMINA NESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA O ENTENDIMENTO DE QUE "A MULTA É MEIO EXECUTIVO DE COAÇÃO, NÃO APLICÁVEL A OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA, QUE ATUA SOBRE A VONTADE DO DEMANDADO A FIM DE COMPELI-LO A SATISFAZER, ELE PRÓPRIO, A OBRIGAÇÃO DECORRENTE DA DECISÃO JUDICIAL" (RESP N. 784.188/RS, DJ DE 14.11.2005). (STJ. RESP. N.º 438.003/RS. REL. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. J. EM 3/8/2006).

- ASSIM SENDO, NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE PRESTAÇÃO DE

ALIMENTOS, NÃO HÁ ESPAÇO PARA A FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA AS HIPÓTESES DE INADIMPLENTO, PORQUANTO A EXCUSSÃO DEVE OBSERVAR O PRESCRITO NO CAPÍTULO IV DO TÍTULO II DO LIVRO II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE), MODALIDADE ESTA NÃO CONTEMPLADA PELOS ARTS. 461 E 461-A DO CPC - CUJOS RIGORES, EXCEPCIONAIS, POSSIBILITAM A FIXAÇÃO DE ASTREINTE.

III - [...] A EXIGÊNCIA DA IRREVERSIBILIDADE INSERTA NO § 2º DO ART. 273 DO CPC NÃO PODE SER LEVADA AO EXTREMO, SOB PENA DE O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA NÃO CUMPRIR OS FINS A QUE SE DESTINA, MERECENDO O REQUISITO NEGATIVO EM QUESTÃO SER MITIGADO PELOS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE (STJ. RESP Nº 144.656-ES, MIN. ADHEMAR MACIEL. J. EM 01/09/1997). (TJSC. A.I. Nº 2008.063892-0, DE NAVEGANTES. DESTE RELATOR 9/12/2008).

- ENTÃO, UMA VEZ CONCEDIDOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM PROCESSO DE CONHECIMENTO, IMPOSSÍVEL, EM SEDE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA, DETERMINAR A PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO PARA FINS DE RECOLHIMENTO DOS VALORES ALCANÇADOS PELA EXECUTIO SOB A ALEGAÇÃO DE QUE – JAMAIS DEVOLVIDA A COMPROVAÇÃO DE "SITUAÇÃO DE NECESSIDADE" (ART. 475-O, § 2.º, I DO CPC) – SE TRATA DE MEDIDA IRREVERSÍVEL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2010.017557-3, da comarca de Rio Negrinho (Vara Única), em que é agravante Marcos Radins, e agravado Luiz Henrique Wantowsky:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Marcos Randis interpõe agravo de instrumento (fls. 2/31) contra decisão – da lavra da juíza de Direito, Paula Botke e Silva, em 14/12/2009 – que lhe determinou o pagamento de obrigação alimentar sob pena de multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais), no autos da execução provisória manejada pelo agravado/exequente, Luiz Henrique Wantowsky, representado por Gelásio Wantowsky, perante a vara única da comarca de Rio Negrinho.

Argumenta que o pedido executório, provisório que é, não veio instruído como de

rigor, salientando que as formalidades do art. 475-O, § 3.º do CPC – apresentação da sentença exequenda, certidão de interposição de recurso sem efeito suspensivo etc – não foram cumpridas a contento pelo recorrido.

Defende que, diante desse quadro, é caso de, preliminarmente, extinção do procedimento decorrente da ausência de um pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

Expõe, no mérito, que a *astreinte* determinada *ex officio* ultrapassou os limites do pedido inicial, cuja extensão, silente no particular, jamais daria ensejo a aplicação de tal multa diária.

Adverte, ainda quanto a essa medida tomada de ofício, que a própria natureza do processo aviado em primeira instância – execução provisória de obrigação de pagar – não admite a *astreinte*, refletindo ser consolidado o entendimento segundo o qual dita multa não poderia ser objeto de *executio* provisória.

Afiança ser necessária, por fim, a prestação de caução para fins de levantamento dos valores antecipadamente recolhidos, insistindo em que, irrepetíveis, os alimentos porventura pagos ao recorrido não lhe poderão ser ressarcidos se a decisão antecipada for de algum modo reformada mais adiante, tudo a revelar, então, que se trata de quadro irreversível em seu desfavor.

Demonstra que a continuidade do *decisum* combatido – a onerar-lhe as condições financeiras com o pagamento antecipado de obrigação ainda não reconhecida de modo definitivo - trar-lhe-á lesão grave e de difícil reparação, o que recomenda seja o presente recurso analisado na forma de instrumento.

Indica que restam preenchidos os requisitos aptos a dar ensejo à antecipação dos efeitos da tutela recursal - de efeito suspensivo -, para que, uma vez sustada a decisão objurgada, seja, preliminarmente, extinto o processo de execução provisória, ou, no mérito, seja afastada a aplicação de multa diária, com a imposição de prestação de caução para fins de levantamento dos valores eventualmente recolhidos a título de antecipação dos efeitos da tutela.

Requer, conhecido o reclamo na forma de instrumento, seja conferido ao recurso dito efeito, com a posterior alteração da decisão na forma exposta.

Instrui a peça recursal com os documentos de fls. 32/61.

Às fls. 65/69, o Des. Subst. LUIZ FERNANDO BOLLER admite o processamento do agravo na forma de instrumento, e defere o pedido liminar de efeito suspensivo "limitado à incidência de *astreintes*" (fl. 69).

Ausentes contrarrazões (fl. 74), os autos seguem conclusos à presença deste magistrado.

É o relatório.

VOTO

1. A admissibilidade do recurso

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2. Do mérito

A decisão antecipatória que a *executio* provisória pretende ver concretizada - pelo que se vê dos seus termos juntados ao instrumento recursal às fls. 54/58 - foi prolatada em sede de "ação de reparação" proposta pelo agravado – menor representado por seu curador - em face do agravante. Sua causa de pedir diz com acidente de trânsito causado, ao que tudo indica (ao menos assim o diz a citada decisão em razão de presunção relativa do constante em boletim de ocorrência), pela imprudência do recorrente.

A tutela de urgência, de natureza antecipatória, concretizou-se na fixação de alimentos equivalentes a um salário mínimo mensal.

Inadimplida tal decisão, a parte autora, aqui recorrida, avia execução provisória perseguindo [...] *a intimação do requerido, na pessoa de seu advogado, para que no prazo de quinze dias (art. 475-J), pague as parcelas da pensão, vencidas até a presente data no importe de R\$ 10.309,12 [...] (fl. 37), com o pedido subsidiário, ainda, de indisponibilidade de ativos do executado/recorrente em contas correntes de sua titularidade.*

Diante de tal pleito, determinou a primeira instância [...] *intime-se o executado para satisfazer a obrigação no prazo de 15 (quinze dias), sob pena de incidência de multa diária que fixo em R\$ 50,00 (cinquenta reais).* (fl. 52).

É, pois, contra última determinação que se voltam as razões recursais.

Passa-se, doravante, a destrinçar-lhes os termos.

2.1. Da formalização do pedido de execução provisória

Defende o recorrente a extinção do processado olhos voltados aos rigores do § 3.º do art. 475-O do CPC, segundo os quais: *Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, §1.º: I – sentença ou acórdão exequendo; II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III – procuração outorgadas pelas partes; IV – decisão de habilitação, se for o caso; V –*

facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias.

Atua sem razão, todavia.

É que, se num primeiro momento, o pleito executório foi feito de forma incidental nos autos do processo de conhecimento mesmo, bem se vê que a própria origem determinou a autuação da peça primeira "como execução provisória" (fl. 50) em caderno processual apartado.

Bem assim, do que se nota pela análise do instrumento processual, o recorrido/exequente instruiu seu pedido com a decisão de admissibilidade que não conheceu do agravo de instrumento interposto contra a decisão antecipatória executória (fls. 39/42), com expediente tirado do sítio eletrônico deste Tribunal que, pelo tramitar exposto do recurso, é capaz de revelar trata-se de *decisum* trânsito (fl. 43).

Quanto à ausência de apresentação de cópia da decisão executória, também foi ela sanada *ex officio* pela decisão recorrida, cujos termos determinaram: [...] *translade-se cópia da decisão dos efeitos da tutela de fls. 108/113 doa autos de n.º 055.07003530-4 para os presentes [...]*" (fl. 52), ordem esta *incontinenti* cumprida pelo cartório de primeira instância conforme a certidão, não subscrita embora, de fl. 53.

Assim sendo, não enxerga este relator malferimento ao dispositivo legal transcrito, seja em razão do proceder da primeira instância (correta em, sem maiores delongas e mesmo de ofício, determinar corrigendas formais para fins de apreciação do mérito do pleito formulado), seja na juntada pela parte de expediente documental que, mais do que certificar a [...] *interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo* (art. 475- O, §. 3.º, II do CPC), comprova mesmo o não conhecimento de recurso em que talhado o pleito de efeito suspensivo.

Questiúnculas formais como estas – é com o problema da vida que a moderna processualística se preocupa – não empolgam este relator, sobremaneira quando as formalidades legais exigidas, de qualquer forma, foram já cumpridas, sem que o quadro processual desenhado em primeira instância, com o prosseguimento do processado dentro dos rigores legais, possa revelar nenhum prejuízo a qualquer um dos litigantes.

Por isso – não há esquecer-se, ainda, de que se trata de execução provisória apensada ao autos do processo principal -, é caso de, no ponto, negar provimento ao recurso interposto.

2.2. Da astreinte fixada.

Sem que empolgue a alegação de que, a determinar *ex officio* multa diária, a decisão recorrida extravasou o pedido formulado – realmente: [...] *A fixação de astreinte, por*

ser medida judicial determinável ex-officio, pode ser imposta em valor superior ao postulado pelos autores, não importando em julgamento ultra petita." (TJSC. AC n. 2004.010079-5, rel. Des. MONTEIRO ROCHA, j. em 21.9.2006). (TJSC. A.I. n. 2008.022318-3, de Balneário Camboriú. deste relator. j. em 28/4/2009) – urge especificar se, em sede de obrigação alimentar, têm vez os rigores do art. 461 e 461-A caput, dispositivos legais estes que, ambos, referem-se, respectivamente a "obrigação de fazer ou não fazer" ou "ação que tenha por objeto a entrega de coisa".

De mencionar que a decisão antecipatória dos efeitos da tutela proferida em sede de processo de conhecimento - "ação de reparação de danos" – não fez menção alguma à multa diária, sendo somente agora – na execução provisória – que ela fora fixada.

Neste passo, urge assentar a inteligência esposada pelo STJ segundo a qual [...] *na hipótese de obrigação de pagar quantia certa, como ocorre na espécie dos autos, predomina neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que "a multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial" (REsp n. 784.188/RS, DJ de 14.11.2005). (STJ. REsp. n.º 438.003/RS. Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. j. em 3/8/2006).*

Realmente, [...] *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser possível a imposição de multa, ainda que contra a Fazenda Pública, em se tratando de obrigação de fazer. [...] Versando, todavia, a situação dos autos acerca de execução por quantia certa, descabe falar em aplicação da multa diária. (STJ. Agr. em Resp. n.º 951072/RS. Rel. Min. OG FERNANDES. j. em 5/3/2009).*

Assim também, domesticamente, arestos em que se confere: [...] *A obrigação de pagar quantia certa para indenizar dano moral é considerada obrigação de dar em face de cujo descumprimento cabe a imposição da multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC. Não se tratando de obrigação de fazer ou de não fazer, é írrita a imposição cumulativa da multa diária do art. 461, § 4º, do CPC. (TJSC. A.C. n. 2007.000410-2, de São Joaquim. Rel.: Des. JAIME RAMOS. j. em 24/7/2009).*

De fato, confira-se ainda a TJSC. A.C. n. 2004.029694-0, da Capital. Rel.: Des. Subst. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR. j. em 23/5/2006, [...] *A imposição das "astreintes" está limitada ao descumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, sendo vedada em decorrência de descumprimento de obrigação de pagar quantia certa. (TJSC. A.C. n. 2006.043134-4, de Lages. Rel.: Juiz JÂNIO MACHADO. j. em 11/3/2008).*

Desta forma, fora de dúvida de que a obrigação alimentar exequenda trata-se de,

nos termos do CPC, obrigação de pagar quantia certa (O mesmo STJ, embora tratando de matéria diversa, é cioso em estabelecer que os alimentos dizem, nos termos do CPC, com obrigação de pagar [...] *É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que são devidos os alimentos provisionais desde a sua fixação até a sentença definitiva, mesmo que esta desconstitua a obrigação de pagar, pois alimentos já quitados incorporam-se ao patrimônio do alimentado.* - STJ. REsp. 857228. Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. j. em 1.º/12/2009. grifo nosso), é caso mesmo de impossibilidade de fixação de multa.

Neste passo, de perceber que, para fins de Processo Civil, o pagamento de quantia certa contra devedor solvente sofre destacamento específico, sendo regrado pelo Capítulo IV do Título II do Livro II do CPC – 'do Processo de Execução' -, não se embaralhando com os dispositivos relativos à execução para a entrega de coisa (Capítulo II do Título II do mesmo Livro II, de cuja aplicabilidade há de lançar-se mão para fins das 'obrigações de dar' genericamente consideradas), nem se confundindo com as prescrições legais atinentes à execução das 'obrigações de fazer' e de 'não fazer' (Capítulo III do Título II do Livro II, onde é regrada o procedimento executacional relativo às obrigações de fazer e não fazer).

De fato, [...] *Malgrado o dinheiro seja uma coisa como outra qualquer, também passível de entrega, na sistemática do CPC ele está destacado das demais coisas (v. Capítulos II e IV do Livro II). Logo, as disposições dos arts. 461, e 461-A e §§ não se aplicam aos processos que tenha por objeto o pagamento de quantia certa (art. 475-I).* (NEGRÃO. Teotônio; Gouvêa, José Roberto Ferreira *et alii*. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 42 ed. atual. e rev. São Paulo: Saraiva, p. 513).

Assim sendo, tanto o art. 461 do CPC – a referir-se em seu *caput* à "ação que tenha por objeto o cumprimento do obrigação de fazer ou não fazer" -, quanto o art. 461-A, que se refere em sua cabeça à "ação que tenha por objeto a entrega de coisa", não hão de ser aqui aplicados, porque, na espécie, se trata de execução provisória relativa à verba alimentar decorrente de ilícito civil que, na classificação do código, há de ser executada, seja provisória seja definitivamente, conforme os rigores do Capítulo IV do Título II do Livro II.

Sendo assim – inconveniente também dar a esses dois dispositivos, no que são excepcionais, interpretação extensiva -, não convence a este relator a argumentação levada a efeito pela Segunda Câmara de Direito Civil - TJSC. A.I. n. 2007.027416-3, de Balneário Camboriú. Rel.: Des. MAZONI FERREIRA. j. 5/12/2008; e TJSC. A.I. n. 2004.022182-7, da Capital rel. Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, j. 8/9/2005 – como ainda por esta Câmara em decisão de 2004 cuja ementa se transcreve:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS

CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO - TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA - INTELIGÊNCIA DO ART. 273 DO CPC - PENSÃO ALIMENTÍCIA FIXADA - IRREVERSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Não é ultra petita a decisão interlocutória que fixa multa diária para a hipótese de não cumprimento da medida judicial, o que só ocorre nas sentenças, a teor do art. 460 do CPC. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC, a antecipação dos efeitos da tutela, com a fixação de pensão alimentícia, é a medida recomendada no caso, a fim de resguardar direito da parte que ficou impossibilitada de trabalhar, em função da perda de sua perna esquerda e de prover sua subsistência até provimento da jurisdição definitiva. (TJSC. A.I. 2004.010131-7. de Gaspar. Rel. Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO. j. Em 17/9/2004).

Ora, em se tratando de antecipação dos efeitos da tutela (como aqui se dá), o próprio art. 273, § 3.º ressalva que [...] *a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4.º e 5.º e 461-A.* (grifo nosso).

Outros Tribunais patrícios têm o mesmo entendimento:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - NÃO CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO - AGRAVO REGIMENTAL - NÃO CABIMENTO - RECEBIMENTO COMO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC - MULTA COMINATÓRIA - OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA - NÃO CABIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em virtude das alterações introduzidas pela Lei nº 11.187/05, as quais se aplicam no caso *sub examine*, não é admissível a interposição de agravo contra a decisão que analisa o pedido de atribuição do efeito suspensivo a agravo de instrumento. Assim, revela-se incabível a interposição de agravo, seja interno ou regimental, contra a referida decisão, pelo que a manifestação da agravante somente pode ser analisada como pedido de reconsideração. Nos termos do art. 273, do CPC, o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela, desde que, diante da prova inequívoca do direito do autor, se convença da verossimilhança de suas alegações, estando presente o fundado receio de dano grave ou de difícil reparação.

No que concerne ao arbitramento de multa cominatória pelo julgador primevo, entendo que, malgrado o disposto no art. 273, § 3º, do CPC, a referida medida apenas será cabível para assegurar o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, não se aplicando, pois, aos processos que tenham por objeto o pagamento de quantia certa. Ressalte-se que a obrigação de pagar quantia certa, ao contrário das de fazer e entrega de coisa, possui outros meios, expressamente previstos no Estatuto Processual, como, por exemplo, a própria execução forçada, hábeis a garantir a sua efetividade. (TJMG. A.I. 1.0153.07.067670-2/001(1).Rel. Des. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA. j. em 29/11/2007).

II - AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. MULTA PARA O DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE DAR. IMPOSSIBILIDADE. 1. É inamissível impor multa cominatória visando compelir o réu a cumprir obrigação de depositar valores determinados. Inteligência da Súmula nº 500 do STF. 2. É certo que há previsão legal no art. 461 do CPC para a imposição de multa cominatória, no entanto esta multa não pode ser imposta quando se cuida de obrigação de dar. 3. Na ação de execução de alimentos proposta, o cálculo do débito por certo incluirá o valor mensal da verba alimentar acrescido de juros e correção monetária na hipótese de não ter sido alcançado na data em que efetivamente era devido. Recurso desprovido. (TJRS. A.I. n.º 70022899363. Rel. Des. SÉRGIO FERNANDO

DE VASCONCELLOS CHAVES. j. em 28/5/2008).

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. FORMA PROCEDIMENTAL PREVISTA NO ART. 475 - J DO CPC. Recurso conhecido e provido pelos fundamentos constantes do voto. Unanimidade. 1 - A sentença que impõe o pagamento de alimentos dispõe de carga eficaz condenatória, reconhecendo a existência de obrigação de pagar quantia certa, devendo o cumprimento de sentença, no caso concreto, reger-se pelo rito disposto no art. 475 - J do CPC. 2 - Inaplicabilidade de multa diária, vez que o art. 475 - J do CPC somente comporta a multa nele prevista. (TJPA. A.I. 20093003043-8. AC. 79496. de Belém. Rel.^a Des.^a MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES. j. em 21/7/2009. grifo nosso).

Por sua vez, a circunstância de estar-se aqui perante decisão tomada em execução provisória de decisão de urgência não altera o quadro jurídica até então desenhado.

Firme em que [...] *Embora ao juiz tenha sido conferida a possibilidade de estabelecer multa diária para dar efetividade às suas decisões, certo é que, pela conjugação dos artigos 273, § 3º, e 461, § 4º, ambos do Estatuto Processual, a multa cominatória somente pode incidir nas obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa, não havendo, contudo previsão para as obrigações de dar quantia.* (TJMG, A.I. nº. 1.0024.07.501681-6/001. Rel.: Des. RENATO MARTINS JACOB. j. em 13.9.2007), o recurso merece, por isso, provimento, para fins de que seja afastada a multa diária fixada pela primeira instância para o caso de não pagamento.

2.3. Da necessidade de prestar caução para levante dos valores recolhidos em sede de execução provisória.

Primeiramente, de esclarecer que a decisão tomada em primeira instância não tratou da execução provisória da *astreinte*, mas sim – e tão-só – do montante devido a título de alimentos provisórios fixados em decisão antecipatória dos efeitos da tutela.

Quanto ao recolhimento deste último *quantum*, é caso mesmo de deferi-lo sem a necessidade de o exequente prestar caução.

Bem se sabe que, em sede de execução provisória, [...] *o levantamento de depósito de dinheiro [...] dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos* (Art. 475-O III do CPC). A primeira instância, todavia, lançou mão do disposto no § 2.º do inciso I daquele mesmo dispositivo, *verbis* [...] *a caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade.*

Com efeito, a magistrada *a quo* fez decidir (fl. 52):

Sendo certo que o calor ora executado, que não ultrapassa o limite 60 vezes o salário-mínimo, é decorrente de ato ilícito e de natureza alimentar, e, ainda, patente a situação de

necessidade do exequente [...] fica dispensado o oferecimento de caução.

Nesse passo, impossível reformar o decidido.

É que as razões recursais não controvertem a necessidade referida pela decisão combatida - requisito maior para fins de levantamento, sem caução, de montante alcançado por execução provisória -, sem que empolguem as assertivas do reclamo, voltadas que estiveram para a irreversibilidade da medida.

De fato, tratando-se de alimentos deferidos em sede antecipatória, bem se vê que estão em jogo dois direitos – o da sobrevivência digna do recorrido/autor e o de color patrimonial do recorrente - diante dos quais, em sede liminar, não há de claudicar esta Casa.

De consultar, neste sentido, o TJSC. A.I. n.º 2008.063892-0, de Navegantes. deste relator. j. em 9/12/2008, em que, tratando-se de ação condenatória com pleito de alimentos provisórios, se enfrentou a mesma alegação de "irreversibilidade", para fins de conceder a antecipação dos efeitos da tutela, nos seguintes termos:

Nem se diga, por outro lado, que se cuida de medida irreversível, ao teor do que disciplina o art. 273, § 2º do CPC, estando, pois, vedada a concessão dos efeitos da tutela "quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

Em casos como tais, reflito, necessário se faz sopesar os interesses em conflito, a fim de resguardar o direito à própria sobrevivência do lesado, visto que preponderante aos de ordem patrimonial. De fato, ... via de regra tem-se como defeso ao julgador conceder tutela antecipada nos casos em que houver perigo de irreversibilidade do provimento, só merecendo abrandamento quando em risco o bem maior do ser humano, qual seja, o direito fundamental à vida ... (TJSC. A.I. n. 2006.037004-6, da Capital. Rel.: Des. FERNANDO CARIONI. j. em 30/01/2007).

Nessa toada, bem se sabe que, em obséquio ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à sobrevivência do agravado há de, perante a ordem constitucional vigente, prevalecer em menoscabo aos interesses meramente econômicos dos réus-recorrentes. Questões de ordem patrimonial, nestes casos, devem ser postas em segundo plano, para que, o menos possível, seja malferido o direito à subsistência, cujo status, fundamental que é em sua essência, reclama desta Casa especial tutela jurídica.

Eventual improcedência dos pedidos iniciais, registre-se, poderá, nos prejuízos que causar aos réus-agravante, ser resolvida em perdas e danos, manejada em ação condenatória apta a tanto. Contrariamente, a serôdia prestação jurisdicional entregue ao agravado não poderá, a ser turno, ser relevada por meio de substituição das condições existenciais do recorrido por soma pecuniária alguma, o que, sopesando ditos bens jurídicos, dá a exata dimensão do acerto da decisão objurgada.

Assim, evidenciada se mostra a verossimilhança das alegações do autor-recorrido ladeada por prova muito segura do exposto em primeira instância e por fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, de forma que, decididamente, a concessão da tutela antecipada é medida cogente.

Em casos similares, cuidando de montante referente à tratamento médico necessário em razão de acidente de trânsito, esta Câmara já decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SUSCITADA A ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO AGRAVANTE. COGNIÇÃO SUMÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PROVA CAPAZ DE DEMONSTRAR SITUAÇÃO DIVERSA DA NARRADA NA PETIÇÃO INICIAL. PRELIMINAR AFASTADA. PEDESTRE COLHIDO NA CALÇADA POR CAMINHÃO. ACIDENTE QUE OCASIONOU DIVERSAS LESÕES NA FACE DA VÍTIMA. DESPESAS COM

MEDICAMENTOS E NECESSIDADE DE TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INAUDITA ALTERA PARTE PARA FAZER FRENTE AO RESSARCIMENTO DE TAIS GASTOS. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. PRESENÇA DOS ELEMENTOS JUSTIFICADORES DO DEFERIMENTO. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC DEMONSTRADOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO

[...]

3. Por expressa disposição legal (art. 273 do CPC), deve a tutela antecipada ser concedida diante de prova evidente que convença o julgador acerca da verossimilhança das alegações delineadas na exordial e a percepção do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao exercício do direito prestacionado.

4. "A exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina" (REsp nº 144.656, Min. Adhemar Maciel) (A.I. n. 2007.012856-7, de Blumenau. Rel.: Des. MARCUS TULIO SARTORATO. j. em 11/09/2007).

Em idêntico sentido, precedente da Des.^a MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, atuante à época na 1ª Câmara Civil:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA PARA FINS DE DETERMINAR O CUSTEIO DE DESPESAS MÉDICAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS, ATÉ O RESTABELECIMENTO DA VÍTIMA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL COMPROVADOS. RECURSO DESPROVIDO.

À luz do art. 273, inciso I do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos da tutela deve ser concedida se estiverem presentes a verossimilhança das alegações do requerente da medida e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Em se tratando de tratamento de saúde indispensável ao restabelecimento da vítima é de ser admitida a medida, de vez que comprovados nos autos os ferimentos decorrentes do acidente e o risco de não recuperação integral sem o repasse das verbas. (A.I. n. 2004.019713-6, de Porto Belo. j. em 19/04/2005. Grifo nosso).

Por isso, ausente outrossim prova da incapacidade dos agravantes em arcar com dito montante, é caso de manter a decisão guerreada, confirmando o pensionamento mensal deferido em primeira instância a título de antecipação de tutela.

Ora, se, em sede de antecipação dos efeitos da tutela que trate de alimentos, não vinga a alegação de irreversibilidade (é a natureza alimentar mesma da verba que - visceralmente necessária, impostergável e premente - assim o impõe) não será por certo aqui - em se cuidando de execução provisória em que não vem questionada a 'situação de necessidade' (art. 475-O, § 2.º do CPC) necessária para fins de levantar do valor executado sem caução - que poderá vicejar dita conjectura.

Por isso - sem que o instrumento dê pormenores outros capazes de revelar quais as sequelas (físicas, morais e financeiras) efetivamente deixadas ao recorrido/autor pelo acidente, e sem que exista alegação de eventual impossibilidade de pagamento - é caso mesmo de, no ponto, negar provimento ao recurso.

2.4. Conclusão

De tudo quanto exposto, é caso de dar parcial provimento ao recurso, para fins,

tão só, de excluir do *decisum* combatido a *astreinte* fixada.

É o voto.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, a Câmara decide dar parcial provimento ao recurso, nos termos supra.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, dele participando o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 15 de junho de 2010.

Henry Petry Junior
RELATOR