

ALINE DE FREITAS MACHADO DE BARCELLOS

A Multa Cominatória e a Efetividade da Tutela Antecipada

Monografia apresentada à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós- Graduação.

Orientador: Prof. Marcelo Almeida

Rio de Janeiro
2009

Barcellos, Aline de Freitas Machado de Barcellos

A Multa Cominatória e a Efetividade da Tutela Antecipada/ Aline de Freitas
Machado de Barcellos

Monografia – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro,
2009.

Dedico esse trabalho para a todo
aquele que bate as portas do
Judiciário com a esperança de que
se fará Justiça.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me deu forças para concluir o trabalho com muito esforço e sacrifício.

Agradeço ao meu orientador pelos conselhos e sugestões.

Agradeço a Prof.^a Neli Fetzner que me deu o norte e o incentivo de continuar.

A Anna Dina pelas gotinhas de ânimo e de consolo nos momentos difíceis.

Agradeço a minha família, sempre unida, e especialmente aos meus pais que sempre cuidaram de mim, e hoje cuidam do meu bem mais precioso, minha filha.

Ao meu marido pelo companheirismo e afeto.

Por último agradeço a minha Ana Helena e Arthur pelos momentos roubados e pela compreensão apesar da tenra idade.

SINOPSE

O Trabalho aborda a efetividade da tutela antecipada como modo de se perseguir a finalidade da jurisdição, qual seja, a pacificação social com justiça. Enfrenta-se a natureza jurídica da multa cominatória, o meio coercitivo de efetivação da tutela por excelência colacionando o pensamento da doutrina e posicionando-se no final da melhor forma para garantir a eficácia da decisão judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. HISTÓRICO SOBRE A TUTELA ANTECIPADA E A MULTA COMINATÓRIA.	12
2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS	16
2.1. Aspectos Constitucionais	16
2.1.1. A importância dos princípios no ordenamento jurídico.....	17
2.1.2. A dignidade da pessoa humana como escopo do Estado Democrático de Direito.....	21
2.1.3. Acesso à Justiça – princípio, direito e garantia do indivíduo	22
2.1.4. Igualdade formal e substancial no processo.....	24
2.1.5. A introdução da celeridade como princípio Constitucional expresso. A razoável duração do processo como meio de se buscar o devido processo legal sem afastar a necessidade de se assegurar a ampla defesa.....	25
2.1.6. Princípio da segurança jurídica e realização da tutela antecipada.....	27
2.1.7. Razoabilidade. Proporcionalidade. Ponderação.....	29
2.2. Efetividade do processo e das decisões judiciais	30
3. TUTELA JURISDICIONAL	32
3.1. Classificação sistematizada dos atos judiciais	32
3.2. Comparação entre as decisões judiciais em busca das diferenças existentes entre as decisões interlocutórias e a Sentença	33
3.3. Tipos de cognição	36
3.4. Espécies de tutela jurisdicional	37
3.4.1. Tutela de Urgência e Evidência	38
3.4.2. Tutela final e antecipatória.....	40
3.4.3. Repressiva e preventiva.....	41
3.4.4. Genérica e específica.....	43
4. ESTUDO DOS MEIOS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	46
4.1. A antecipação dos efeitos das diversas espécies de tutela	49
4.2. Dos meios de efetivação da tutela	50
4.2.1. Dos meios de substituição.....	51
4.2.2. Dos meios de coerção.....	52
4.3. A efetivação da tutela antecipada	53
4.4. Análise crítica da multa cominatória e da sua utilização	56

5.. A VISÃO DA MULTA COMO UMA FORMA DE CONTEMPT OF COURT.....	61
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de demonstrar a importância do instituto da tutela antecipada como instrumento de efetivação do acesso à justiça, analisando os meios coercitivos necessários para a sua eficácia, pontuando o cabimento da execução da multa cominatória mesmo antes de prolatada Sentença condenatória. Na verdade, tal conduta é verdadeiramente necessária para que se torne efetiva a tutela jurisdicional. Surge como um ponto extremamente instigante a análise da multa cominatória como uma penalidade pelo desrespeito à corte, *contempt of court*, possibilitando assim uma execução definitiva em benefício do Poder Judiciário.

Hoje a tutela antecipada relativa às obrigações de fazer ou não fazer são esvaziadas pela jurisprudência, em razão do entendimento de que há necessidade de se esperar uma sentença favorável para que a multa arbitrada pelo descumprimento da ordem judicial possa ser executada. Ao advento da Sentença favorável, o provimento antecipatório ainda não foi cumprido e a multa já se encontra em tal monta que a diminuição do seu valor é quase certa, sob o fundamento do enriquecimento ilícito da parte. O que se verifica é que a espera de que a sentença seja prolatada, aliada a possibilidade de posterior diminuição do seu valor, em razão da dimensão alcançada, fomenta o desrespeito à ordem judicial. O reiterado descumprimento da ordem ocorre na certeza de que, ao final do longo trâmite processual, se houver condenação, a multa será sensivelmente reduzida. É a garantia de que o inadimplente não será punido pelo longo prazo em que permaneceu moroso.

Convém ressaltar que um dos mais graves problemas que envolvem o Poder Judiciário é a lentidão dos processos judiciais. Com a proibição da autotutela, o indivíduo necessita da tutela judicial do Estado para a efetivação dos seus direitos. Ao propor uma ação judicial, as partes procuram o Judiciário em busca de uma solução ao conflito de interesses

existente. Muitas vezes, a lentidão da justiça serve como objeto de barganha para que o mais forte subjuguem aquele que necessita da solução rápida para o seu dilema. O problema surge quando quem está com a razão é obrigado a aceitar acordos que lhe são prejudiciais, abrindo mão de parte do seu direito por não ter condições de esperar o seu reconhecimento e a sua execução. Na prática, acordos chegam a ser realizados mesmo após o trânsito em julgado da sentença, unicamente para que não seja necessária a realização da fase executiva. Conclui-se, então, que a demora do processo viola o princípio da igualdade substancial.

Modernamente se reconhece a instrumentalidade do processo, isso é, a sua condição de meio para a obtenção do bem da vida almejado. O processo é um instrumento para a satisfação dos direitos e também de pacificação social.

A busca pelo direito e pela justiça requer uma resposta imediata e efetiva, enquanto a formalidade do procedimento retarda a solução dos conflitos e a pacificação social. Insta dizer que, ao final do processo, após um ou dois anos do longo percurso processual, freqüentemente o direito da parte já pereceu, ou então, esta já sofreu inúmeros danos irreparáveis. Como modo de evitar a ineficácia da decisão judicial surge a tutela de urgência. A tutela antecipada, segundo Luiz Guilherme Marinoni¹, constitui um grande sinal de esperança em meio a crise que afeta a Justiça Civil.

Em uma tentativa de se resgatar a confiança no Estado de direito foi inserido no texto constitucional o princípio da celeridade processual do modo a atender o clamor social por uma justiça rápida e eficaz.

Neste contexto, a tutela antecipada serve como um meio de distribuição do ônus pela demora processual. Como norma cogente emanada pelo Poder Público deve ser dotada de coercitividade imediata. Não basta a concessão da medida sem que lhe garanta a efetividade.

¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.20.

Nesta pesquisa pretende-se demonstrar que o tempo do processo não é apenas um ônus para o autor e que garantir a efetividade do processo não é tarefa fácil e isenta de riscos. Objetiva-se demonstrar que, trazendo o Juiz para uma posição ativa e utilizando-se da técnica distribuição do ônus do tempo de duração do processo entre as partes, o Poder Judiciário cumprirá de forma mais eficaz o seu papel na sociedade. A efetividade está intimamente ligada à rapidez na realização da tutela, o que leva à necessidade de se remover os obstáculos que impeçam sua efetivação. Ao conceder a tutela antecipada através de uma cognição sumária, inverte-se o ônus do tempo processual àquele que, em um primeiro momento, não demonstra a verossimilhança de suas alegações. Deve-se ressaltar que existe anteprojeto de lei que busca a estabilização da tutela antecipada que atingirá os efeitos da coisa julgada em razão da contumácia das partes como forma de agilizar a solução do conflito.

Essas questões levam as seguintes indagações. Até que ponto o descumprimento de uma ordem judicial prejudica apenas a parte e não a sociedade como um todo, em razão da ineficácia e o descrédito com a Justiça. Até que ponto é necessária uma sentença favorável como condição para a execução de uma multa cominatória. Tal multa deve realmente reverter para a parte prejudicada, ou ao contrário, tratando-se de um atentado a corte, deverá ser paga ao Fundo Especial do Tribunal que proferiu a ordem desobedecida.

Pretende-se, pois, nesta pesquisa examinar as várias espécies de tutela de urgência bem como os meios necessários para a sua efetivação, concentrando-se, contudo, na multa cominatória que é o meio coercitivo por excelência. Procura-se aprofundar a discussão sobre a possibilidade de sua diminuição a critério do juiz e sobre a necessidade ou não do advento de uma sentença de procedência possibilitar a sua execução.

Busca-se, finalmente, demonstrar que a responsabilidade processual da parte pelo descumprimento da ordem judicial independe do seu insucesso no provimento final da lide.

1. HISTÓRICO RELEVANTE SOBRE A TUTELA ANTECIPADA E A MULTA COMINATÓRIA.

A demora do processo sempre foi uma preocupação dos juristas. Afinal a tutela tardia dos interesses não se traduz na concretização da justiça, ao contrário, a pendência do litígio prejudica todas as partes e a sociedade como um todo. Um conflito sem solução traz insegurança jurídica.

Entre as medidas realizadas com o objetivo de minorar os problemas temporais está a possibilidade de concessão da tutela antecipada. Esse instituto já está presente no ordenamento jurídico há bastante tempo, sendo observado em procedimentos específicos em que o legislador buscava uma proteção mais efetiva ao direito tutelado. Muitos dos chamados procedimentos especiais têm como peculiaridade somente o fato de ser concedida, previamente, uma liminar, quase sempre sem ouvir a parte contrária. Após, prossegue-se pelo procedimento ordinário. Pode-se citar, como exemplo, a ação de reintegração de posse ou a consignação em pagamento.

O direito a uma tutela jurisdicional de segurança sempre existiu. Ao se verificar a inutilidade do procedimento comum para a realização do direito, busca-se instituir medidas capazes de antecipar os efeitos da decisão final. Já em Roma eram adotadas medidas de conservação. Relata Humberto Tehodoro Jr, que existiam medidas como sequestros e interditos, quando o *praetor* antecipava o julgamento do *judex* e decretava providências jurídicas imediatas de pronta restauração da situação do autor. Tais providências foram sempre exceções, e ainda hoje, temos heranças romanas, como por exemplo, as ações possessórias².

²THEODORO JR, Humberto. *Curso De Direito Processual Civil*. Processo De Execução E Cumprimento da Sentença. Processo Cautelar e Tutela de Urgência. V. II .40. ed. Rio de janeiro: forense 2007. p.710.

Com o amplo acesso à justiça assegurado pelo Estado Democrático surgiu a consciência da necessidade de efetivar as garantias constitucionais de acesso à justiça.

Apesar de presente nos procedimentos especiais, diga-se, pois, que no Código de Processo Civil de 1973, não havia previsão da tutela antecipada, como regra geral. Assim utilizando-se do poder geral de cautela começaram a surgir ações cautelares com o objetivo de se obter um provimento satisfativo. Surgiram, então as chamadas cautelares satisfativas.

O Código de Defesa do Consumidor traz a possibilidade de se conceder a tutela específica no âmbito das relações de consumo. Também trouxe a possibilidade de concessão da tutela antecipada. O art. 84 do CDC é considerado uma evolução no sistema processual e serviu de inspiração para as reformas do CPC. Na verdade, a idéia surgiu no anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil elaborado em 1985 e foi implementada no CDC.

Com o advento da Lei 8.952/94, surge a possibilidade de se requerer a tutela antecipada no processo de conhecimento de rito comum de forma ampla e genérica. Para tanto, foram criados dois dispositivos distintos, art. 273 e 461 do CPC, respectivamente, a tutela antecipatória genérica e a específica. Surgiu, então, a possibilidade de se perquirir a tutela específica da obrigação de fazer e não fazer. Ressalta-se que o art. 461 do CPC praticamente reproduz o art. 84 do CDC. A tutela inibitória também nasceu por interpretação ao art. 461 do CPC. Por essa tutela busca-se uma proteção contra a realização do próprio dano, o que necessariamente demanda agilidade e eficiência.

Com a Lei 10.444/02 ocorreu uma reestruturação do regime da antecipação de tutela, colocando em simetria os dois artigos. Surgiu então a possibilidade de o juiz conceder a antecipação da tutela quando o pedido é incontroverso e ampliou-se a incidência das *astreintes* para as hipóteses de efetivação das tutelas antecipatórias, genéricas e específicas, ou para obtenção do resultado prático equivalente. Também conferiu ao juiz poderes para, de

ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso se verifique que, na hipótese concreta, essa se tornou excessiva.

A multa cominatória, ponto nodal, deste trabalho, é de criação francesa, as chamadas *astreintes*, que possuem a função de coagir o devedor a cumprir a prestação pactuada, sem invadir direitos essenciais. Sua eficiência está em buscar o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer de forma específica, evitando a necessidade de cumprir a obrigação pelo equivalente em dinheiro. Desta forma, retirou do devedor uma faculdade ilegítima de escolher de que forma cumprirá a obrigação: se cumprirá a prestação pactuada ou se pagará perdas e danos, o que sempre frustrou a justa expectativa do credor. No Direito inglês, encontra-se a figura do *contempt of court*, com que se irá traçar um paralelo com a multa cominatória em busca de uma identidade.

O *contempt of court* se traduz na prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem. A doutrina vislumbra tal instituto no art. 14 do CC, com redação dada pela Lei 10.358/2001. Tal dispositivo busca impedir, sob pena de multa, que qualquer pessoa desobedeça ou oponha resistência ao cumprimento dos provimentos das decisões e ordens judiciais de natureza antecipatória ou final. No entanto, tal norma não é utilizada para o simples descumprimento, deve haver resistência efetiva. Por outro lado, não se trata da cominação de multa periódica pelo tempo em que durar a desobediência. A multa é única e possui um limite máximo quantificado por lei em 20% do valor da causa. Deve-se salientar que muitas das vezes o valor da causa é meramente simbólico, fazendo com que a multa também seja simbólica.

Ressalta-se, todavia, que existe um anteprojeto de lei³ que busca a estabilização da tutela antecipada, de autoria de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanane, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinone, buscando a critério das partes a conveniência de instaurar ou prosseguir na demanda. Assim, concedida ou não a tutela, no caso de inércia das partes, a decisão fica coberta pela coisa julgada, e o conflito existente entre as partes resta solucionado, como já acontece com relação a ação monitória. Assim, em caso de concessão da medida o ônus do prosseguimento do feito passaria ao demandado.

³O projeto de lei pode ser encontrado no *site* do Instituto Brasileiro de Direito Processual <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=16&t=QW50ZXByb2pldG9zIGRvIEICRFAGLSBBbnRlcHJvamV0b3M=>. Acesso em: 17 de agosto de 2009.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Modernamente o estudo de qualquer instituto deve ser iniciado a luz da Constituição Federal uma vez que a lei maior é o fundamento de validade para todas as normas.

A tutela antecipada é um instituto que passou a ter previsão no Código de Processo Civil, após inúmeras reformas para atender o clamor por uma Justiça mais rápida e efetiva. Esta tutela se funda em princípios constitucionais que buscam o maior acesso ao judiciário. Nessa diretriz foi incluída na Constituição norma expressa para garantir o direito a razoável duração do processo.

De outro lado, também se encontram protegidos no texto da Constituição o direito ao contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal. Tais direitos têm como fundamento o princípio da segurança jurídica. Com uma aparente colisão entre os referidos princípios há necessidade de que o interprete realize uma ponderação de interesses.

2.1. Aspectos Constitucionais

O tempo gasto na marcha processual é uma preocupação dos juristas. Não se pode buscar a celeridade em detrimento das garantias do indivíduo, também não se pode esquecer que a solução rápida dos conflitos de interesse também é um direito fundamental.

O Magistrado Afonso Henrique C. Botelho⁴ afirma que a morosidade processual costuma ser fundamentada na deferência indiscriminada a princípios constitucionais como a ampla defesa e o contraditório.

Alias, a forma mais virulenta de se retardar injustificadamente o andamento do processo costuma vir camuflada sob a alegação de lesão à ampla defesa, quando muitas vezes não se poderá reconhecer que esta, de fato, ocorreu.

⁴BOTELHO, Afonso Henrique Castrioto. *A Sumarização Razoável do Processo*. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, V.. 10 nº 37, p. 41-53, 2007.

Com razão o Jurista quando afirma que os princípios do contraditório e da ampla defesa são inafastáveis, no entanto, o acesso à justiça também encontra assento constitucional.

Por tal motivo, deve-se fazer uma abordagem constitucional do assunto para harmonizar tais princípios de modo a que o acesso à justiça seja efetivo e célere dando aos litigantes o contraditório e a ampla defesa dentro de um tempo razoável.

2.1.1. A importância dos princípios no ordenamento jurídico

Princípio é um postulado fundamental com elevado grau de abstração e generalidade, que tem por finalidade informar a atividade produtiva, integrativa e aplicativa das normas jurídicas. Nele há pouca carga de concreto, é vago, pouco específico. Seu conteúdo informativo é extenso e paira por toda a legislação. No entanto, não se traduz em uma regra de conduta impositiva com todos os seus atributos. O princípio é norma de conduta, mas é etéreo. Costuma ser universal, absoluto e permanente, por isso, não tem sua hipótese de incidência delimitada de forma precisa, atingindo, assim, um número indeterminado de situações. E, assim, pode se extrair de um mesmo princípio diversas regras concretas e específicas. O princípio é fundamento de validade de si, e de outras normas jurídicas, as regras.

Mais etéreos que os princípios, somente os valores que são os bens fundamentais de uma sociedade. Na verdade, os princípios estão próximos da idéia de valor. São os *standarts* jurisdicionalizados. Trazem para o direito conceitos como eticidade, moralidade, boa-fé, sintetizando grande parte conteúdo informativo do ordenamento jurídico, isso é, possuem ampla aplicação, incidindo sobre inúmeros institutos e possuindo várias interpretações possíveis. Desta forma, necessitam de uma atividade argumentativa intensa

para precisar o seu sentido e aplicação. São diferentes das regras, uma vez que essas possuem conteúdo funcional definido e não estão necessariamente ligadas aos valores sociais o que as tornam mais precisas, com fácil interpretação e aplicação imediata, pelo critério do tudo ou nada.

Apesar das dificuldades em sua aplicação, os princípios possuem eficácia jurídica. Essa pode ser negativa, já que impede a produção de normas contrárias a seus propósitos. É importante ressaltar que os princípios também possuem um núcleo essencial protegido pela sua existência, sendo-lhe concedida pelo direito a imperatividade necessária para que tenha a capacidade de impor a realização de suas finalidades fundamentais. Assim, também possuem eficácia positiva, pois autorizam que se exija prestações que tenham ligação com seu conteúdo essencial. Desta eficácia positiva é que se constrói a teoria do mínimo existencial.

Segundo Paulo Bonavides, atualmente, os princípios foram convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.⁵ Surgem como fundamento para a criação de regras, perdem o caráter meramente supletivo e integrativo do sistema. Têm aplicação imediata como norma de conduta, estabelecendo diretrizes tanto para o Estado quanto para o particular. Sua aplicação não segue a forma denominada do “tudo ou nada”, caracterizada pela subsunção da norma ao fato. Seguindo esse critério, as regras ou são válidas e devem ser aplicadas à sua hipótese de incidência, ou são inválidas e não podem ser aplicadas de forma alguma. Ao contrário, mesmo estando presentes as condições necessárias para sua incidência, o princípio pode ou não ser aplicado ao caso, em razão da incidência de outros princípios, segundo o critério da ponderação.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 237.

Vale dizer que estudos doutrinários modernos recolocaram a Constituição de volta ao ápice do sistema jurídico a influir na aplicação do direito infraconstitucional. Nesse contexto, ocorreu um processo de superação do positivismo jurídico retornando-se a influência dos princípios e valores.⁶ Os valores sob forma de princípios foram incluídos nas Constituições da segunda metade do Sec. XX e passaram a ser as idéias centrais do ordenamento. A hermenêutica jurídica começa, então, a exigir que a interpretação da norma seja feita à luz das normas constitucionais, seus valores e seus princípios, exigindo uma releitura da legislação sob o filtro Constitucional. É reconhecida a força normativa da Constituição,⁷ isso é, suas normas são dotadas de coatividade para que seus efeitos sejam cumpridos. Desta forma, toda a operação jurídica exige a aplicação da norma constitucional, direta ou indiretamente.

Esclareça-se, pois, que a aplicação será direta quando a pretensão tiver como fundamento a própria norma constitucional. Indireta quando se fundar em norma infraconstitucional. Isso ocorre porque a norma aplicada deve ser compatível com a Constituição e sua aplicação deve servir para alcançar os fins buscados pela Constituição. Luiz Roberto Barroso afirma que “a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”⁸

⁶Ana Paula de Barcellos confirma – Voltou-se a reconhecer, humildemente que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que se colhem na consciência humana e na experiência civilizatória dos povos. - no livro *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, ed Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p.24.

⁷Segundo Luiz Roberto Barroso no artigo “ Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito”, www.jusnavegandi.com.br , acessado dia 17 de março de 2009 - Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

⁸BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito*. Disponível em <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 17.03.09

Neste contexto, os princípios constitucionais são multifuncionais. Eles têm função integrativa, interpretativa e normativa. Apesar de seu caráter indeterminado possuem força cogente. Preceitua Daniel Sarmiento que dentro do sistema jurídico, os princípios passam por um processo de concretização sucessiva, através de princípios mais específicos e sub princípios, até adquirirem o grau de densidade das regras⁹. Os princípios constitucionais são idéias básicas utilizadas na produção normativa.

Como fundamentam a sua criação, devem ser utilizados na leitura do texto legal orientando sua interpretação de modo a estabelecer o seu sentido e alcance. O intérprete deve iniciar sua análise da norma, partindo-se dos princípios constitucionais. Esses servem também de elemento integralizador de lacunas.

O Estado deixa de ser um fim em si mesmo, para ser um instrumento de obter o bem estar do indivíduo. Essa visão humanística determina a busca das liberdades e das condições materiais para o desenvolvimento humano. Deve-se consignar que a dignidade da pessoa humana é considerada o valor supremo da ordem jurídica que confere a unidade teleológica aos princípios e às regras, sendo, em última análise, o critério subjetivo da ponderação, método de solução para eventuais colisões entre princípios ou direitos fundamentais.

No entanto, os princípios buscam os resultados bem amplos, sofrendo o processo da maximização. Esse processo de maximização é sofrido por todos os princípios, uma vez que a Constituição Brasileira é o produto de diversas vozes, já que a democracia garante o pluralismo e o respeito às minorias. Por ser fruto de várias ideologias possui inúmeros princípios que podem sofrer antinomia entre si. Então a aplicação de um princípio pode se esbarrar na incidência de outros princípios. Por esse motivo sua aplicação é gradativa, mais ou menos ampla, de acordo com os limites jurídicos existentes. Sua aplicação tem

⁹SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2000. p.42.

limites em regras específicas que o excepcionam em certo ponto. Também se contém na incidência de outros princípios que, como ele buscam maximizar-se, dentro do método da ponderação.

Insta dizer que os princípios e regras de todo ordenamento jurídico devem ser aplicados e ponderados de forma a se atingir os objetivos constitucionais que se sintetizam na dignidade da pessoa humana.

Após tecer essas considerações iniciais, deve-se analisar alguns princípios que se relacionam com a efetividade da tutela antecipada.

2.1.2 A dignidade da pessoa humana como escopo do Estado Democrático de Direito.

Grande parte da doutrina considera o princípio da dignidade da pessoa humana extremamente vago e indeterminado, por ser uma expressão lingüística de sentido demasiadamente genérico, capaz de fundamentar diferentes concepções e linhas de pensamento. Neste sentido, pode-se dizer que, ao invocar a dignidade da pessoa humana, pode-se defender idéias contraditórias.

A dignidade da pessoa humana está ligada à proteção dos direitos fundamentais, sejam eles direitos individuais, sociais, coletivos e políticos, garantido a todos e a cada um o mínimo existencial. A existência digna, com o mínimo necessário ao ser humano.

Ana Paula de Barcellos centraliza seus estudos sobre a dignidade da pessoa humana nos direitos sociais, mas, ao tocar nos direitos individuais, considera indispensável tecer um comentário sobre o direito de ação e a garantia do controle jurisdicional.¹⁰

Isso porque num Estado Democrático de direito, vive-se sob a égide da lei. A Constituição da República prevê a repartição dos poderes independentes e sua convivência harmônica, de modo a estabelecer o exercício do poder de forma moderada e de acordo com a

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 149, 2002.

lei. O poder Legislativo tem a função precípua de produção de normas jurídicas. O Poder executivo tem a função de execução em razão a aplicação automática da legislação. O Poder Judiciário tem função de garantia. O país vive sob a égide da Constituição, sendo necessária a existência de um órgão que garanta a sua aplicação, bem como de todo o ordenamento jurídico a ela compatível, tanto pelo Estado como pelo particular.

A Constituição da República garante a universalidade da tutela jurídica, estabelecendo a inafastabilidade do poder Judiciário. Com a ocorrência de uma lesão ou ameaça de direito, nasce para o titular deste direito uma pretensão. Com a vedação jurídica a autotutela nasce um dever do Estado de prestar jurisdição, satisfazendo a pretensão juridicamente protegida e também garantindo a paz social. Para que o Judiciário cumpra o seu papel suas decisões devem ser efetivas e eficazes, capazes de fazer cumprir todos os efeitos da norma.

O processo, então, é o instrumento que possibilita buscar o cumprimento dos direitos fundamentais. Assim, as regras jurídicas devem ser interpretadas no sentido de possibilitar o mais amplo acesso à tutela judicial em respeito à dignidade de pessoa humana.

2.1.3. Acesso à Justiça – princípio, direito e garantia do indivíduo.

A Constituição Federal, no afã de proteger o indivíduo do poder Estatal e buscar a efetiva garantia dos direitos fundamentais do ser humano, colocou em primazia a dignidade da pessoa humana.

Certo é que o direito processual passou a ser analisado à luz dos direitos e garantias constitucionais. Tal fato ocorreu em razão dos inúmeros dispositivos constitucionais de natureza processual dispostos na Constituição de 1988, como direitos e garantias fundamentais. Tal inferência traz conseqüências processuais, elencadas pelo Fredie Didier Jr. quando cita Marcelo Guerra:

a) o magistrado deve interpretar esse direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais¹¹.

Entre os princípios e garantias elencados pela Constituição cidadã está o princípio da inafastabilidade do controle judicial, previsto no art. 5, XXXV e art. 217 § 1º da CF. Esse princípio determina não apenas que seja concedida a tutela jurisdicional, mas que essa seja adequada, efetiva e tempestiva às necessidades do Direito Material. Caso contrário, as normas jurídicas não serão mais do que simples sugestões comportamentais ou normas morais. É a tutela ampla e efetiva que completa o atributo da coercitividade da norma. Pode-se dizer que a tutela de urgência é um dos instrumentos utilizados para que se efetive a garantia constitucional.

Da inafastabilidade do controle judicial decorrem os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O processo é um instrumento para a realização do direito material reivindicado. O devido processo legal pode ser analisado por dois ângulos: formal e substancial.

O devido processo legal formal é o direito de estar em juízo de acordo com as normas previamente estabelecidas para tanto. As garantias se desdobram em: acesso à justiça; juiz natural; tratamento paritário dos sujeitos; plenitude de defesa e recursos inerentes; publicidade dos atos processuais e motivação das decisões e tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável. O devido processo legal material permite, ao Magistrado, utilizar-se dos princípios constitucionais, principalmente da proporcionalidade e da razoabilidade para declarar a inconstitucionalidade ou a ilegitimidade de determinada lei, no caso concreto,

¹¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. V. 1, Bahia: Editora Podivm. 2007, p..26.

afastando a sua aplicação para garantir uma decisão mais justa.. Esta é a base constitucional para a existência dos princípios implícitos da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em síntese, o devido processo é aquele que tutela os direitos do autor, respeita a defesa do réu, veda os abusos e as dilações indevidas e assegura a efetiva tutela do direito material em litígio.

Conclui-se, pois, que o princípio do devido processo legal é a raiz de uma série de princípios e normas constitucionais processuais que devem ser respeitados com a finalidade de que o processo realize o direito material perseguido. Então só há real acesso à justiça quando se tem a garantia de uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz.

2.1.4 Igualdade formal e substancial no processo.

A Constituição Federal prevê que todos são iguais perante a lei. O princípio da igualdade surgiu na primeira geração dos direitos fundamentais. Nessa fase, pretendia-se limitar o poder do Estado, então, tais princípios buscavam uma prestação negativa, um não agir. O respeito ao indivíduo. Nesse contexto a igualdade era unicamente formal, sem levar em conta a peculiaridade da situação de cada indivíduo.

Com o advento da segunda geração de direitos, a finalidade era exigir do Estado prestações positivas para que o exercício dos direitos fundamentais fosse efetivo. Percebe-se então que a igualdade formal não garante a justiça social. A igualdade material significa equiparação de todos os indivíduos no que concerne a oportunidades. Assim, os desiguais devem ser tratados desigualmente na proporção de suas diferenças, para garantir a todos a igualdade de condições. Atendendo a esse princípio, foi criado o Código de defesa do Consumidor, que prevê a inversão do ônus da prova quando se verificar a hipossuficiência econômica e técnica de uma das partes. Fica estabelecida a igualdade de condições e

oportunidades no processo. A existência de prazos diferenciados para certas pessoas, como os assistidos da Defensoria Pública é outro exemplo da aplicação deste princípio.

Deve ser garantido aos litigantes a paridade de armas, com mesmas oportunidades e instrumentos processuais para fazer valer seus direitos e pretensões, desde que juridicamente protegidas. Para Fredie Didi¹²er, a igualdade substancial confunde-se com o devido processo legal substancial.

A antecipação da tutela também pode ser considerada uma aplicação do princípio da igualdade substancial, uma vez que divide com o autor e o réu o ônus da duração do processo, colocando em uma situação de vantagem aquele que demonstra maior verossimilhança em suas alegações.

2.1.5.A introdução da celeridade como princípio Constitucional expresso. A razoável duração do processo como meio de se buscar o devido processo legal sem afastar a necessidade de se assegurar a ampla defesa.

O Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica que prevê o direito a um processo com duração razoável, em busca da efetividade do processo. Reforça o princípio da inafastabilidade do controle judicial, garantindo expressamente o direito a um processo sem prorrogações indevidas. Essa norma foi então incluída no texto da constituição pela EC nº 45/2004, que estabelecia a reforma do judiciário.

Tem-se considerado que a celeridade nada mais é do que a aplicação da eficiência no processo judicial e administrativo.

¹² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. V. 1, Bahia: Editora Podivm. 2007.

A eficiência, segundo a doutrina italiana, não é um princípio, é um dever, o dever de boa administração¹³. Apesar da eficiência estar prevista na CF no art. 37, como um princípio setorial da administração pública, seguindo a doutrina italiana Hely Lopes Meireles considerava que a eficiência era um dever e não um princípio. Isso porque, o princípio é um preceito fundamental com alto grau de abstração que informa a legislação, mas não é uma regra de conduta impositiva com todos os seus atributos, assim, não se subsume no caso concreto. No entanto, a eficiência é um mandamento de gestão de qualidade total, o que inclui atualização funcional, especialização e modernidade tecnológica, e deve ser aplicada diariamente em todas as funções estatais.

Em termos práticos, as funções do Estado devem ser exercidas de modo a chegar ao melhor resultado com o mínimo de gasto de material e funcional num prazo razoável. Há necessidade, então, de tecnologia de ponta, servidores qualificados e sistema operacional eficiente.

Apesar de alguns doutrinadores de processo civil considerarem que, com o advento do art. 5, LXXVIII da CF¹⁴, a eficiência se tornou um princípio aplicável ao processo, na verdade esse inciso não passa de uma derivação do acesso à justiça. O acesso à justiça já determina que a tutela jurisdicional não pode ser concedida a destempo. Afinal, processo lento, não traz justiça. Assim a eficiência também é aplicável ao Poder Judiciário.

Parte da doutrina faz diferença entre eficiência, eficácia e efetividade. A eficiência seria o desenvolvimento da atividade, na forma em que se conduz a atividade. A eficácia não diz respeito ao instrumento ou o meio utilizado. A efetividade significa o resultado. Significa saber se o resultado foi ou não positivo, isso é, se o resultado é ou não satisfatório.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 108.

¹⁴ Artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

2.1.6. Princípio da segurança jurídica e realização da tutela antecipada.

O princípio da segurança jurídica se encontra implícito no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição.¹⁵ A segurança jurídica pode ser considerada sob dois aspectos. Sob o enfoque objetivo, tal princípio consiste na necessidade de se atingir a estabilidade nas relações jurídicas. No enfoque subjetivo, é considerado como a proteção da confiança e da boa-fé. Enfim a segurança jurídica pode ser considerada como a confiança de que as situações, depois de esgotados os seus trâmites processuais, estarão cristalizadas no tempo. Questão interessante que se apresenta é a compatibilização da tutela de urgência com a segurança jurídica. Verifica-se, neste ponto, a tensão entre dois princípios: segurança e acesso à justiça.

Nesse contexto, a tutela jurisdicional normalmente é entregue ao final do tramite processual, após todos os recursos a ele inerentes. Isso significa dizer que, em regra, a tutela só poderá se realizar quando transitar em julgado o pronunciamento jurisdicional sobre o caso concreto, pois, só então, a decisão jurisdicional terá eficácia plena. No entanto, no decorrer desse processo, quase sempre demorado e burocrático, poderá ser necessária a resolução imediata de certos conflitos, sob pena do perecimento do direito material da parte. Neste momento, deve-se diferenciar a tutela definitiva da tutela sumária. Essa será dada em qualquer fase processual, na qual se faça necessária, inclusive em sede recursal para evitar o perecimento do direito da parte. Também não se pode deixar postergar a entrega do direito à parte, em razão da protelação da parte adversa, sob o fundamento do devido processo legal, se não há mais controvérsia sobre os fatos objeto da lide.

Neste ponto é que se trava a tensão entre os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da segurança jurídica. Não se pode dar plena eficácia a um desses princípios

¹⁵ Artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

sob pena de ser exterminada uma garantia individual prevista constitucionalmente. Assim para que seja concedida a tutela sumária, devem estar presentes os seus respectivos pressupostos. Verificada a existência dos pressupostos necessários, a ordem deve ser efetiva, sob pena de se tornar mero conselho jurídico.

Na esteira do princípio da segurança jurídica, o pronunciamento final do Estado é obtido após ser assegurado que às partes envolvidas um procedimento processual pautado, principalmente, pelo devido processo legal, pelo contraditório e ampla defesa. Sem nunca se esquecer que o maior inimigo da jurisdição é a demora de seus procedimentos. Deve-se então utilizar mecanismos que possibilitam acelerar a marcha processual, aperfeiçoando o procedimento a todo tempo.

Inocência Mártires Coelho, ao explanar sobre a máxima efetividade dos direitos fundamentais, afirma:

[...] a otimização de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização [...]¹⁶

Mais a diante ele estabelece a necessidade de harmonizar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição.

A necessidade de dirimir o conflito entre os dois princípios é evidente. Para dirimir tais conflitos, devem-se utilizar a proporcionalidade e a razoabilidade, princípios usados para dar legitimidade às restrições de direitos.

Por último, não se pode deixar de concluir que a demora na prestação jurisdicional não põe em risco apenas a efetividade do processo *sob judice*, mas também a tão almejada segurança jurídica, como um todo.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet.. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.140.

2.1.7. Razoabilidade. Proporcionalidade. Ponderação

O princípio da razoabilidade remonta da cláusula *law of the land*, inscrita da Magna Carta Inglesa de 1215. Nos Estados Unidos, foi aplicado a partir da interpretação da cláusula do *due process of law*. Na Constituição Brasileira o princípio da razoabilidade é um princípio implícito fundamentado no art. 5. LIV. A razoabilidade é um conceito jurídico dotado de profunda subjetividade e, por isso, tem aplicação em todos os campos do direito.

Relacionando a razoabilidade ao tema discutido, pode-se destacar que esse princípio deve ser o norte utilizado pelo Judiciário, na análise do caso concreto. Razoabilidade significa ser razoável, agir de forma razoável, agir com a razão. Neste sentido, ao analisar a necessidade da concessão da tutela antecipada, devem-se ponderar todos os prós e contras, os bônus e os prejuízos possíveis para as partes.

Também se deve pautar na razoabilidade, ao analisar a verossimilhança das alegações das partes. Verossimilhança não quer dizer certeza do direito, mas se traduz em um grau elevado de probabilidade, assim para se convencer da verossimilhança das alegações das partes, o Juiz deve se guiar pela lógica do razoável, utilizando-se de raciocínios lógicos de indução e dedução.

Ressalta-se, pois, que a proporcionalidade como princípio constitucional é oriunda da doutrina alemã¹⁷ e possui as mesmas diretrizes da razoabilidade. Esse princípio, no entanto, possui uma normatização mais densa, sendo decomposto em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pela adequação, verifica-se se há relação entre meio e o fim da medida examinada. De acordo com a necessidade, deve-se buscar entre as várias formas possíveis de chegar ao resultado almejado aquela que afete com menos intensidade os direitos das partes.

¹⁷SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2000. p.80.

Pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve-se ponderar se o ônus imposto pela concessão da tutela é inferior ao benefício concedido.

2.2. Efetividade do processo e das decisões judiciais

Pretende-se valorar os vários princípios relacionados, dentro da ótica da maximização dos direitos fundamentais, dentre eles os princípios do acesso à justiça e da segurança jurídica ante a identificação de tensão entre os dois, para buscar o resultado que melhor atenda a dignidade da pessoa humana.

Primeiro deve se estabelecer parâmetros sobre a real eficácia dos princípios constitucionais.

O aparente conflito entre as normas constitucionais não pode ser solucionado pelos critérios normais de solução de tensões entre normas legais, como o critério cronológico e hierárquico. Os princípios constitucionais são objeto da ponderação de interesses. Na questão em análise, na realização da tutela de urgência estariam em choque a segurança jurídica e o acesso à justiça.

Ao explicar sobre a efetividade processual Fredie Didier¹⁸, citando Chiovenda, afirma que “o processo deve dar a quem tem razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional. O processo jurisdicional deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material”. Deve-se acrescentar apenas que essa tutela deve ser oferecida em tempo razoável, de forma dinâmica para diminuir as frustrações oriundas de um legítimo interesse insatisfeito. A tutela específica é um o escopo a ser perseguido e deve ser entregue de forma rápida e integral sob pena de ser restar frustrada a pretensão deduzida em juízo.

¹⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. V. 1. Bahia: Podivm. 2007.

A vida é dinâmica, as relações são criadas modificadas e extintas de maneira cada vez mais rápida. Toda a tecnologia é voltada para o tempo e para a eficiência. Tanto os conceitos quanto os interesses mudam em questão de segundos. A cada minuto é descoberta uma nova tecnologia, a mudança é drasticamente sentida no mundo da telecomunicação. São celulares, Internet, e-mail, vídeo conferência. O mundo está menor e o dia mais curto para a realização de todas as possibilidades vislumbradas pelo indivíduo. As relações jurídicas são criadas, modificadas e extintas em tempo recorde. Os conseqüentes conflitos de interesse também acompanham essa dinâmica. A tutela jurisdicional não pode andar na contramão do progresso e das necessidades humanas. O ser humano, no meio deste mundo acelerado, renova seus interesses e seus objetivos a cada segundo. A demora na solução dos conflitos é um verdadeiro contraponto às mudanças mundiais.

O judiciário deve acompanhar os tempos e se adequar às novas tecnologias e aos novos prazos sob pena da tutela ser entregue a quem já não tem mais aquele objetivo, não porque o direito se perdeu, mas porque o interesse se perdeu.

Exemplificando, pode-se apresentar a hipótese de um consumidor comprar para sua família um vídeo cassete para assistir a filmes, no entanto o fornecedor não entrega o bem. O conflito vai ser resolvido no judiciário. Ao se levar o processo até o STF, estima-se um prazo de duração processual de dez anos. Assim, ante a demora do processo, apesar do bem ainda ter a possibilidade de ser entregue, o interesse da família já não se volta mais para um vídeo cassete, mas em um aparelho de DVD ou até mesmo em um aparelho de *blu-ray player*. Com a efetividade da tutela específica devidamente concedida, em sede de tutela antecipada, o consumidor teria o seu aparelho ao tempo da compra e seu interesse teria sido satisfeito.

3.TUTELA JURISDICIONAL

O Estado moderno tem como um de seus pilares a repartição do poder político. Na maioria dos países, como no Brasil, ocorre a tripartição do poder e surge, assim, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Tal mecanismo é utilizado para descentralizar o exercício do poder, de modo a evitar arbítrios. Cada poder corresponde a uma função típica do Estado.

Em síntese, pode-se dizer que o Poder Legislativo tem como função precípua a elaboração de normas genéricas e abstratas, verdadeiras regras de conduta a serem seguidas pela sociedade. O Poder Executivo e o Poder Judiciário têm a função típica de aplicar a lei ao caso concreto. Este último se individualiza pela substitutividade das partes.

Pela Função jurisdicional resolve os conflitos existentes no seio social, quando solicitado pelos titulares do direito em conflito, declarando a existência ou não de um direito, realizando o direito declarado e assegurando a efetividade de suas decisões.

Uma de suas características do Judiciário é a inércia. Para que se pretende obter a tutela jurisdicional o interessado deve provocar a atuação do órgão jurisdicional pela propositura da demanda. Durante o curso do processo haverá pronunciamentos judiciais para impulsionar o procedimento ou que decidir alguma questão. Assim, há diversas espécies de pronunciamentos judiciais.

3.1. Classificação sistematizada dos atos judiciais

O Magistrado pratica diversos atos no processo. São classificados como decisões aqueles que possuem um cunho decisório. Já os despachos são atos que impulsionam o processo, sem qualquer conteúdo decisório.

As decisões judiciais de primeira instância são subdivididas em decisão interlocutória e sentença. A primeira, em uma definição simplista, seria a decisão judicial pela qual o Juiz decide alguma questão incidente. Já a segunda seria a decisão pela qual o processo é extinto com ou sem resolução do mérito. A definição de Sentença gera muitas discussões doutrinárias que inclusive têm conseqüências na diferenciação feita entre decisão interlocutória e sentença, o que será visto a seguir.

Em segundo grau, as decisões costumam ser proferidas por um órgão colegiado. O Acórdão é o pronunciamento judicial que decide o mérito em sede recursal. O mérito também pode ser resolvido em decisão monocrática quando o pronunciamento é feito apenas por um dos membros da Câmara. A decisão monocrática, então, pode ser interlocutória ou final.

3.2. Comparação entre as decisões judiciais em busca das diferenças existentes entre as decisões interlocutórias e a Sentença.

O Código de Processo Civil enumera os atos processuais no seu art, 162.¹⁹ Segundo o referido artigo, em sua redação primitiva, a sentença era o ato pelo qual o Juiz colocava um fim no processo, resolvendo ou não o mérito da causa. Tal redação era motivo de muitas críticas uma vez que a extinção do processo se dá com o exaurimento das vias recursais. Também porque, antes mesmo da reforma do Código de Processo Civil com o

¹⁹Tal artigo tinha a seguinte redação:

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

chamado sincretismo processual, já havia procedimentos em que a sentença abria caminho para a realização do direito dentro de um mesmo processo, eram as chamadas sentenças executivas lato senso, como por exemplo, a sentença de uma ação de despejo. Assim, ter a aptidão de por fim ao processo não é critério suficiente para definir esse tipo de ato. O objetivo da alteração legislativa foi ressaltar que a sentença não extingue o processo. O §1 do art. 162 passou a ter a seguinte redação:

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (Redação dada pelo Lei nº 11.232, de 2005).

Fredie Didier critica a nova redação por considerar que o conceito de Sentença possui relevância, pois é com base nele que se saberá qual o recurso cabível²⁰. Considera o eminente professor que mesmo com a nova redação não se pode identificar apenas a sentença por seu conteúdo devendo continuar sendo compreendida como o ato em que, analisando-se ou não o mérito da demanda, encerra uma das etapas do procedimento em primeira instância.

A definição das decisões interlocutórias, previstas no §2 do art. 162 do CPC não foi alterada pela reforma. Assim, legalmente as decisões interlocutórias são definidas como o ato do Juiz que no curso do processo resolve questão incidente. Tal conceito é equivocado uma vez que o conteúdo da decisão interlocutória não se restringe a questão incidente²¹. A decisão interlocutória também pode versar sobre questão de mérito.

Assim, conclui o eminente jurista que:

decisão interlocutória é o pronunciamento pelo qual o juiz resolve questão (incidente ou principal, pouco importa) sem pôr fim ao processo em primeira instância ou a qualquer de suas etapas. Já a sentença é o pronunciamento pelo qual o juiz, analisando ou não o mérito da causa, põe fim a uma etapa (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância.²²

²⁰DIDIER JR, Fredie BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA Rafael, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, Bahia: Jus Podivm, 2007. pg. 220

²¹Pode-se conceituar questão incidente como aquela que deve ser necessariamente resolvida para que se possa decidir a questão principal

²²DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA Rafael, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, Bahia: Jus Podivm, 2007. pg. 223.

Ao analisar as premissas acima construídas, pode-se verificar que não há diferença ontológica entre as decisões interlocutórias e a sentença, isso é, não há diferença quanto ao conteúdo desses dois pronunciamentos judiciais. A diferença se estabelece exclusivamente pelo fato de que a sentença finaliza etapa processual em primeira instância e desafia o recurso de apelação, enquanto a decisão interlocutória é proferida no curso da etapa processual e irá ser impugnada pelo agravo. No entanto, em decisão interlocutória pode ter como conteúdo uma das matérias enumeradas nos arts. 267 e 269 do CPC. Isso ocorre quando há exclusão de alguma parte da lide, em razão da sua ilegitimidade, ou ainda, quando rejeita parte do pedido. Há autores que entendem que se estará diante de uma verdadeira sentença, que excepcionalmente, poderá ser objeto de agravo²³.

A decisão que veicula a tutela antecipada em regra é decisão interlocutória. A antecipação dos efeitos da tutela em sede de Sentença é controversa uma vez que, neste caso, a cognição é exauriente e, por tanto, pode-se concluir que nada está a se antecipar. A tutela está sendo concedida no tempo devido.

Fredie Didier considera que não há qualquer problema na concessão da tutela em sede de Sentença e que, se tal provimento for atacável por um recurso sem efeito suspensivo, a tutela antecipada será pouco útil²⁴. Acontece que a Sentença que confirma a tutela antecipadamente concedida não é impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo, na forma do art. 520, VII do CPC. Então com a concessão da tutela na Sentença, na verdade, está se possibilitando a execução provisória, como já foi decidido no Superior Tribunal de Justiça²⁵.

²³ Este é o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier, conforme disposto no Livro “Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil” de autoria desta e de Luiz Rodrigues Wambier e Jose Miguel Garcia Medina

²⁴ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA Rafael, Curso de Direito Processual Civil, v. 2, Bahia: Jus Podivm, 2007. pg. 559

²⁵ Foi proposta por menor representado por seus pais (que também litigam por direito próprio) ação de indenização contra as rés, alegando ser vítima de erro médico no momento do parto, havendo seqüelas graves e irreversíveis. A ação foi julgada procedente, deferida a antecipação parcial de tutela para compelir as rés ao pagamento, desde logo, da pensão fixada na sentença. Interposta apelação pela ré, foi recebida no duplo efeito. A par disso, os autores dão início à execução provisória da decisão antecipatória, sendo as rés intimadas para

Na verdade, o que ocorre é uma antecipação dos efeitos da tutela, sendo assim, sua concessão em sentença, não é contraditória uma vez que a realização da pretensão do autor, não acontece com a prolação da sentença, mas depois do trânsito em julgado, com a execução da decisão que não for mais passível de ser atacada por um recurso. Deve-se consignar inclusive a possibilidade da tutela antecipatória ser concedida no Tribunal, isso é, após o advento da Sentença.

Como enfatiza Luiz Guilherme Marinoni “A sentença e a decisão interlocutória são apenas técnicas para a adequada prestação das tutelas.²⁶” E para a tutela jurídica ser adequada deverá ser efetiva.

3.3. Tipos de cognição.

Segundo a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni existem varias técnicas de cognição para a construção de procedimentos diferenciados de modo a se ajustar às necessidades da tutela. A cognição judicial pode ser plena ou parcial, é plena quando todos os aspectos da lide forem analisados, e parcial quando houver qualquer restrição legal, isso é, limite dos argumentos defensivos. A cognição parcial é técnica utilizada em alguns tipos de procedimento para a análise da questão principal de modo definitivo, como na

pagamento. Contra essa decisão foi manejado agravo de instrumento pela ré, afirmando a impossibilidade da execução provisória em razão de a apelação ser recebida também no efeito suspensivo. No recurso, os autores sustentam que tanto a sentença que confirma quanto a que concede a antecipação de tutela desafiam apelação a ser recebida apenas no efeito devolutivo, nos termos do art. 520, VII, do CPC. Para o Min. Relator, a apelação interposta pelo recorrido no que concerne à tutela antecipada concedida na sentença deve ser recebida somente no efeito devolutivo. O objetivo da norma legal, ao conferir à apelação apenas este efeito em tal hipótese, é preservar a eficácia da antecipação dos efeitos da tutela. Ressaltou o Min. Relator que, na execução provisória, pode ser dispensada a caução referente ao crédito de natureza alimentar, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, quando o exequente demonstrar situação de necessidade (art. 475-O, § 2º, do CPC na redação dada pela Lei n. 11.232/2005). A aludida tutela não antecipa simplesmente a sentença de mérito - antecipa, sim, a própria execução da sentença que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada. A sentença de mérito superveniente não prejudica o agravo de instrumento interposto contra a tutela antecipada. Precedentes citados: REsp 648.886-SP, DJ 6/9/2004; REsp 473.069-SP, DJ 19/12/2003, e AgRg no Ag 940.317-SC, DJ 8/2/2008. REsp 1.001.046-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 23/9/2008. (Informativo nº 0369, Período: 22 a 26 de setembro de 2008. Quarta Turma. APELAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. EFEITO DEVOLUTIVO.)

²⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. .

desapropriação, em que só se pode discutir o valor da indenização. Qualquer outra matéria será discutida em processo autônomo.

Sob esse prisma, a tutela antecipada geralmente é concedida em sede de cognição sumária, fundada num juízo de verossimilhança. Em sentença, ocorreria a chamada cognição exauriente com análise profunda do mérito da causa. Esse é o argumento mais forte para a tese de que a execução da multa cominatória fixada em decisão interlocutória concessiva da antecipação de tutela só pode ser realizada após a sua confirmação sentença. No entanto, tal pensamento deve ser desconstituído uma vez que a cognição sumária é uma técnica utilizada para dar maior efetividade à tutela concedida. Deve-se lembrar que nem sempre a tutela antecipada concedida em sede de decisão interlocutória terá por fundamento uma análise sumária da questão de fundo. Há casos em que a tutela antecipada é concedida em razão de cognição exauriente, conforme será visto adiante.

3.4. Espécies de tutela jurisdicional

Segundo Fredie Didier o termo tutela é polissêmico e pode designar um sinônimo de procedimento; sinônimo de decisão e o resultado almejado²⁷. Para essa análise a tutela jurisdicional é resultado efetivo da atividade jurisdicional. A tutela deve trazer uma correspondência com o direito material almejado, sob pena de se verificar a verdadeira negação deste direito. A sentença normalmente é a técnica utilizada para prestar a devida tutela do direito juridicamente protegido. Primeiramente se divide em três modalidades básicas: a tutela jurisdicional de cognição ou conhecimento; a tutela jurisdicional de execução e a tutela jurisdicional de urgência. A tutela de conhecimento busca o reconhecimento do direito e se subdivide em declaratória, constitutiva e condenatória. Para alguns autores,

²⁷ DIDIER JR, Fredie , BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA Rafael, Curso de Direito Processual Civil, v. 2, Bahia: Jus Podivm, 2007. p. 305.

divide-se, ainda, em mandamental e executiva *lato senso*. Essa parte da doutrina subdivide o que a doutrina clássica classifica como tutela condenatória. Assim, se condenação for para a prática de uma ordem determinada a tutela seria mandamental. Já, se a tutela condenatória trouxer uma ordem judicial que deva ter execução imediata, ocorreria a chamada tutela jurisdicional executiva *lato sensu*. A tutela executiva busca a realização do direito material e pode se efetivar através de meios coercitivos ou substitutivos. Já a tutela de urgência pressupõe um perigo e pode servir para acautelar o direito material ou antecipar os feitos do reconhecimento deste direito, promovendo-se a realização imediata deste direito.

Tutela diferenciada também pode significar procedimento mais adequado para a obtenção do direito material o que faz com que, ao lado do procedimento padrão, surja procedimentos especiais. Outro significado de tutela diferenciada consiste na integração do direito material ao processual para a maior efetividade da decisão. Assim, quando o direito está sob ameaça de lesão, deve ser concedida a tutela inibitória. Ao contrário busca-se a tutela ressarcitória quando o direito já foi lesionado.

3.4.1. Tutela de Urgência e Evidência.

A tutela de evidência é concedida com base em cognição exauriente e normalmente no final da fase processual de conhecimento, quando após vasta instrução probatória se evidencia o direito da parte. Claro que o direito pode se mostrar evidente durante a marcha processual e, neste caso, não há porque aguardar o término dos trâmites processuais para que se conceda a tutela. Tal hipótese está prevista no art. 273, II e §6 do CPC. Nesse caso, é conferida tutela antecipada, a tutela é de evidência, a técnica é de cognição exauriente, mas não definitiva.

A tutela de urgência tem lugar quando há perigo de dano. Fredie Didier conceitua urgência como “situação fática que exige tratamento célere e enérgico”²⁸. Considera-se que a situação de urgência ocorre com a existência de lesão a um direito subjetivo do autor. Também ocorre quando se verifica a possibilidade de violação a norma, ou seja, a realização de uma conduta ilícita. Nesse ponto deve-se consignar que a irreversibilidade do dano não deve ser condição peremptória para a concessão da tutela de urgência, sob pena de só se tutelar previamente casos em que os danos são irreparáveis. Chega-se, então, a possibilidade da submeter a parte a esperar que o dano ocorra, mesmo diante da verossimilhança de suas alegações, para que possa buscar a tutela jurídica por não ser o dano irreparável²⁹.

A tutela de urgência se divide em tutela cautelar quando se busca apenas assegurar o resultado útil do processo de conhecimento. Já na tutela antecipada busca-se a realização dos efeitos pretendidos com a tutela de conhecimento. Nesse ponto deve-se consignar que a sumarização da cognição tem diferentes graus. A cautelar é concedida com a apenas com a presença da fumaça do bom direito, fazendo-se um juízo de possibilidade, já para a concessão da tutela antecipada é necessária a presença de prova inequívoca de

²⁸DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA Rafael, Curso de Direito Processual Civil, v. 2, Bahia: Jus Podivm, 2007. pg. 308.

²⁹Agravo.Tutela antecipatória.Plano de saúde que negou a cobertura e o pagamento de stents.O consumidor, diante da premente necessidade da operação, deu cheque pós-datado e pleiteou a tutela jurisdicional para compelir o plano ao pagamento do valor, em tutela antecipatória, tendo em vista que o hospital pode depositar o cheque.Sustenta o recorrente que já se submeteu à outra cirurgia para colocação de stents e que da mesma forma o plano negou cobertura e o Poder Judiciário, em tutela antecipatória, posteriormente confirmada em sentença final de mérito, determinou ao plano o pagamento pelo procedimento cirúrgico.Decisão que entendeu inexistir perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que já estão implantados os stents.Provimento.Ao que se vê, a situação financeira do consumidor, que é septuagenário, não modificou para melhor e sua saúde apresentou piora, quando mostrou-se necessária a implantação de novos stents, que já foram colocados, porém sem que o plano de saúde arcasse com as despesas.A decisão vergastada, data vênua, apresenta-se contrária à prova dos autos, na medida em que entende inexistir risco de lesão grave ou de difícil reparação para o autor, pois, pelos mesmos fundamentos que o impediram de custear a cirurgia para a colocação dos primeiros stents, e que mereceram a proteção judicial através de tutela antecipada, valem para a presente decisão, haja vista que, a necessidade do custeio da cirurgia por decisão antecipada também está presente, persistindo a necessidade do afastamento da cláusula 8ª, provisoriamente (até sentença final de mérito, sob pena de supressão de instância), para que a empresa operadora de plano de saúde custeie o procedimento cirúrgico realizado.Recurso conhecido e provido. (2008.002.08274 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa DES. AZEVEDO PINTO - Julgamento: 16/07/2008 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL)

verossimilhança, o que se entende por um juízo de probabilidade, isso é, não basta ser possível deve ser provável.

3.4.2 Tutela final e antecipatória.

Esse é um dos pontos mais importantes deste trabalho. Aqui se busca demonstrar a importância de se efetivar a tutela jurídica no momento oportuno. A demora pode significar a negação do direito da parte.

A tutela final é aquela a que se chega após todo o trâmite processual, mediante a cognição exauriente. Na verdade, a tutela final não é dada pela sentença, mas só ao término de todo o tramite processual, com o esgotamento dos recursos possíveis. Para ser final tem que ser definitiva. Tanto é assim, que há necessidade de se conceder a antecipação de tutela para que a sentença possa comportar a sua execução provisória, quando atacável por recurso dotado de efeito suspensivo. O que se está a afirmar é que conteúdo decisório da sentença é provisório, uma vez que essa pode ser modificada em grau de recurso. Certo é que a sentença é proferida em cognição exauriente, mas como já dito acima, é uma questão de técnica processual. Há sentenças que, apesar de se submeterem à análise de cognição exauriente, não tem cognição plena³⁰, e mesmo assim, são sentenças e poderão ser executadas. Salienta-se que como trânsito em julgado a execução será, inclusive, definitiva.

Desta forma deve-se lembrar que a tutela antecipada também pode ser concedida em cognição exauriente, no caso de abuso do direito de defesa, de questão incontroversa e, também quando concedida em sentença.

³⁰Como por exemplo a ação de reintegração de posse em que, em regra, não se pode discutir a propriedade. Então, o proprietário perde a ação e é retirado do bem em razão da existência de posse melhor que a sua. Só depois de julgada a reintegração é que o proprietário poderá propor a ação prevista para defender a propriedade, despejo, imissão ou reivindicatória.

A tutela antecipada também é uma técnica processual que tem por escopo dividir o ônus processual do tempo de duração do processo. Nas palavras de Luiz Felipe Marinoni:

A tutela antecipatória constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I), mas também porque permite a antecipação da realização dos direitos nos casos de abuso do direito de defesa (art. 273, II) e de parcela incontroversa da demanda (art. 273 §6). Desta forma concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia – que foi apagada pelo cientifismo de uma teoria distante do direito material – de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor³¹.

Não se pode esquecer de que o escopo do processo é tutelar o direito do autor, a sua pretensão. Verificando-se que sua pretensão é infundada julga-se improcedente o pedido. No entanto, só se tutela algum direito do réu, quando ele também se utiliza do direito de ação e formula pedido contraposto ou apresenta uma reconvenção.

A concessão da tutela antecipada visa a entregar, ao autor, o bem da vida que pretende receber, é a chamada tutela específica. Para cada espécie de direito haverá uma técnica antecipatória específica.

3.4.3. Repressiva e preventiva

A tutela preventiva, que impede a ocorrência da violação a direito, é a chamada de tutela inibitória, já a tutela repressiva busca reparar o dano ocorrido. A tutela preventiva não é instrumentalizada por um processo cautelar, não visa a assegurar o resultado prático de outro procedimento, ao contrário ela visa a impedir o perigo de lesão ao direito de forma definitiva. Com a tutela inibitória procura-se dar maior efetividade ao ordenamento, impedindo que os bens protegidos cheguem a ser violados. Na verdade ela atua diante da

³¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ilicitude da conduta. Ela é concedida em sede de ação de conhecimento, proposta antes da violação ao direito. Deve-se lembrar que o direito de ação não nasce apenas com a lesão do direito tutelado, mas também diante do perigo de lesão.

Neste contexto utiliza-se a técnica da tutela antecipada como um instrumento importante para a realização da tutela inibitória uma vez que a demora dos procedimentos impede que se ilida a violação ao direito. Para inibir a lesão do direito em perigo a tutela tem que ser rápida, prévia. Deve-se consignar que a tutela inibitória não exige a comprovação da lesão preeminente bastando apenas a demonstração de violação ao direito. Há de se ter em mente que o dano é apenas uma das conseqüências do ilícito, que pode não ocorrer. O ilícito não nasce com a possibilidade de dano. O dano é que pode ocorrer da prática do ilícito, da violação do direito. A exigência da ocorrência de dano para a configuração do ilícito traz a conclusão esdrúxula de que a simples e a violação da norma seja aceita, sendo proibida apenas quando qualificada pela existência do dano. Submete-se a sociedade a espera da ocorrência do dano sem a possibilidade de se defender da conduta ilícita. Com tal afirmação pretende-se sustentar que não há necessidade de comprovação de que o futuro ato ilícito causará um dano. Basta demonstrar que o ato é contrário a um direito seu. Basta que se verifique que o ato será contrário ao direito para que se conceda a tutela inibitória. Também independe da demonstração de culpa que só é necessária para a imputação da responsabilidade subjetiva. Então a antecipação da tutela inibitória deve ser concedida em razão do ilícito, diante da probabilidade de violação do direito, sem a necessidade de se demonstrar a probabilidade de dano irreparável.

Também se utiliza a tutela inibitória para fazer cessar a violação do direito, antes da existência do dano efetivo. Neste caso é denominada de tutela reintegratória ou remoção do ilícito. Verifica-se que o ilícito já ocorreu e, portanto, é espécie de tutela repressiva. No entanto, também é preventiva, pois visa a impedir a produção do dano.

Também não há necessidade de comprovação de dano ou culpa limitando a cognição judicial e favorecendo a celeridade jurisdicional.³²

Com o advento da lesão caberá a tutela ressarcitória. Ressarcir significa retornar ao estado anterior ao advento do dano. O ressarcimento do dano nem sempre pode realmente estripar o dano do mundo fático, nesse caso, no entanto, será feita a compensação pelo dano causado.

Para exemplificar os conceitos acima pode-se citar a situação de uma noiva que contrata uma costureira para fazer o seu vestido, firmando contrato que prevê a realização de cinco provas. Uma vez que a costureira deixou de cumprir as primeiras provas, pode a noiva buscar no judiciário a tutela inibitória para que os prazos contratuais sejam cumpridos, mesmo sem o perigo iminente de lesão, certo é que a mora em iniciar o cumprimento do contrato gera na contratante a incerteza do seu adimplemento. Ocorreria a lesão se o vestido não fosse entregue na data aprazada, nascendo, então, a necessidade da tutela ressarcitória, que será específica caso o dia do casamento ainda não tenha passado e a entrega do vestido ainda seja almejada pela noiva.

3.4.4. Genérica e específica

A tutela específica se caracteriza na mais perfeita restauração do dano ocorrido. Ocorre quando resultado do processo for exatamente o previsto no direito material. Pela tutela específica a reparação é completa, dá-se ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito. Ocorre o perfeito retorno ao *status quo ante*. Como se pode ver, a tutela específica é um tipo de tutela

³²Segundo Fredie Didier Jr., em seu *Curso de Direito Processual Civil*, V.2, p...313, a tutela inibitória é espécie de tutela específica, por ser dirigida ao ilícito, evitando a ocorrência do dano, de forma a prestar ao jurisdicionado uma tutela mais efetiva que lhe garanta a entrega do bem da vida pretendido. Sustenta-se neste trabalho que a tutela específica é ressarcitória por considerar que para se restaurar o dano a situação anterior é necessária a existência de um dano anterior. Já a tutela inibitória não busca qualquer restauração, busca qualquer reparação, mas sim, impedir a ocorrência do dano.

ressarcitória uma vez que a lesão já ocorreu. No entanto, o dano poderá ser sanado, voltando as coisas para o estado em que estavam antes de sua ocorrência. Entrega-se ao autor o bem da vida por ele buscado. Na tutela genérica, ocorre a compensação pelo dano causado, uma vez que não é mais possível a sanatória da lesão. Essa é realizada pela entrega do equivalente em dinheiro. Antigamente a tutela específica era considerada um atentado à liberdade individual do devedor nas obrigações de entregar coisa certa, de fazer e de não fazer, o que tornava a tutela genérica a regra de solução dos conflitos de interesse. Assim, resolvia-se o litígio entregando-se o equivalente em dinheiro.

A tutela específica surge como um instrumento capaz de possibilitar a real satisfação do credor, fazendo com que esse obtivesse o bem da vida buscado e não apenas o ressarcimento em dinheiro. Afasta-se do pensamento liberal que torna intangível a vontade humana para possibilitar a entrega do bem da vida almejado por aquele que provou ter razão no processo.

A tutela diferenciada começou tímida em algumas leis especiais como por exemplo o Decreto Lei 58/37 que possibilitou a adjudicação compulsória. O Código de Defesa do Consumidor também possibilitou o cumprimento forçado do contrato.

Com o advento da Lei 8952/ 94 foi generalizada a tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer, que passou a ser a regra. A partir de então só não será concedida a tutela específica se o credor preferir o ressarcimento pecuniário ou se for impossível a prestação original. Estabeleceu-se, assim, a primazia da tutela específica.

Para a tutela de dar o sistema continuou favorável ao devedor até 2002, com o advento da Lei 10.444/02 que acrescentou o art. 461A no CPC estendendo a aplicação da tutela específica as obrigações de dar coisa diferente de dinheiro.

A antecipação dos efeitos da tutela é um instituto de grande relevância para a efetividade dos novos mecanismos de tutela que buscam a entrega do bem da vida pretendido

in natura. Traz para o processo de conhecimento a possibilidade de se empregar instrumentos executivos para a realização do direito, no tempo devido, de modo a evitar que o dano se torne irreparável de modo específico ficando como única opção a tutela genérica. Garante ao processo maior efetividade e distribui de forma mais justa o ônus da duração do processo tornando as posições processuais mais equidistantes, por trazer uma situação de igualdade entre as partes. Por fim, de forma rápida e precisa atribui a quem tem o direito efetivamente o que veio buscar em juízo tornado verdadeiramente eficaz o acesso à justiça.

Neste contexto, a vinculação da execução da multa estipulada na tutela antecipada a Sentença condenatória esvazia o instrumento necessário tão importante e necessário nos dias de hoje.

Passa-se, então, a analisar as medidas executivas que possibilitam a realização da tutela antecipada de forma efetiva e eficaz.

4. ESTUDO DOS MEIOS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

A atividade judicial é provocada quando há um conflito de interesses, isso é, uma pretensão de direito material do autor, resistida pelo réu. Pressupõe-se, então, que o autor já sofreu uma violação do seu direito material e, em razão da proibição da autotutela, deve o Estado solucionar o conflito, satisfazendo a pretensão do autor. O processo tem que ser voltado para a solução do conflito de interesse para solucioná-lo de forma eficaz. Humberto Theodoro Jr³³, salienta que o procedimento ordinário não pode compor o dano ocorrido senão após uma tramitação longa de atos e que esta demora, por si só, já gera um novo dano. Deve-se completar que mesmo se entendendo pela improcedência do pedido ante a ausência do direito alegado, a simples demora gera ansiedade nas partes do processo, agravando o dano de quem tem razão e piorando a situação de daquele que irá ao final sucumbir.

As tutelas de urgência surgiram para garantir a efetividade e a eficácia da tutela jurisdicional. Tais medidas de urgência servem não apenas para evitarem a ocorrência de dano irreparável que possam se consumir antes da prestação jurisdicional definitiva, como também para evitar o simples dano que a demora em receber o que lhe é de direito traz a parte.

Como já colocado há duas espécies de tutela de urgência: as cautelares e a tutela antecipada. A tutela cautelar é medida puramente processual que visa conservar a utilidade e eficiência do provimento final do processo. Já a antecipação dos efeitos da tutela proporciona imediata e provisoriamente a satisfação do direito material, que provavelmente só se concretizaria com a execução do provimento final.

Deve-se consignar que o termo liminar não se caracteriza como uma nova espécie de tutela de urgência, apenas identifica a decisão tomada pelo Juiz no início do processo, antes da resposta do réu, *inaldita altera pars*, isso é, sem o devido contraditório, que

³³THEODORO JR, Humberto. *Curso De Direito Processual Civil*. Processo De Execução E Cumprimento da Sentença. Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v. II .40 ed. Rio de janeiro: forense 2007. p.660.

será realizado *a posteriori*, ocorrendo o contraditório diferido. Tanto a tutela antecipada, quanto a cautelar podem ser concedidas *in limine* ou no curso da lide. Deve-se consignar que espécies de tutelas de urgência, em razão de sua natureza, admitem a fungibilidade, na forma do art. 273, 7 do CPC.

Para Humberto Theodoro Jr:

Diante da natureza constitucional do princípio da segurança jurídica contido na garantia do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5, LV), a antecipação da tutela somente será admissível quando estiver em risco de frustrar-se a garantia maior da efetividade da jurisdição.³⁴

Na verdade, o art. 273 do CPC estabelece os casos em que se demonstraram a possibilidade de concessão da medida. Primeiro, quando ficar configurado um fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Neste caso, deve-se levar em conta a finalidade precípua de se entregar a tutela específica, uma vez que a compensação pelo equivalente em dinheiro será sempre possível, mas nunca trará a completa satisfação do credor. A segunda hipótese ocorre quando se verifica o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O código prevê também a hipótese de antecipação da parcela incontroversa, o que será concedida em cognição exauriente. Neste caso, como já dito a cima, há controvérsias sobre a caracterização da medida como antecipação dos efeitos da tutela. Na verdade ocorre a chamada tutela de evidência. No entanto, deve-se lembrar que a tutela antecipada pode ser concedida em sede de cognição exauriente, objetivando a execução provisória, nos casos de recursos recebidos em efeito suspensivo. A antecipação é dos efeitos práticos da tutela, o que só ocorreria com o trânsito em julgado da decisão. Não se antecipa o provimento, mas os seus efeitos.

Em todas as hipóteses será necessária, a demonstração da verossimilhança das alegações do autor. No entanto, quando a sua concessão não trouxer qualquer possibilidade de

³⁴THEODORO JR, Humberto. *Curso De Direito Processual Civil*. Processo De Execução E Cumprimento da Sentença. Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v. II .40 ed. Rio de janeiro: forense 2007. p.679.

dano ao réu em nada se justifica a sua denegação. Trata-se da fundamentação jurisprudencial para a concessão da medida no caso de exclusão do nome do suposto devedor do cadastro de inadimplente até que se verifique a legalidade da referida negativação. Neste caso, a antecipação da tutela em nada prejudicará o réu que poderá sempre perseguir o seu crédito. A negativação do nome do autor não lhe traz qualquer benefício efetivo para o recebimento do seu crédito, mas prejudica o suposto devedor em sua vida profissional e financeira. A fundamentação com base no risco inverso, também é utilizada na antecipação de tutela em casos de serviços essenciais³⁵.

A tutela antecipada é uma medida executiva dentro do processo de conhecimento, à busca da realização do direito e não apenas seu reconhecimento. Deve-se lembrar que os efeitos da tutela é que são concedidos provisória e antecipadamente, e não a tutela em si. Prevê a legislação que esse instituto está sujeito ao regime da execução provisória (art.273, §3 do CPC), no que couber. Isso ocorre porque, ao final do procedimento,

³⁵ Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida nos autos da ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, cuja cópia se encontra às fls. 71/71-verso do presente recurso, que concedeu a liminar para determinar o restabelecimento do fornecimento em 5 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. Alega o agravante, em síntese, a ilegitimidade ativa ad causam, que os registros de consumo do agravado ocorreram pela média e que a cobrança dos débitos basearam-se nesta média, que não são cabíveis danos morais, que o Decreto 553/76 determina que os proprietários, novos ou antigos, são solidários pelos débitos do imóvel, e que ao se locar um imóvel deve-se observar a possibilidade de existência de dívidas. Alega, ainda, os princípios da legalidade e especialidade, aplicando-se o Decreto 553/76, a legalidade da suspensão do fornecimento de água ao consumidor inadimplente, a inobservância do art. 476 do CPC, a impossibilidade de concessão da tutela antecipada sem oitiva da parte contrária, a inexistência dos requisitos para a antecipação da medida e o *periculum in mora inversum*. Requer a concessão de efeito suspensivo, a suspensão dos efeitos da decisão agravada e que, ao final, seja dado provimento ao presente recurso. O recebimento do agravo pela modalidade extravagante tem por pressuposto o risco de lesão irreparável, a teor do artigo 522 do CPC, o que não se vislumbra na presente hipótese. O restabelecimento do serviço de abastecimento, tal como determinado pela decisão hostilizada, não impede que ao final, triunfando a agravante na ação que em face dela foi proposta pelo agravado, possa realizar o corte e exigir o pagamento das faturas vencidas. Risco inverso a acarretar lesão irreparável seria interromper o serviço essencial e fazer com que o usuário fique dele desfalcado enquanto são apuradas as irregularidades indicadas na exordial. Assim, recebo o agravo na modalidade retida. Baixem, pois. 2009.002.24168 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa DES. CLEBER GHELLENSTEIN - Julgamento: 26/06/2009 - DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL

poderá ser proferida decisão contrária, por se tratar de solução não definitiva da lide. Assim, a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo por decisão fundamentada.

A tutela antecipada deve, em regra, ser reversível, sob pena de se anular o princípio da segurança jurídica. No entanto, há casos excepcionais que, mesmo ante a irreversibilidade da medida, não se pode negar a realização do direito do autor, sob pena de a tutela final se tornar inócua, como por exemplo, no caso de alimentos provisionais e das cirurgias de urgência. A tutela antecipada também pode ser concedida contra as pessoas de direito público. Neste caso, a legislação adota inúmeras restrições que dificultam a concessão da medida, na forma da Lei 9494/97. Entre elas, deve-se consignar a necessidade de se submeter ao sistema de precatórios, ainda que as prestações sejam de natureza alimentar.

4.1. A antecipação dos efeitos das diversas espécies de tutela

A tutela antecipada é a satisfação imediata e provisória do provimento final pretendido no processo de conhecimento. Deve-se recordar que a tutela de conhecimento busca o reconhecimento do direito e se subdivide em declaratória, constitutiva e condenatória e, para alguns autores, divide-se, ainda, em mandamental e executiva *lato sensu*.

Consigna-se que a tutela declaratória e constitutiva não necessitam de atividade executiva uma vez que se exaurem em si. Por este motivo Humberto Theodoro Jr. informa que :

Como não há execução de sentença no procedimento declaratório e no constitutivo, há quem negue cabimento à antecipação de tutela em relação a esses tipos de cognição, restringindo a aplicação do art. 273 do Código de Processo civil tão apenas aos procedimentos tendentes à obtenção da Sentença condenatória, únicos que abrem ensejo a execução forçada³⁶.

³⁶THEODORO JR, Humberto. *Curso De Direito Processual Civil*. Processo De Execução e Cumprimento da Sentença. Processo Cautelar e Tutela de Urgência. V. I. II .40 ed. Rio de janeiro: forense 2007. p. 694.

Deve-se ratificar que são antecipados os efeitos do pronunciamento. Partindo-se desta premissa, evidente que a declaração do direito e a entrega da tutela constitutiva provocam efeitos práticos. Para o eminente jurista o objeto da medida não precisa corresponder ao exato conteúdo da sentença basta, que corresponda ao efeito normal da situação jurídica a ser declarada no mérito da causa.³⁷ Sendo assim, caberá a antecipação dos efeitos práticos relativos a tutela declaratória e constitutiva.

Com relação a tutela condenatória ocorre a realização imediata do direito, com a entrega do bem da vida pretendido. Assim como na execução da sentença, caberá ao Magistrado determinar a modalidade executiva mais efetiva. A tutela antecipada irá produzir de forma imediata e provisória somente o efeito que seria produzido com o advento da sentença, uma vez que é a concretização de seus efeitos.

Com isso, se a pretensão do autor consiste em uma obrigação de fazer ou não-fazer, a tutela a ser concedida será condenatória, ou mais precisamente mandamental ou executiva, e neste caso a antecipação da tutela deverá seguir o disposto no art. 461 do CPC. Quando se pretende a entrega de coisa diferente de dinheiro deverá invocar o art. 461-A do CPC. Já para a pretensão de recebimento de valor em dinheiro, deverá ser observado o disposto no art. 273 do CPC. Por fim, deve-se consignar que tais normas legais se completam e podem ser invocadas na defesa de todas as tutelas, para que as tornem eficazes.

4.2. Dos meios de efetivação da tutela.

Com a técnica processual que permite a antecipação do resultado prático do objeto da lide, durante o processo de conhecimento, entra-se na seara do processo executivo. Supera-se o princípio da *nulla executio sine titulo*, uma vez que o art. 475-N do CPC, não traz

³⁷THEODORO JR, Humberto. *Curso De Direito Processual Civil*. Processo De Execução e Cumprimento da Sentença. Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v. II .40 ed. Rio de janeiro: forense 2007. p.695.

expressamente a previsão de que a decisão proferida em tutela antecipada será considerada título executivo judicial. Segundo Humberto Theodoro Jr. não é necessária a instauração de um processo de execução forçada. O provimento é mandamental, realizando-se como imperativo *incontinenti* do decisório, sem a necessidade de instauração do processo de execução específica.

A tutela é efetivada sem maiores solenidades e devem, apenas, ser tomadas todas as medidas cabíveis para a sua efetivação. Assim, como no processo executivo poderá o juiz determinar as medidas necessárias para a efetiva realização da tutela concedida.

Tais medidas são chamadas de meios executórios e se dividem em duas classes fundamentais: a sub-rogatória e a coercitiva. A primeira se caracteriza pela prescindibilidade de participação do devedor, tornando-se mais rápida. Desta forma, deve ser priorizada pelo magistrado. Há casos, no entanto que se necessita da efetiva atuação do devedor sendo necessária a adoção de medidas coercitivas.

4.2.1 Dos meios de sub-rogação.

A sub-rogação se caracteriza pela realização do direito do autor sem a participação do executado. O juiz se utiliza meios de substituição à atuação do devedor. É a chamada execução direta. Existem vários meios que abstraem a participação do executado penetrando em sua esfera patrimonial. São eles o desapossamento, a transformação e a expropriação.

Pelo desapossamento procede-se à execução da tutela de entregar coisa certa. É o que ocorre na busca e apreensão de objetos móveis e na imissão de posse de imóveis.

Pelo meio da transformação se efetiva a tutela das obrigações de fazer fungíveis, isso é, aquelas que podem ser exercidas por terceiros. Desta forma, consegue-se a tutela específica da obrigação.

Já a tutela consistente em dar soma em dinheiro pode ser realizada pelo meio da expropriação. Deve-se consignar que as vezes existe a possibilidade ou a necessidade de se efetivar a tutela pode levar a utilização de outros meios executivos. Exemplificando, no caso de execução de alimentos, em que se pretende o recebimento de valor em dinheiro há a possibilidade de utilizar o meio de coerção pessoal, a prisão³⁸.

4.2.2 Dos meios de coerção.

Os meios coercitivos são utilizados na execução indireta. Neste caso, existe a necessidade de que o devedor cumpra pessoalmente a obrigação, uma vez que não se pode substituir a sua conduta. Trata-se de cumprimento de uma obrigação de fazer infungível. Os meios de coerção podem ser pessoais ou patrimoniais. Nos dias de hoje, a coerção pessoal só tem lugar na obrigação de alimentos, em que é possível a prisão civil por dívida. De resto a coação será apenas patrimonial.

Sustenta Araken de Assis que no Séc. XIX a codificação francesa previa que:

o inadimplemento de obrigação de fazer infungível (*nuda facta*), cujo cumprimento eficaz e útil depende, exclusivamente, do próprio devedor, apesar de o obrigado ter abdicado de sua liberdade no momento em que contratou, resolver-se-ia no equivalente pecuniário, acrescido de

³⁸ Com relação à prisão como meio de coerção consigna-se a posição de Luiz Guilherme Marinoni que entende que a vedação constitucional se refere unicamente a prisão por débito, mas a considera meio indispensável para garantir a efetividade da tutela de outros direitos fundamentais. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, 10 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 215. Merece referência, no entanto, a decisão em plenário do STF, no HC 92566-9, pela impossibilidade de prisão civil de qualquer depositário infiel, inclusive do depositário judicial. Significa dizer que mesmo aquele que trai a confiança que lhe foi conferida pelo Judiciário não pode ter sua prisão decretada pelo descumprimento da ordem judicial de devolver a coisa que lhe foi entregue pelo Juízo.

indenização, porque intangível a pessoa do executado à força estatal, consoante a regra.³⁹.

Segundo o autor para resolver o referido problema o direito comparado cunhou três expedientes de indução compulsória do executado ao cumprimento: as *astreintes* que é multa pecuniária sem limitação temporal. O regime misto alemão em que se pode ser condenado a pagar multa e também a prisão, mas com tempo de pena e valor de multa limitados pela lei. E o *contempt of court* próprio da *common law* que reputa desacato e desobediência o descumprimento mais eficaz para assegurar a realização concreta dos direitos do credor correlativos das obrigações infungíveis.

Reconhece-se no ordenamento brasileiro, várias normas que tem como escopo ao cumprimento da obrigação de fazer tais como: art. 287, art. 461, § 4 e 5; art. 461A, §3; art. 621, parágrafo único e art. 644 e art. 645, art. 22 caput da Lei 5.478 e também. o art. 14, V, do CPC. Não se pode olvidar que o com o descumprimento da decisão judicial pode configurar o crime de desobediência. No entanto, sendo este um crime de menor potencial ofensivo, não possui um grande poder de coerção.

Para Araken de Assis o ordenamento jurídico caminha nos rumos do *contempt of court*. Por enquanto, o atentado à atividade jurisdicional rende multa apenas a multa do art. 14 do CPC, no entanto, há clamor para agravar a situação do desobediente, submetendo-o a tipo penal genérico. Ao que parece não considera que as *astreintes* seriam uma modalidade de sanção por desrespeito à corte⁴⁰.

4.3. A efetivação da tutela antecipada.

³⁹ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ed. rev.ampliada e atualizada com a reforma processual de 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 132.

⁴⁰ ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ed. rev.ampliada e atualizada com a reforma processual de 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 132.

Mais do que qualquer tipo de execução, a tutela antecipada deve ser realizada de forma imediata, sem formalidades e delongas. Deve, também, respeitar as características da pretensão deduzida em juízo. O art. 273, §3 do CPC ⁴¹ remete o interprete aos artigos que servirão de norte para a execução da medida. A expressão “no que couber e conforme sua natureza”, contida nesse dispositivo, demonstra a necessidade de adaptação dos procedimentos, ali citados, ao provimento antecipatório. O legislador ao considerar que a tutela antecipada pode ser revogada a qualquer momento, e que a própria pretensão do autor pode ser denegada ao final do processo, nos remete à regulamentação da execução provisória. Assim, uma das remissões feitas no art. 273, §3 do CPC é ao art. 588 do CPC que regulava a execução provisória, e hoje se encontra revogado pela Lei 11.232/05. Agora a execução provisória é regulamentada pelo art. 475-O do CPC. Esta norma será utilizada para a execução de valores em dinheiro. No entanto, deve-se lembrar que a execução provisória é uma execução incompleta, enquanto a tutela antecipada busca realizar os efeitos finais de forma imediata. Assim pela tutela antecipada deve haver a satisfação do credor.

Ensina Luiz Guilherme Marinoni que execução incompleta e execução fundada em cognição não definitiva são coisas distintas. Afirma que a chamada execução provisória é fundada em título provisório, em cognição não definitiva, por não haver trânsito em julgado. Entretanto, a execução fundada em título provisório pode ser completa ou incompleta. Assim, diante das regras do art. 273, §3 e 475-O, III e §2 do CPC a execução da tutela antecipada pode levar a realização integral do direito, isso é, realizar a execução completa mesmo que fundada em cognição sumaria ou exauriente e não definitiva⁴². Analisando a questão, Araken

⁴¹ 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: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

⁴²MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p208.

de Assis salienta que, no caso, se afasta o veto à alienação do domínio do bem penhorado sob o fundamento de que a solução posta frustraria a finalidade precípua da tutela antecipada, mas que tal solução só poderia ser defendida de *lege ferenda* ante a redação do art. 273, § 3 do CPC⁴³. Deve-se consignar que essa afirmação foi feita em 2001 quando a redação do art. 273, §3 era a seguinte: “a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588”. Hoje a palavra execução foi substituída por efetivação e foi acrescentada a expressão conforme a sua natureza, o que distancia a efetivação da tutela com a sistemática da execução. Com a nova redação, o dispositivo legal passou a fazer referência também aos arts. 461, §§ 4o e 5o, e 461-A do CPC. Com isso, pode se concluir que a efetivação da tutela, independentemente do direito material envolvido, seguirá o rito que o juiz considerar mais adequado.

As normas contidas no arts. 461, §§ 4o e 5o⁴⁴, e 461-A do CPC, em regra são utilizadas para a efetivação da tutela que tem por objeto uma obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa diferente de dinheiro, mesmo que concedidas com base no abuso de direito de defesa ou em virtude de sua incontroversa. Neste caso, conjugam-se os referidos artigos com o art. 273, II e §6 do CPC.

Como já dito acima, cabe ao magistrado a escolha do melhor meio de efetivação de sua decisão. Na escolha desses meios devem ser priorizados os meios de

⁴³ SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução*. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 65.

⁴⁴ 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. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

§ 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.

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.

substituição, em que o Judiciário toma para si a realização do direito da parte. Com a utilização destes meios, há uma maior rapidez no cumprimento da medida, por não precisar da atuação concreta do devedor. Por outro lado, se preservará meios coercitivos, para os casos em que realmente foi necessária a sua utilização, quando esses deverão ser empregados com o extremo rigor. Neste sentido há enunciado 144 da Súmula do TJRJ.

Nº. 144 "Nas ações que versem sobre cancelamento de protesto, de indevida inscrição em cadastro restritivo de crédito e de outras situações similares de cumprimento de obrigações de fazer fungíveis, a antecipação da tutela específica e a sentença serão efetivadas através de simples expedição de ofício ao órgão responsável pelo arquivamento dos dados."

Seguindo esse norte, os meios indiretos de coerção devem ser aplicados somente quando falharem os meios de substituição ou ante a impossibilidade de sua utilização. Se não for assim, haverá sempre a possibilidade de crítica à concessão de multa em favor do credor e à pressão por sua redução com fundamento na aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

4.3. Análise crítica da multa cominatória e da sua utilização.

A multa cominatória *astreintes* é meio de coerção, em regra utilizada na efetivação da tutela de obrigações da fazer e não fazer. Também pode ser o meio de coerção escolhido para as obrigações de dar coisa ou, até mesmo, valor em dinheiro, na forma do art. 461, §3 e do art. 273, §3 do CPC. No Brasil, é o meio de execução indireta por excelência ante a resistência da utilização da prisão, como no caso do depositário judicial infiel. Atento a tal fato, não se pode deixar de fazer menção a ineficácia desta meio quando o infrator da decisão judicial não possui patrimônio.

Em outro ponto, deve-se lembrar que a tutela antecipada é de natureza mandamental, e, portanto, tem eficácia imediata. Para se eximir de cumprir a medida a parte ré deverá interpor agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo (art. 527, III do

CPC). Como já foi dito, a sentença que concede a tutela específica não é dotada de eficácia imediata em razão do efeito suspensivo da apelação, mas se está a conceder ou confirmar a tutela antecipada não terá diferida a sua eficácia, pois, neste caso, a apelação só será dotada de efeito devolutivo (art. 520, VII do CPC).

Deve-se traçar um paralelo da eficácia da tutela antecipada com a execução da multa, uma vez que essa é o meio de coerção utilizado em execução indireta deve ter o mesmo tratamento deferido aos meios de substituição. Assim como a execução direta utilizada pelos meios de substituição do executado, como a busca em apreensão e a imissão de posse, a multa cominatória pelo descumprimento da ordem judicial, também deve ter a sua execução no curso do processo em que foi cominada, sem aguardar a sentença de mérito. Aplica-se aqui a mesma fundamentação utilizada por Marinoni para legitimar a prisão como meio de coerção. A despeito da prisão manifestou-se o jurista:

Não há dúvida de que o direito perde a sua qualidade se não puder ser efetivamente tutelado. A proibição de fazer justiça de mão própria não tem muito sentido se ao réu for dada a liberdade de descumprir a decisão que concedeu razão ao autor, pois nesse caso ele estará fazendo prevalecer a sua vontade como se o Estado não houvesse assumido o monopólio da jurisdição, cuja atuação efetiva é imprescindível para a existência do próprio ordenamento jurídico.⁴⁵

Para a realização da multa cominada surge um problema que também é evidenciado na efetivação das obrigações de dar um valor em dinheiro. Existe uma resistência grande em se entregar dinheiro em cognição sumária sendo necessário o advento de sentença, uma vez que esta pode ser contrária ao interesse do autor. Ora, para que a tutela seja efetivada deve-se executar a multa cominada em decisão interlocutória, antes da prolação da sentença e independente dessa. No entanto, há entendimento de que a multa só pode ser executada após o advento de sentença de procedência do pedido, confirmando a tutela já concedida⁴⁶.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p215.

⁴⁶EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE MULTA FIXADA EM LIMINAR (ASTREINTE) - NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO.- As astreintes, fixadas como medida de

Para se conferir efetividade à tutela antecipada concedida é necessário que o meio de coerção cominado seja também efetivo. Ao condicionar a execução da multa a uma sentença, e de procedência do pedido, deixa-se a possibilidade ao réu de correr o risco, descumprindo a decisão judicial. O Código de Processo Civil não faz qualquer menção à necessidade de se aguardar a Sentença para possibilitar a execução da multa, como faz a Lei 7347/85, que regula a ação civil pública. Sem adentrar a discussão sobre a legitimidade da norma restritiva, deve-se salientar que tal lei é norma especial. Então, ao haver a necessidade de afirmar expressamente na lei especial a restrição referida, pode-se concluir que para a generalidade dos casos essa restrição inexistente, uma vez que não há norma neste sentido.⁴⁷

Não se pode considerar que a execução da tutela concedida em decisão interlocutória seja uma execução sem título executivo apenas por não está expressamente elencada no rol do art. 475-N do CPC, sustenta-se, neste trabalho, que a decisão interlocutória está incluída na expressão “sentença”, a que se refere o art. 475-N, I do CPC.

Como expõe Fredie Didier, existe uma imprecisão terminológica na utilização dos termos decisão ou sentença. Afirma o Jurista que, em diversos momentos, o CPC refere-se à “sentença” como gênero e designa, por metonímia, qualquer decisão judicial⁴⁸. Note-se que o art. 475-N do CPC pressupõe uma decisão judicial em que seja reconhecida a existência de um dever de prestar. Então, para que seja considerado um título executivo judicial, basta que a decisão interlocutória, ainda que provisoriamente, reconheça a existência de um dever

apoio da antecipação dos efeitos da tutela concedida, têm a exigibilidade suspensa até o trânsito em julgado da sentença proferida ao final da ação. Número do processo: 1.0024.08.969312-1/001(1). Relator: IRMAR FERREIRA CAMPOS. Relator do Acórdão: IRMAR FERREIRA CAMPOS. Data do Julgamento: 12/06/2008. Data da Publicação: 01/07/2008. Tribunal de Justiça de Minas Gerais

⁴⁷Lei 7347/85, Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 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.

48 JUNIOR, Fredie Didier, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA Rafael, Curso de Direito Processual Civil, v. 2, Bahia: Jus Podivm, 2007. pg. 221

de prestar. Isso acontece quando a decisão interlocutória veicula a antecipação da tutela. Salienta-se que a tutela antecipada, proferida em razão de questão incontroversa (art. 273, §3 do CPC), por ser espécie de decisão parcial definitiva, se não for impugnada no momento oportuno, sofrerá os efeitos da coisa julgada e ensejará a execução definitiva. Nos demais casos, a princípio, a execução será provisória. Sendo assim, não há porque condicionar a execução da multa à prolação de sentença de procedência do pedido.

Não há porque diferenciar a implementação da decisão quando utilizada a execução por meios de substituição, podendo haver uma busca e apreensão ou imissão na posse imediata e não obter a mesma efetividade quando a medida de coerção é a multa cominatória. Partindo-se dessas premissas, a multa cominatória poderia ser executada antes da Sentença de mérito. É óbvio, se o objetivo é coagir o réu a pagar, postergar o pagamento desses valores esvaziaria sua utilidade prática. No entanto, pela natureza de execução provisória, havendo a improcedência do pedido, a parte autora deverá restituir a multa ao vencedor. Isso ocorre pela incidência do art. 475-O, I e II do CPC que determina a restituição das partes ao estado anterior, ressarcindo os prejuízos causados ao executado. No entanto, defende-se nessa pesquisa que a execução é definitiva e independe do resultado prático do processo.

Outra análise deve ser feita em relação ao valor da multa cominatória e a sua periodicidade. A norma legal possibilita ao Juiz a modificação do valor da multa ou sua periodicidade o que tem levado ao entendimento jurisprudencial de que se pode diminuir o montante que ela já atingiu pelo descumprimento da decisão⁴⁹. Isso ocorre pela demora na execução da multa, quando se tem a impressão de que se tornou excessiva diante do valor da

⁴⁹ 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. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)
§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

obrigação descumprida, esquecendo-se que o parâmetro a ser utilizado deve ser o reiterado descumprimento da ordem, a contumácia do devedor, a desobediência da parte. Ainda, deve-se consignar que quando insuficiente a multa não há jurisprudência que aumente o seu montante, sob o fundamento de ferir o contraditório e ampla defesa. Nesse caso, só modificam o seu valor e a sua periodicidade, *ex nunc*. Vislumbra-se no caso que a norma não é aplicada de forma isonômica para o autor e para o réu, pois só se utiliza neste sentido para beneficiar esse último.

5. A VISÃO DA MULTA COMO UMA FORMA DE CONTEMPT OF COURT.

O ataque à corte, ou pela sua expressão original, *contempt of court*, oriundo dos países da *common law*, pode ser definido pelo desrespeito às ordens judiciais, perfazendo um sistema de coagir a cooperação das partes para efetivar a decisão judicial, cominando penalidades aos que não se conformarem e cumprirem o que ficou determinado.

Existem dois tipos de *contempt of court*. O *civil contempt* é uma ofensa à corte que também atinge a parte contrária. Consiste num comportamento ou omissão contrários à determinação do tribunal que beneficiaria uma das partes de modo a frustrar o direito alheio. Ofende-se a decisão judicial, tornando-a ineficaz, e atinge o direito da parte que pode requerer a aplicação de uma sanção. Tal sanção também pode ser cominada de ofício pelo Juiz. O *criminal contempt* visa, exclusivamente, à autoridade do juiz, a ensejar o descrédito ao Judiciário, sendo possível de ocorrer em processos civis ou penais, como por exemplo, a publicação de uma matéria jornalística ofensiva sobre o caso.

Ada Pellegrini Grinover assim os diferencia:

O criminal destina-se a punição pela conduta atentatória praticada. O civil destina-se ao cumprimento da decisão judicial, usando para tanto meios coercitivos⁵⁰.

Como conseqüência existem dois tipos de sanção, *contempt power*. A multa e a prisão civil. A multa pode ser condicional, utilizada como meio de coerção ao cumprimento da ordem. Também pode ser definitiva e neste caso é apenas repressiva, punitiva.

No Brasil, consideram que o art. 14 do CPC⁵¹ é a normatização do *contempt of court*, e que a multa cominatória não possui tal natureza⁵², por considerá-la apenas coercitiva.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, Abuso do Processo e Resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*. Revista de Processo 102. Ano 26. Abril –junho de 2001. Revista RT.

⁵¹ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

No entanto, o civil *contempt of court* também tem esta característica, isso é, busca a dar efetividade as decisões judiciais evitando a procrastinação do processo.

Ao *contempt* civil o juiz reage para obter o cumprimento de uma prestação do *contemptor*, ou seja, daquele que cumpre conduta desrespeitosa.⁵³

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

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

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

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

⁵² EMENTA PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA CERTA. MEDICAMENTOS. ASTREINTES. FAZENDA PÚBLICA. MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA. CABIMENTO. NATUREZA. PROVEITO EM FAVOR DO CREDOR. VALOR DA MULTA PODE ULTRAPASSAR O VALOR DA PRESTAÇÃO. NÃO PODE INVIABILIZAR A PRESTAÇÃO PRINCIPAL. NÃO HÁ LIMITAÇÃO DE PERCENTUAL FIXADO PELO LEGISLADOR.

1. A obrigação de fazer permite ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, ainda que seja a Fazenda Pública, consoante entendimento consolidado neste Tribunal. Precedentes: AgRg no REsp 796255/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, 13.11.2006; REsp 831784/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 16.10.2006; REsp 851760/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, 11.09.2006.

2. A multa processual prevista no caput do artigo 14 do CPC difere da multa cominatória prevista no artigo 461, parágrafo quarto e 5º, vez que a primeira tem natureza punitiva, enquanto a segunda tem natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial.

3. Os valores da multa cominatória não revertem para a Fazenda Pública, mas para o credor, que faz jus independente do recebimento das perdas e danos. Consequentemente, não se configura o instituto civil da confusão previsto no artigo 381 do Código Civil, vez que não se confundem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor.

4. O legislador não estipulou percentuais ou patamares que vinculasse o juiz na fixação da multa diária cominatória. Ao revés, o parágrafo sexto, do artigo 461, autoriza o julgador a elevar ou diminuir o valor da multa diária, em razão da peculiaridade do caso concreto, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva, sempre com o objetivo de compelir o devedor a realizar a prestação devida.

5. O valor da multa cominatória pode ultrapassar o valor da obrigação a ser prestada, porque a sua natureza não é compensatória, porquanto visa persuadir o devedor a realizar a prestação devida.

6. Advirta-se, que a coerção exercida pela multa é tanto maior se não houver compromisso quantitativo com a obrigação principal, obtemperando-se os rigores com a percepção lógica de que o meio executivo deve conduzir ao cumprimento da obrigação e não inviabilizar pela bancarrota patrimonial do devedor.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. (RECURSO ESPECIAL Nº 770.753 - RS (2005/0126059-3) RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

⁵³ GUERRA, Marcelo CONTEMPT OF COURT: EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO FEDERAL E MEIOS DECOERÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PRISÃO POR DÍVIDA – TRADIÇÃO NO SISTEMA ANGLLO-SAXÃO E APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadermos/vol23/artigo15.pdf>. Acessado em 12/09/2009.

Ao analisar o art. 14 do CPC, verifica-se que a sanção é de multa não superior a 20% do valor da causa. Hoje em dia, fora os casos definidos em lei, o valor da causa é arbitrado pelo autor, e quase sempre em valor ínfimo. Neste caso, tal multa terá valor irrisório e não se modificará com o tempo levado pelo infrator para cumprir a ordem judicial. Por ser definitiva, não cumprirá a função coercitiva, apenas terá eficácia pela função punitiva, caracterizadora do *criminal contempt*.

Portanto, há dois regimes: o coercitivo e o punitivo. O que os distingue é, precisamente, o propósito. Quando, na verdade, para se reagir a uma atitude desrespeitosa, busca-se o cumprimento de uma decisão, ocorre o *contempt* civil, e a medida caracteriza-se como coercitiva, com todas as conseqüências daí decorrentes, sendo a mais importante a impossibilidade de aplicação quando não for mais praticamente possível o cumprimento, devendo cessar sua aplicação quando cumprida a sentença; daí se dizer, por exemplo, quando a sanção utilizada seja a prisão civil ou a prisão, no caso de *contempt* civil, que se conhece a fórmula: o ofensor vai à cadeia com a chave no bolso, sai na hora que quer, basta apenas cumpri-la; ao passo que, se o propósito da reação for o de punir, a prisão é estipulada com o prazo certo, e ele continuará preso enquanto não esgotado o prazo⁵⁴.

O autor continua a afirmar que hoje para a prisão, mesmo que coercitiva há um prazo máximo em razão da humanização do direito. Segue a enfatizar que existem duas grandes medidas coercitivas, dentre outras⁵⁵, no direito anglo-americano: a prisão e a multa diária. Verifica-se que o *civil contempt of court* mais se parece com a aplicação da multa cominatória que é periódica e sem limitação, do que com a aplicação do art. 14 do CPC, em que a multa é simplesmente fixada em quantia inferior a 20% do valor da causa.

Chega-se a análise final, em que se defende uma tese pouco ventilada na doutrina e na jurisprudência, mas que se considera ser a melhor maneira de se encarar a

⁵⁴ GUERRA, Marcelo CONTEMPT OF COURT: EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO FEDERAL E MEIOS DE COERÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PRISÃO POR DÍVIDA – TRADIÇÃO NO SISTEMA ANGLO-SAXÃO E APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf>. Acessado em 12/09/2009.

⁵⁵ No texto, acima, também é citado o seqüestro total de bens, o que seria quase uma prisão e o impedimento de realizar sua atividade, enquanto não cumprido o contrato firmado.

questão⁵⁶. Deve-se então focalizar a multa cominatória como uma espécie de penalidade pelo ataque à corte, isso é, *contempt of court*. Com este entendimento, sua exigibilidade independe da procedência do pedido do autor. Segundo Luiz Manoel Gomes Junior:

Ainda que improcedente o pedido inicial, deve o réu obrigado efetuar o pagamento da multa fixada em favor do autor, pois o fundamento de sua aplicação é a desobediência a uma decisão judicial, sendo formado um título autônomo sem correlação com o que for decidido na sentença⁵⁷.

Considerando que a multa processual possui natureza de sanção pelo descumprimento infundado da decisão judicial, a sua cobrança independe da procedência do pedido e não há porque considerar a sua execução como provisória. A sua fixação se deve ao desrespeito à corte, o que é um ato ilícito, cabendo sanções civis e penais. No caso a multa é vista como a sanção penal pelo ato ilícito de não cumprir uma decisão judicial, portanto, a sua execução é definitiva e independe do real direito da parte.

Na verdade, a explicação está na aplicação da teoria das várias técnicas de cognição e do ônus pela duração do processo minuciosamente delineada por Luiz Guilherme Marinoni como já citado acima. Cabe ao Judiciário a presidir o procedimento e através das técnicas de cognição repartir o ônus pela duração do processo. As partes cabem apenas impugnar a decisão se considerá-la equivocada e, cumprir o que ficar determinado, pois antes de tudo, devem respeito a Corte.

Deve-se ressaltar que não há qualquer norma legal que traz a sentença de improcedência do pedido como condição resolutiva para aplicação da multa. No entanto, como já dito acima, tal possibilidade pode ser suficiente para que à parte ré se arrisque e não cumpra a decisão, mesmo porque, se realmente tiver que pagar haverá a possibilidade de se diminuir o valor da multa que obviamente estará elevada. Para o réu que considerar indevida a

⁵⁶ No artigo “Astreintes e contempt of court – eficácia e efetividade (estudo de um caso) publicado pela Revista Forense, Vol. 375 (outubro de 2004) Fernando Sá em estudo de um caso considera que a negativa após a afirmativa do direito traz insegurança e descrédito no Poder Judiciário. Afirma, então, que para dar efetividade contingente da multa cominatória contida na decisão judicial, esta poderá ter efeitos de *contempt of court*, ao invés de *astreinte*, no caso estudado.

⁵⁷ SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução*. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 565

imposição da multa cabe utilizar-se dos meios de impugnação da decisão judicial, mas nunca desobedecer a ordem.

Não se deve ignorar que se o que se objetiva é uma maior efetividade do processo, inviável aderir ao entendimento de que uma decisão deve ou não ser cumprida segundo o arbítrio do obrigado. Se este optou por desrespeitar a decisão judicial, deve arcar com as conseqüências de seus atos, ainda que no futuro o pedido contra ele formulado seja tido como improcedente”⁵⁸.

Outra questão está relacionada ao destinatário da multa. Em se tratando de *contempt of court* existem dois tipos de multa. A multa moratória pela qual se busca a diminuição dos prejuízos da demora e a cominatória que tem a finalidade de coagir a parte a cumprir a obrigação imposta. Sendo assim, quando a multa é moratória é devida a parte, no entanto, se cominatória deverá ser revertida ao Tribunal, pelo desacato a corte.

Como já foi dito, a multa do art.461, §4 do CPC foi inspirada nas *astreints* do direito francês que também tem como objetivo compelir a parte ao cumprimento da ordem. Tanto é assim, que pode ser imposta de ofício pelo Juízo. Verifica-se, então, que a multa cominatória não busca diminuir qualquer prejuízo pela demora no cumprimento da decisão, o que será integralmente indenizada pela via própria. Por seu caráter coercitivo e inibitório busca apenas o cumprimento da decisão judicial, seja qual for o seu conteúdo. Como no ordenamento jurídico brasileiro não há qualquer norma que determine a destinação da multa, uma interpretação sistemática, de modo a evitar um enriquecimento sem causa, demonstra que sua imposição foi devido ao desacato a corte e, portanto, é ao Tribunal que deverá ser destinada. Traçando um paralelo às ordens da administração pública, quando não cumpridas, são devidas ao erário, em razão do descumprimento.

Nada obsta, porém, que a multa, no caso concreto, seja utilizada pela parte interessada em benefício da tutela concedida. Por exemplo, uma decisão que impõe ao plano de saúde que custeie determinado tratamento e, a execução da multa, poderá o Juízo

⁵⁸ SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução*. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 565

disponibilizar o numerário para que se realize o tratamento, contudo, com a devida prestação de contas, por se tratar afinal de dinheiro público. Como fundamento para tal conduta, pode-se utilizar o art. 461, §5 do CPC que possibilita ao Juízo, utilizar-se das medidas necessárias para a efetivação da decisão judicial.

Por último deve-se consignar que esse entendimento também impede que a parte beneficiária da multa verifique nela algo mais precioso do que o cumprimento da obrigação e, assim, não contribua para minorar os seus prejuízo, dever de todo o credor. Não sendo a multa destinada a ele, obviamente buscará o efetivo cumprimento da tutela específica.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada partiu da análise constitucional do instituto que levou a demonstração que a concessão da tutela antecipatória não viola o princípio da segurança jurídica e ao devido processo legal. Por outro lado, atende ao princípio de acesso à justiça e da igualdade material de modo a tornar eficaz a decisão judicial. Isso ocorre em razão das técnicas de cognição utilizadas pelo Juízo para determinar a quem caberá o ônus pela duração do processo, ante a demonstração da verossimilhança e do maior ou menor prejuízo para uma das partes.

Na verdade, as medidas que trazem eficácia aos provimentos judiciais, reforçam o respeito e a confiança nos órgãos judiciais e as instituições estatais, evitando a justiça pelas próprias mãos. A maior eficiência do Poder Judiciário aumenta a segurança das relações sociais e intensifica a confiança nas instituições.

Ao analisar as técnicas de cognição se conclui que, na verdade, não há diferenças ontológicas entre as decisões interlocutórias e as sentenças, quando aquelas são utilizadas para analisar questões de fundo. Verifica-se, também, que tanto a decisão interlocutória, como a sentença, são decisões provisórias, uma vez que são passíveis de modificação posterior. A decisão só se torna definitiva com a preclusão ou com o seu trânsito em julgado. Deve-se lembrar que, as decisões interlocutórias quando utilizadas para antecipar uma decisão de mérito, em razão de pedido incontroverso, torna-se definitiva, mesmo antes do advento da sentença, por se tratar de tutela de evidência.

No estudo das tutelas de urgência, diferencia-se a tutela antecipada da tutela cautelar e demonstra-se a necessidade de sumarização do processo, para a garantia da

eficiência da Jurisdição. Percebe-se, então, que ao direito, antes de reprimir, cabe prevenir. A prevenção ocorre através da tutela inibitória, ao inibir a infração ao direito juridicamente protegido, e não apenas determinar a reparação, quando efetivado o dano. Cultiva-se também o entendimento de que a tutela específica deve preferir a tutela genérica para que a satisfação do credor seja integralmente realizada.

Analisa-se as mudanças realizadas no Código de Processo Civil que buscam garantir a tutela específica, tendo a tutela antecipada generalizada como um instrumento importante para tal realização. Deste modo, apesar da norma legal se remeter à execução provisória, na verdade a tutela antecipada não é executada, mas efetivada. Percebe-se que a existência diversas espécies de tutela, demanda diferentes formas de efetivação. Por isso, existem vários meios para garantir o cumprimento da determinação judicial e a sua escolha é casuística para que seja utilizado o que melhor se adequou ao caso concreto.

Os meios de efetivação da tutela se subdividem em coercitivos e substitutivos da vontade da parte. São inúmeros meios exemplificados no art. 461, §6 do CPC. O ponto nodal do trabalho foi a esmiuçar o meio coercitivo de maior incidência e utilização, qual seja, a multa cominatória.

Conclui-se então que a multa cominatória tem por objetivo coagir ao cumprimento da decisão judicial e, para tanto, deve realmente possuir poder de coerção. Assim, sua execução independe do advento de sentença confirmando a tutela, sob pena de se tornar inócua. Pode ser executada no processo em que foi cominada e mesmo assim, continuará incidindo até que a decisão seja cumprida. Também ficou demonstrado que o advento de sentença de improcedência não pode ter influência na execução da penalidade sob pena de fomentar a assunção do risco e aniquilar o poder de coerção. Isso ocorre porque multa não possui qualquer ligação com o direito da parte, mas com a efetivação da decisão judicial.

Considera-se que possui a natureza de *contempt power* pois busca dissuadir a parte de desacatar o juízo.

Por ultimo, entende-se que a desobediência constitui ato ilícito dirigido ao Juízo e em consequência a multa deve-se reverter ao Judiciário e não a parte.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ed. rev.ampliada e atualizada com a reforma processual de 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito*. Disponível em <www.jusnavegandi.com.br> acessado dia 17 de março de 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTELHO, Afonso Henrique Castrioto. *A Sumarização Razoável do Processo*. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, V. 10 n° 37, p. 41-53, 2007.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V 1. Bahia: Podivm. 2007.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V. 2. Editora Podivm. 2007

¹GUERRA, Marcelo. *Contempt Of Court: Efetividade da Jurisdição Federal e Meios de coerção No Código de Processo Civil e Prisão por Dívida – Tradição no Sistema Anglo-Saxão e Aplicabilidade. No Direito Brasileiro*. <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf>. Acessado em 12/09/2009

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2000.

SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução*. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JR, Humberto. *Curso De Direito Processual Civil. Processo De Execução E Cumprimento da Sentença. Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. V. II .40 ed. Rio de janeiro: forense 2007.

Projeto de lei encontrado no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=16&t=QW50ZXByb2pldG9zIGRvIElCRFAgLSBBbnRlcHJvamV0b3M=>. Acesso em: 17 de agosto de 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; Medina, Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*.