

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS

Renata Nunes da Silva Souza Lima

A SATISFAÇÃO DOS DIREITOS PELA TUTELA ESPECÍFICA:
EFETIVIDADE DO PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Três Rios
2017

RENATA NUNES DA SILVA SOUZA LIMA

A SATISFAÇÃO DOS DIREITOS PELA TUTELA ESPECÍFICA:
EFETIVIDADE DO PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito,
em curso de graduação oferecido pela
Universidade Federal Rural do Estado do Rio de
Janeiro, campus Instituto Três Rios.

Orientador

PROF. DR. ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR

Três Rios

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UFRRJ/BIBLIOTECA

A satisfação dos direitos pela tutela específica: efetividade do
processo como instrumento de acesso à justiça

Lima, Renata Nunes da Silva Souza
/ Renata Nunes da Silva Souza Lima – 2017.
71f.

Orientador: Antônio Pereira Gaio Júnior

1. Direito Processual Civil – Monografia.
2. Efetividade do processo – Monografia. 3. Tutela específica.
Monografia (graduação). Universidade Federal Rural do Rio de
Janeiro
Faculdade de Direito

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese,
desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Renata Nunes da Silva Souza Lima

A satisfação dos direitos pela tutela específica: efetividade do processo como instrumento de
acesso à justiça

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito,
em curso de graduação oferecido pela
Universidade Federal Rural do Estado do Rio de
Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora:

Antônio Pereira Gaio Júnior. Pós-Doutor em Direito, Professor Adjunto da UFRRJ

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza. Doutora em Direito, Professora da UFRRJ

Thaís Miranda de Oliveira. Mestra em Direito, Professora da UFRRJ

Dedico este trabalho a Deus, pela vida – seja a honra.

A meus pais, pelo amor incondicional.

À minha irmã Margareth, pelo apoio e encorajamento, minha saudade e admiração.

A meu esposo e filhas, pelo tempo que lhes soneguei e pela paciência que me foi concedida por retributo.

Minha gratidão ao estimado Professor Antônio Pereira Gaio Júnior, que, com sua generosidade e firme saber, conduziu-me serenamente por estes meandros.

Pedi, e dar-se-vos-á; buscai, e achareis; batei, e abrir-se-vos-á.

Pois todo o que pede recebe; o que busca encontra; e a quem bate, abrir-se-lhe-á.

Ou qual dentre vós é o homem que, se porventura o filho lhe pedir pão, lhe dará pedra?

Ou se pedir um peixe, lhe dará uma cobra?

Ora, se vós, que sois maus, sabeis dar boas dádivas aos vossos filhos, quanto mais vosso Pai, que está nos céus, dará boas coisas aos que lhe pedirem?

Tudo quanto, pois, quereis que os homens vos façam, assim fazei-o vós também a eles; porque esta é a Lei e os Profetas.

Evangelho segundo Mateus, 7.7-12

RESUMO

LIMA, Renata Nunes da Silva Souza. *A satisfação dos direitos pela tutela específica: efetividade do processo como instrumento de acesso à justiça*. 2017. 71f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2017.

A presente pesquisa, no campo do Direito Processual Civil, tem como escopo verificar a contribuição do instituto da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de entregar na efetividade do processo, sendo este capaz de proporcionar acesso à justiça. Para atingir tal objetivo, estuda-se que o processo deve ser visto como adequado instrumento de satisfação jurisdicional e são analisadas questões concernentes ao acesso à justiça e o que isto significa, diferenciando-se o acesso ao Poder Judiciário do acesso à ordem jurídica justa. Ainda, examina e compara as vias satisfativas estabelecidas pelos Códigos de Processo Civil, Leis nº 5.869 de 1973 e nº 13.105 de 2015, na fase de cumprimento de sentença e no processo de execução. Finalmente, aborda as possibilidades e limitações de efetividade da tutela específica das obrigações, para a satisfação dos direitos, destacando-se a utilização das medidas indiretas de execução para a obtenção da tutela pretendida.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; tutela específica; acesso à justiça; satisfação jurisdicional.

ABSTRACT

The following research, in the field of the Civil Procedure, intends to reach the contribution that specific performance in obligations provides to the process effectiveness, thus being able to promote access to justice. In order to achieve that, the process must be seen as proper instrument to achieve judicial satisfaction and the analysis of related issues to justice access' and it's meaning must be studied, along with the difference between access to the Judicial Power and access to the just legal order. Also, it's necessary to examine and compare the satisfacional ways provided by the Civil Procedure Code, Laws nº 5.869, 1973, and nº 13.105, 2015, when it comes to the stage of fulfilling the sentence as well as in it's execution. At last, the present study approaches possibilities and limitations of the specific performance effectiveness in satisfying rights, highlighting the usage of indirect measures in execution for the purpose of obtaining the intended performance.

Keywords: Civil Procedure; specific tutelage; access to justice; judicial satisfaction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgR – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

amp. – ampliada

AO – Ação Originária

AR – Ação Recisória

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

AREsp – Agravo no Recurso Especial

Art. – artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

ED – Embargos de Declaração

ed. – edição

et al. – e outros

HC – Habeas Corpus

Ibidem – na mesma obra

Idem – mesmo autor

j. – julgamento

min. – Ministro

op. cit. – *opus citatum*, *opere citato* – obra citada

P – Plenário

p. – página

Passim – aqui e ali, em diversas passagens

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

rev. – revista

RT – Revista dos Tribunais

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência do STF

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. – Turma

TJ – Tribunal de Justiça

v. – volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
 CAPÍTULO 1 – DIREITO E PROCESSO NO PLANO DA SATISFAÇÃO JURISDICIONAL	 14
1.1 – O devido processo legal	15
1.2 – Processo como instrumento.....	17
1.2.1 – Processo e desenvolvimento	19
1.2.2 – Satisfação jurisdicional	21
 CAPÍTULO 2 – ACESSO À JUSTIÇA	 24
2.1 – Acesso ao Poder Judiciário.....	24
2.1.1 – Direito de acesso ao procedimento adequado	29
2.2 – Acesso à ordem jurídica justa	30
 CAPÍTULO 3 – O CPC E AS VIAS SATISFATIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS	 35
3.1 – Princípios da execução	35
3.1.1 – Princípio da autonomia	36
3.1.2 – Princípio do título	36
3.1.3 – Princípio da responsabilidade patrimonial	36
3.1.4 – Princípio do resultado	37
3.1.5 – Princípio da disponibilidade	37
3.1.6 – Princípio da adequação	37
3.2 – Processo de execução	38
3.3 – Cumprimento de sentença	41
3.4 – Diferença entre as vias satisfativas encontradas no CPC/1973 e no CPC/2015	42
 CAPÍTULO 4 – TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES	 45
4.1 – Modalidades de obrigações	45
4.1.1 – Obrigação de fazer e não fazer	46
4.1.2 – Obrigação de entregar coisa certa e incerta	46

4.1.3 – Obrigação de pagar quantia certa	47
4.2 – A tutela específica das obrigações	48
4.2.1 – Julgamento das ações relativas às obrigações de fazer	49
4.2.2 – Tutela inibitória	50
4.2.3 – Tutela específica da obrigação de declarar vontade	52
4.2.4 – Julgamento das ações relativas às obrigações de entregar coisa	53
4.3 – Cumprimento de sentença de obrigação de fazer, não fazer ou entregar	54
4.4 – A tutela específica no processo de execução	61
4.5 – Defesa do executado	61
4.6 – A tutela ressarcitória na forma específica	63
 CONCLUSÃO.....	 67
 REFERÊNCIAS.....	 69

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda o tema da satisfação dos direitos pela tutela específica, a partir do enfoque do processo como instrumento de acesso à justiça. Tendo em vista que a jurisdição é monopólio do Estado, o processo deve ser a melhor forma de conduzir o jurisdicionado à solução de sua demanda, ao mesmo tempo levando ao desenvolvimento da sociedade. Resta então perquirir qual seria o procedimento mais adequado para encaminhar o jurisdicionado à tutela do bem da vida, àquela específica, que não se pode arbitrariamente transformar em perdas e danos.

Seria a tutela específica, nos moldes preconizados no novo Código de Processo Civil, capaz de promover a efetividade do processo, através da prestação adequada do Poder Judiciário? A partir do momento em que o cidadão requer o adimplemento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar, que possibilidade ele tem de receber exatamente o que busca ao intentar uma ação judicial?

Estas questões motivaram a realização desta pesquisa, fazendo emergir as seguintes hipóteses: o direito substantivo ou material e o direito processual devem ser vistos sob o binômio direito-processo, a fim de que seja o instrumento mais adequado à jurisdição. Desta forma, se mostraria hábil a conduzir o demandante ao acesso à justiça, inclusive mediante o procedimento adequado.

Também é necessário verificar de que forma os mecanismos previstos no texto do Código de Processo Civil, tanto na Lei nº 5.869 de 1973, quanto na Lei nº 13.105, de 2015, são aptos a satisfazer ao credor, tanto na fase de cumprimento de sentença quanto em sede de processo autônomo de execução. Ademais, deve-se salientar a existência do instrumento da tutela específica e sua utilização na vigência de ambas as normas processuais civis.

Com a promulgação do novo CPC, é importante avaliar o uso e as transformações que o texto legal trouxe em relação à tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar.

Assim sendo, diante das novidades trazidas pelo novo CPC, deve-se perceber como vem se dando a aplicação das medidas indiretas, capazes de convencer o devedor ao adimplemento material da obrigação. Justifica-se, portanto, o tema pesquisado, em face da necessidade de seu aprofundamento, fazendo com que as possibilidades advindas do texto legal sejam utilizadas de maneira a ampliar a efetividade da execução, sem, no entanto, esvaziar os direitos do devedor.

A tutela específica mostra ser de grande aplicabilidade, quando manejada com conhecimento, trazendo resultados àqueles que requerem o bem em si, para que seu direito seja preservado ou reestabelecido.

Este trabalho tem por base, precipuamente, pesquisa bibliográfica, realizada de maneira ampla, tanto de autores estrangeiros quanto nacionais, abrangendo desde a fundamentação ideológica e doutrinária, até os novos procedimentos adotados face à promulgação do Novo CPC. Também foi realizada consulta nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal, bem como de outros órgãos do Poder Judiciário.

CAPÍTULO 1 – DIREITO E PROCESSO NO PLANO DA SATISFAÇÃO JURISDICIONAL

O objeto desta pesquisa consiste em apresentar o instituto da tutela específica como instrumento significativo na consecução de um processo efetivo. Para tal tarefa, no entanto, deve-se iniciar tecendo considerações acerca do direito e do processo, e de como estes se relacionam no plano da satisfação jurisdicional.

O direito substantivo positivado pelo legislador visa estabelecer normas capazes de assegurar a paz social. Prevê condutas, direitos e obrigações, a fim de orientar a realização de atos juridicamente relevantes. É um código de atitudes, um repertório de atuações e suas consequências.

O direito é apontado como o mais eficiente meio de exercer controle social. Consiste em uma reunião de modelos válidos, para dada sociedade, em dado tempo, a fim de superar situações de conflito e insatisfações, levando em conta os valores e ideais da sociedade. É necessário compreendê-lo como uma construção histórica, cultural e não como algo inerente ao homem ou ainda imutável ao passar do tempo.

De acordo com Calmon de Passos, o poder político idealiza um modelo adequado de funcionamento da sociedade, de paz social, onde o direito ocupa lugar de destaque em sua construção. Conforme ensina,

O instrumento de que se vale o poder político para assegurar a efetividade do modelo adequado é o direito. O direito não é, portanto, um fenômeno natural, algo posto à disposição do homem pela natureza e sujeito a leis necessitantes. Ele se situa no mundo da cultura, é uma criação do homem, uma das muitas formas pelas quais tenta compreender o existente para sobre ele interagir, conformando-se e direcionando-o no sentido do atendimento de suas necessidades e realização de suas expectativas. Não prescinde ele, portanto, do homem. Nem para sua formulação nem para sua efetivação. É o meio de que se vale o poder político para formular e realizar o direito e o processo em suas várias manifestações. O direito só se realiza mediante o consenso dos interessados (processo negocial) ou por via da submissão voluntária ou Autoritativa de um deles, desdobrando-se a submissão Autoritativa na realização administrativa ou jurisdicional do direito, que envolvem, respectivamente, o processo administrativo e o processo jurisdicional de produção de normas jurídicas.¹

Não se trata somente de normas estatuídas pelo Código Civil ou Penal, mas de todo o sistema normativo, espelhando o projeto de sociedade intencionado pelo legislador.

Ocorre, no entanto, que dia após dia, há direitos não exercidos por força de terceiros, ou negócios jurídicos inadimplidos, levando ao Poder Judiciário inúmeras demandas em

¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 86.

busca de Justiça. Uma vez que essas insatisfações chegam até o Poder Judiciário, precisam seguir uma série de procedimentos para que a demanda seja recebida e se desenrole até seu desfecho. Esse percurso é orientado pelo direito processual. É ele que determina o caminho mais adequado ao reestabelecimento – ou estabelecimento – da paz social.

Outrossim, cabe ressaltar que o processo não é tão somente uma sequência de atos procedimentais. Gaio Júnior tece considerações acerca da natureza do processo, em sua obra “Instituições de Direito Processual Civil”, sob seus aspectos jurídico-político e técnico-científico. Quanto ao primeiro aspecto, relacionado às funções do Estado, o processo pode ser entendido como “o método pelo qual se opera a Jurisdição, com vistas à composição de situações incertas e conflituosas, sendo, portanto, instrumento de realização da justiça”². Em relação ao segundo sentido, que é aproximado de sua natureza jurídica, o Autor conceitua processo como sendo “a síntese (somatório) dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento), juntamente com as relações jurídicas entre os seus sujeitos (relação jurídica procedimental).”³

Estes aspectos do conceito de processo estão interligados às próprias bases do processo, a saber, o devido processo legal, o acesso à justiça e a instrumentalidade. Estes três elementos fundantes do direito processual serão estudados abaixo. O acesso à justiça será objeto do segundo capítulo, enquanto o devido processo legal e a instrumentalidade do processo serão vistos abaixo. Os três, entretanto, são igualmente imprescindíveis à efetividade do processo.

1.1 - O devido processo legal

Inicialmente, em se tratando do devido processo legal, é interessante perceber como esta expressão se vincula ao entendimento de que é necessário haver o devido processo constitucional, ou seja, que sejam respeitadas e promovidas garantias e direitos constitucionais, a fim de promover a justiça.

Espera-se que o processo regularmente operante cumpra determinados requisitos, que visam a proteger o jurisdicionado. Nesta esteira, Gaio Júnior esclarece o que seria o devido processo legal:

² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 85.

³ *Ibidem*, p. 86.

Pressupõe-se que tal princípio repouse em um procedimento regular, previamente estabelecido, com atos sem vícios insanáveis ou insuperáveis, contraditório com real igualdade de armas e tratamento, juiz natural, investido na forma da lei, coerente, competente e imparcial, sendo de advertir-se que nele não se pode falar quando meramente formal ou em relação àquele que, pela sua demora, permite o sacrifício do direito do autor, considerando que o processo deve ser visto como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela.⁴

Depreende-se, portanto, que o devido processo legal – ou processo constitucional – não é só um único princípio, mas abriga uma multiplicidade de princípios a serem observados para a garantia da ordem constitucional e do estado de direito.

Na obra “Teoria Geral do Processo”, de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, têm-se como princípios gerais do direito processual os seguintes: imparcialidade do juiz, igualdade, contraditório e ampla defesa, ação, disponibilidade e indisponibilidade, dispositivo e da livre investigação das provas (verdade formal e verdade real), impulso oficial, oralidade, persuasão racional do juiz, exigência de motivação das decisões judiciais, publicidade, lealdade processual, economia e instrumentalidade das formas, duplo grau de jurisdição⁵.

Percebe-se que, para além de simples princípios do direito processual, cada um deles ocupa seu lugar para a existência do devido processo legal. É através do respeito a esses fundamentos que ele se realiza. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco,

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

A Constituição estatui o direito ao procedimento adequado, tanto no que diz respeito ao direito substantivo atingido, o caso em concreto, quanto à jurisdição exercida adequadamente. Diz assim o artigo 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Importante garantia tem longa tradição histórica no direito anglo-saxão, que alcança ao século XII, na fórmula “*due process of law*”. Em nosso País, ter tal garantia gravada no texto

⁴ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 32.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. *passim*.

da Carta Maior, é um constante lembrete do valor de se ter um Estado democrático de direito, privilégio recente, estabelecido no final do século XX.

Portanto, como se pode perceber, a partir do devido processo legal, garantia que condensa os vários princípios referidos, vê-se claramente a existência da tutela jurisdicional estatal no estabelecimento de marcos formais a regular o processo.

1.2 – Processo como instrumento

Dizer apenas que o direito processual deve desempenhar sua função instrumental, como salienta Dinamarco⁶, não é senão uma expressão vaga. Há de se tratar de seu objeto, dos fins a que se destina. Por isso, em sua obra “A instrumentalidade do processo”, ele se empenha em demonstrar os vários escopos da jurisdição, para uma tomada de consciência teleológica – tanto da jurisdição quanto do sistema processual. Impende afirmar que é o sistema processual, como um todo, que se coloca como instrumento da jurisdição.

Cândido Rangel aduz que a jurisdição não pode deixar de ser vista como uma expressão política do poder do Estado. Antes, o estudioso deve perceber que há uma intenção do ordenamento para o estabelecimento de regras de convivência e manutenção da paz social, da mesma maneira que o sistema processual, que também é político, opera indissociavelmente das esferas social e jurídica, na promoção do bem comum, da justiça, na criação de um clima de liberdade e igualdade capaz de proporcionar o desenvolvimento da personalidade humana de forma integral.

Afirma que o processualista quer “que o processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídico-substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política.”⁷ Dessa forma, a melhor síntese para o escopo de jurisdição no plano social é a obtenção da justiça.

Com efeito, a eliminação de conflitos através da utilização de critérios justos é o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado. Quando o processo termina, causa alívio ao litigante, promovendo a pacificação social, eliminando o ânimo generalizado de insatisfação.

Ainda conforme Dinamarco, não se deve ignorar a relevância social e política do processo, pois isso causa imobilismo ao sistema processual. O processo não deve somente

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 177.

⁷ *Ibidem*, p.186.

servir a interesses particulares, como também não deve se restringir ao âmbito puro e simples da satisfação do direito substancial: deve ser ferramenta apropriada para assegurar direitos e a execução das leis, um instrumento de segurança constitucional.⁸

Tome-se por exemplo o aspecto educacional, no âmbito social, onde se percebe que pode haver maior confiança no estabelecimento de paz social quando os jurisdicionados creem que vale a pena buscar a composição de seus conflitos, pois há decisões justas e segurança jurídica. Isto transforma a realidade, diminuindo grandemente pontos de atrito e de potenciais manifestações de violência ou tentativas de autocomposição.

Em relação aos escopos políticos da jurisdição, cabe ressaltar que possuem, fundamentalmente, três aspectos: o poder, a liberdade e a participação. De acordo com Dinamarco, “*Poder (Autoridade) e liberdade* são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; *participação* é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político.”⁹ Consiste, portanto, nos objetivos da função jurisdicional, a efetividade desses aspectos, com a subsequente manutenção da democracia.

O escopo jurídico do processo, para Dinamarco é o de atuar a vontade concreta da lei e, mesmo que imediatamente a jurisdição, por si só, não cause efeitos no plano da existência, todo o sistema processual atua a fim de causá-los.¹⁰ Destaca-se que o escopo jurídico é o mais técnico, mas nem por isso, deve ser estudado desvinculado dos aspectos sociais e políticos da vida concreta. Na verdade, o domínio da técnica deve ser posta a serviço de todos os escopos e, de tal modo, que pense soluções novas para velhos problemas.

Por ora, é preciso salientar que é o direito processual aquele instrumento hábil – embora longe da perfeição – a conduzir àquele que tem direito subjetivo ao mais perto possível à substantivação desse direito.

Através de seus três fundamentos, a saber, a ação, a jurisdição e o processo, o direito processual deve servir à vida concreta para permitir que aquele que busca o pronunciamento do Poder Judiciário receba uma decisão justa e que possa fazer diferença em sua vida. Quanto à essa pretensão, ensina José Roberto dos Santos Bedaque:

A pretensão a um provimento jurisdicional é de natureza processual e tem por conteúdo, sempre e invariavelmente, outra pretensão, esta fundada no direito

⁸ *Ibidem*, p. 30.

⁹ *Ibidem*, p. 199.

¹⁰ *Ibidem*, p. 246-248.

material, ou seja, o direito afirmado. A pretensão processual só tem sentido em função da pretensão fundada no direito material.¹¹

Dessa forma, é importante que se assuma a concepção instrumentalista do processo. É necessário perceber que não há processo sem direito: aquele vive em função deste.

Ademais, diga-se que não há direito sem pessoa a ser tutelada. Objetivando atender a essa pessoa é que o sistema processual deve ser estudado, a fim de obter dele a efetividade desejada, otimizando seus procedimentos, minimizando as insatisfações.

1.2.1 – Direito, processo e desenvolvimento

Conforme apregoa Bedaque, em sua obra “Direito e processo”¹², esse binômio deve caminhar em conjunto, uma vez que o processo é o instrumento a ser utilizado para a efetivação de direitos. Caso o processo se distancie do seu alvo, o direito substancial, ele se torna vazio e um mero preciosismo de regras.

Nesta mesma toada, cabe consignar as considerações de Antônio Pereira Gaio Júnior:

A viabilização e aplicação do direito material ora inobservado tem, no processo, sua razão de ser, por isso, tanto a instrumentalidade quanto a efetividade colocam o processo na sua verdadeira trilha, não como fim em si mesmo, mas como meio, repudiando o apego ao fetichismo de formas sacramentais.¹³

O processualista, então, deve ter em vista que o direito processual é instrumento para a realização do justo, para o cumprimento de garantias constitucionais e que visa ao desenvolvimento. Neste sentido, Gaio Júnior relembra que esse desenvolvimento não deve ser mensurado apenas pelo caráter econômico, mas globalmente, como expressão de aumento de qualidade de vida.

Na verdade, ainda que pese esforços hercúleos do direito no sentido de se regular condutas – sua primordial gênese – há de prosperar avanços na ciência jurídica, mais precisamente junto à noção de norma como cadenciadora de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento, propiciadora de melhoria das condições de vida, depositando-se, por isso, na mesma a proteção, a regulação e a concessão de direitos e ainda condicionando-a ao aprimoramento do tecido social a ela submetida, reconhecendo então em dimensões largas, crescentes, o próprio exercício e respeito aos direitos, como rotina. Aliás, em um sentido mediato, a serventia da norma jurídica em sua dinâmica é o convívio social harmônico, no

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo*. 6.ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2009. p.16.

¹² *Ibidem*, p.16.

¹³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.91.

entanto há de vir esta acompanhada da perspectiva social do aludido convívio, de forma a viabilizar condições de melhoria das relações socioeconômicas e estruturais nas mais variadas dimensões, seja cidadão-cidadão; cidadão – Estado; Estado – cidadão; Estado – Estado etc.¹⁴

Preconiza ainda Gaio Júnior que o processo possui a capacidade de contribuir para o desenvolvimento do País, na medida em que interfere diretamente na vida do jurisdicionado, modificando relações, implementando direitos que só se encontravam por escrito, regulando tratativas entre partes desiguais, sendo, inclusive, protagonista na impulsão desse desenvolvimento. O processo, respeitando sua vocação, nas palavras de Gaio Júnior, “deve ser instrumento a tornar as pessoas mais felizes ou menos infelizes.”¹⁵

As pessoas têm buscado no Poder Judiciário o fornecimento de medicamentos aos quais não têm acesso pelo Sistema Único de Saúde, determinação de internação hospitalar, acesso a tratamentos médicos e terapêuticos, recebimento de verbas trabalhistas, propriedade de imóveis urbanos e rurais, indenizações por danos sofridos, partilha de bens, estado de filiação, enfim, condições de transformação de realidade, de mudança de vida, de proteção.

Através de um processo que transcorra da melhor maneira possível, com segurança jurídica e previsibilidade nas decisões é que se possibilita o estabelecimento de um clima propenso ao desenvolvimento, pautado na dignidade da pessoa humana. E, em acréscimo, ao mesmo tempo estimula o Estado e a coletividade a adotarem posturas mais corretas, evitando as limitações impostas pela jurisdição.

A conhecida máxima de Chiovenda¹⁶, aliás, é bem expressiva quando afirma – em tradução livre – que o processo deve dar tudo quanto seja praticamente possível para aqueles que têm direito, de modo certo e justo, o que têm o direito de alcançar.

Essa é a justiça que deve ser buscada pelo Poder Judiciário, na medida em que permite que o jurisdicionado usufrua de seu direito, como se nada o tivesse impedido. Nada mais, nada menos.

Para se conceber, em abstrato, os meios pelos quais a tutela jurisdicional será efetivada, deve-se raciocinar a partir da situação da vida protegida pela norma substancial. A tutela jurisdicional será tão mais efetiva quanto mais se aproximar da solução espontânea do conflito. Quem tem direito à tutela jurisdicional deve receber exatamente aquilo que receberia se houvesse acatamento voluntário da regra material.¹⁷

¹⁴ GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira. *Dimensão social do processo, direito e desenvolvimento*. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2012/RID_2012_11.pdf>. Acesso em 08 de maio de 2016.

¹⁵ *Idem*. *O processo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 2.

¹⁶ “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire.” CHIOVENDA, Giuseppe. *apud*. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.1.

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.* p. 52.

E para isso, além de justa, a decisão deve ser dada em tempo hábil, para que não perca sua eficácia.

1.2.2 – Satisfação jurisdicional

Para tratar da satisfação jurisdicional, cabe, inicialmente, tecer alguns comentários acerca do conceito de jurisdição.

Partindo da etimologia, jurisdição vem do vocábulo latino *jurisdictione*, que é derivada de *jus dicere* e *jurisdictio*, significando literalmente dizer ou declarar o direito. Também está relacionada à função de administrar a justiça.

Insta colacionar o conceito de jurisdição encontrado no livro “Teoria Geral do Processo”:

Que ela é uma função do Estado, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo dos atos do juiz do processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).¹⁸

No que tange aos princípios inerentes à jurisdição estatal, Cintra, Grinover e Dinamarco apontam que são universalmente reconhecidos a investidura, a aderência ao território, a indelegabilidade, a inevitabilidade, a inafastabilidade, e o juiz natural.¹⁹

A investidura significa dizer que a jurisdição será exercida por alguém que foi regularmente investido para atuar como juiz.

A aderência ao território corresponde à ideia de que o juiz está limitado a exercer jurisdição sobre o território ao qual está relacionado.

O princípio da indelegabilidade deve ser visto a partir do entendimento que o juiz não exerce jurisdição em nome próprio, mas em nome do Estado, não podendo, assim, transferir a competência que lhe cabe a outro.

A inevitabilidade estabelece que as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais devem ser aceitas, e se impõem com autoridade, sem a necessidade da vontade das partes.

¹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 155.

¹⁹ *Ibidem*, p. 161.

O princípio da inafastabilidade traduz uma garantia constitucional que é a síntese do acesso à justiça. Afirma a Constituição Federal que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” – artigo 5º, XXXV; e ainda em referência a este princípio, se inclui o artigo 140 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

Finalmente, o princípio do juiz natural, veda a instituição de tribunais ou juízos de exceção. Este princípio é encontrado expressamente na Carta Maior, no artigo 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção.”

Tradicionalmente a função jurisdicional é monopólio do Estado. Embora hoje se avance na seara extrajudicial – que também é regulamentada pelo Estado – ainda é tarefa do ente estatal regular os conflitos e compor as lides.

Mesmo o Estado tem proposto modos menos traumáticos para a resolução das demandas, haja vista a recente implantação dos Centros de Mediação nas Comarcas, a favorecer a redução da litigiosidade em situações muitas vezes bem delicadas entre as partes, envolvendo, inclusive, direitos indisponíveis transacionáveis.

Até mesmo o incentivo à prática de outros modos de composição, como a arbitragem, a mediação extrajudicial, o divórcio em cartório e o usucapião extrajudicial, têm demonstrado o ânimo pacificador do Estado. Ao disseminar meios para resolver conflitos de maneira mais simples, o Estado fomenta no indivíduo a vontade de solucionar seus problemas e diminuir sua insatisfação, ao crer que isto é possível, promovendo pacificação social.

Neste trabalho, considerando que o enfoque deve ser dado à observação do funcionamento de determinado instituto jurídico-processual, tratar-se-á tão somente da atuação estatal, em jurisdição contenciosa.

Com efeito, obter satisfação jurisdicional significa, em síntese, receber uma decisão justa ao final de uma demanda processual. A decisão justa – independentemente de ter sido favorável ou não ao demandante – tem o condão de operar a pacificação social.

Importa salientar as palavras de Dinamarco:

Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do processo civil de resultados, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais.²⁰

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 180.

Como usuários do Sistema Judiciário, os jurisdicionados têm o direito a uma sentença. E não só, mas que seja eficiente e que demore tempo razoável para ser prolatada, sem que, por isso, se deixe de observar o contraditório e a ampla defesa, consoante esses elementos se constituam em direitos fundamentais.

Pois bem, já foi dito acima que é através da jurisdição que o Estado aplica as normas de direito substantivo, se utilizando do instrumento processual, para garantir não só os direitos individuais, mas, muito além disso, a própria pacificação social e a realização da justiça, atingindo seus fins.

No próximo capítulo, esta pesquisa tratará do problema do acesso à justiça, entendido sob diversas perspectivas.

CAPÍTULO 2 – ACESSO À JUSTIÇA

Inicialmente, cabe destacar que o texto constitucional traz como um de seus princípios o acesso à justiça. No contexto da promulgação da Carta Magna, em 1988, esta assertiva trazia esperança de instalação prática de um Estado Democrático de Direito. Assegurou-se o direito de ação (artigo 5º, XXXIV e XXXV), prestigiou-se a segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI), estatuiu-se a assistência jurídica gratuita aos pobres (artigo 5º, LXXIV), enfim, desenhou-se o desejo do constituinte em estabelecer uma sociedade com possibilidade de acesso à jurisdição. Com o advento das Emendas Constitucionais, destacando-se a de número 45, de 2004²¹, mudanças importantes foram prenunciadas, como a garantia de duração razoável do processo e o uso de meios que trouxessem celeridade. Enfim, seria possibilitado ao habitante deste País, o direito de acesso à máquina judiciária, que se pretendia aperfeiçoada.

2.1 – Acesso ao Poder Judiciário

Esse acesso ao Poder Judiciário foi se ampliando aos poucos, com a implantação de novos órgãos e com a expansão da atuação de outros. A criação da Defensoria Pública no âmbito dos estados e federal, a atuação do Ministério Público, e a facilitação da propositura de demandas diante dos Juizados “de pequenas causas”, hoje Especiais, fizeram multiplicar o número de ações ajuizadas, ao mesmo tempo aumentando a sobrecarga da estrutura judicante nacional.

Ainda que a ampliação do acesso à justiça e o direito de petição encontrem-se assegurados no já mencionado artigo 5º, respectivamente nos incisos XXXV e XXXIV, da Carta Maior, isto não significa que o direito de peticionar prescindir da atuação dos advogados, excetuando-se as demandas apresentadas aos Juizados Especiais, dentro do limite já ponderado pela lei que os regula. Não obstante a Lei nº 9.099/95 autorize, como incentivo à

²¹ Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004: Altera os artigos: 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134, 168; Acresce os artigos: 103-A, 103-B, 111-A E 130-A; e revoga o inciso IV do artigo 36, a alínea “h” do inciso I do artigo 102, o parágrafo 4º do artigo 103, e os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 111.

Emenda Constitucional 22, Diário Oficial Eletrônico de 19/03/1999, p. 1: acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas “i” do inciso I do art. 102, e “c” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal, criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal e julgamento do “habeas corpus”

Emenda Constitucional 80, de 04/06/2014: altera o capítulo IV - das funções essenciais à justiça, do título IV - da organização dos poderes e acresce art. 98 ao ADCT.

composição das demandas de forma mais simplificada e informal, o acompanhamento de um advogado se torna aconselhável ao demandante, que, em linhas gerais, estará em face de um demandado que pode ser uma pessoa jurídica que seja usuária frequente do sistema Poder Judiciário. Neste sentido, entendimento do STF:

O direito de petição qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5º, XXXIV, a). Traduz direito público subjetivo de índole essencialmente democrática. O direito de petição, contudo, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado – que não dispõe de capacidade postulatória – ingressar em juízo, para, independentemente de advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros. [AR 1.354 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 21-10-1994, P, DJ de 6-6-1997.] = AO 1.531 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 3-6-2009, P, DJE de 1º-7-2009.²²

A CR estabeleceu que o acesso à justiça e o direito de petição são direitos fundamentais (art. 5º, XXXIV, a, e XXXV), porém estes não garantem a quem não tenha capacidade postulatória litigar em juízo, ou seja, é vedado o exercício do direito de ação sem a presença de um advogado, considerado ‘indispensável à administração da justiça’ (art. 133 da CF e art. 1º da Lei 8.906/1994), com as ressalvas legais. (...) Incluem-se, ainda, no rol das exceções, as ações protocoladas nos juizados especiais cíveis, nas causas de valor até vinte salários mínimos (art. 9º da Lei 9.099/1995) e as ações trabalhistas (art. 791 da CLT), não fazendo parte dessa situação privilegiada a ação popular. [AO 1.531 AgR, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 3-6-2009, P, DJE de 1º-7-2009.]

E, ainda:

O rito dos juizados especiais é talhado para ampliar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB) mediante redução das formalidades e aceleração da marcha processual, não sendo outra a exegese do art. 98, I, da Carta Magna, que determina sejam adotados nos aludidos juizados "os procedimentos oral e sumariíssimo", devendo, portanto, ser apreciadas *cum grano salis* as interpretações que pugnem pela aplicação ‘subsidiária’ de normas alheias ao microsistema dos juizados especiais que importem delongas ou incremento de solenidades. [ARE 648.629, rel. min. Luiz Fux, j. 19-9-2013, P, DJE de 8-4-2014, com repercussão geral.]²³

Percebe-se, tanto em iniciativas dos Tribunais, quanto, mais recentemente, no próprio texto do Novo Código de Processo Civil, que há interesse na diminuição de interposição de demandas judiciais. Conforme se depreende do texto do CPC, no artigo 3º, o Poder Judiciário deve estimular a conciliação e a mediação, dentro do processo judicial, em qualquer fase do processo. Há a implantação do sistema multiportas de resolução de conflitos, que inclui não só aquelas que se desenvolvem judicialmente, mas também mediação e conciliação extrajudiciais.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

²³ *Idem*.

Neste ponto, cabe destacar que, em se tratando de uma obrigação – de fazer, não fazer, entregar, declarar – é muito mais proveitoso encontrar uma solução durante encontros de conciliação e mediação, do que ao longo de um desgastante processo de conhecimento, seguido pela execução.

Por isso é tão importante refletir sobre o que se quer dizer com acesso à justiça.

Cappelletti e Garth, em sua obra “Acesso à Justiça”, publicada originalmente em língua inglesa em 1978, explicam que há um interesse que vem aumentando ao longo da história recente, em vários países, no sentido de ampliar o conceito de igualdade a fim de viabilizar o acesso à Justiça. Eles buscam demonstrar a existência de um enfoque, analisando os obstáculos a ser superados e apontando caminhos. A respeito da conceituação desse acesso, pontuam:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo.²⁴

Para que o Sistema Judiciário seja acessível a mais pessoas, alguns obstáculos devem ser transpostos, tais como o custo alto de demandar, o longo tempo de duração do processo, que faz aumentar ainda mais os custos da demanda, as diferenças entre os tipos de litigantes, se são litigantes eventuais ou habituais – o que faz com que o último tipo esteja em vantagem sobre o primeiro – enfim, notadamente são todos obstáculos que penalizam diretamente aqueles com menos recursos financeiros.

Na obra “O Supremo e a Constituição”, organizada pelo Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar os entendimentos da Corte referentes aos dispositivos constitucionais. Em relação ao artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV, da CRFB, no que diz respeito às custas e à prevalência de certas partes, encontra-se:

Taxa judiciária e custas (...). Necessidade da existência de limite que estabeleça a equivalência entre o valor da taxa e o custo real dos serviços, ou do proveito do contribuinte. Valores excessivos: possibilidade de inviabilização do acesso de muitos à Justiça, com ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito. [ADI 1.772 MC, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-4-1998, P, DJ de 8-9-2000.] = ADI 3.826, rel. min. Eros Grau, j. 12-5-2010, P, DJE de 20-8-

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 08.

2010. Vide: AI 564.642 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 30-6-2009, 1ª T, DJE de 21-8-2009.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes. [RE 113.958, rel. min. Ilmar Galvão, j. 15-10-1996, 1ª T, DJ de 7-2-1997.]²⁵

Para que se promova o acesso à justiça, entre outras coisas, é preciso compreender que a ausência da igualdade substancial entre os litigantes prejudica o lado mais débil. E esses obstáculos, como afirmam os autores Cappelletti e Garth, não surgem isolados, mas entrelaçados, desafiando a que sejam encontradas soluções mais complexas.

Como dito acima, o direito processual não pode andar desvinculado do direito substancial. E, à medida em que o Estado estabelece um rol de direitos sociais ao cidadão, cresce a responsabilidade do mesmo em torná-los um fato, não só uma promessa. Neste sentido, o Estado precisa ter comprometimento na constante reforma e aperfeiçoamento do Sistema Judiciário, porque é esse sistema que vai suprir os direitos efetivos.²⁶

O repensar do sistema é justamente o que proporciona o surgimento de procedimentos que objetivam não só a melhoria do próprio sistema, mas a melhoria da prestação jurisdicional. E o enfoque do acesso à justiça é um impulsionador dessas ideias.

Ainda de acordo com Cappelletti e Garth,

(...) esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio.²⁷

Marinoni afirma que a tutela jurisdicional do Estado liberal, na Europa do século XVII, somente levava em conta a igualdade formal. Dessa forma, um procedimento único seria suficiente para garantir tal igualdade. Seu objetivo era garantir a satisfação pelo equivalente, que serviria a todos os casos concretos. Não importava se o demandante era rico

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH. *op.cit.*, p. 70.

²⁷ *Ibidem*, p. 71.

ou pobre: se o objetivo era propiciar que todos fossem tratados da mesma forma, era inevitável que se instituísse um procedimento único²⁸.

Por seu turno, no século XIX houve, segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, com a chamada escola sistemática, a formação de um Processo Civil descompromissado com o direito material²⁹, restando assim incapacitado de dar significado à prestação jurisdicional. Também esta escola pretendeu uniformizar o procedimento.

Afirmam os autores supracitados que:

Surgiu, neste contexto, uma confusão entre autonomia científica, *instrumentalidade* e *neutralidade* do processo em face do direito substancial. Os processualistas clássicos estavam absolutamente certos quando afirmavam a autonomia do processo e a sua função instrumental em relação ao direito material. Realmente, era chegada a hora de se evidenciar a autonomia da ação e de se elaborar uma dogmática capaz de explicar os institutos que fazem do direito processual civil uma ciência autônoma, ligada aos valores do Estado. O equívoco ocorreu ao não se perceber que, para se ter uma disciplina cientificamente autônoma, não é preciso, recomendável e possível se ter um direito processual neutro em relação ao direito material e à realidade da vida.³⁰

No capítulo anterior foi apresentada a teoria da instrumentalidade do processo. Neste mesmo sentido se manifestam Marinoni e outros, quando afirmam que a técnica processual e o procedimento só têm razão de ser se servem para atender aos direitos. Denominam sua teoria de “teoria da tutela dos direitos”. Dizem os autores que esta teoria, no plano do direito material,

implica a adoção de uma postura dogmática que retira o foco das normas ditas atributivas de direitos para jogar luz sobre a esfera das tutelas, local em que se encontram as formas de tutela ou de proteção que os direitos reclamam quando são violados ou expostos a violação. As formas de tutela são garantidas pelo direito material, mas não equivalem aos direitos ou às suas necessidades. É possível dizer, considerando-se um desenvolvimento linear lógico, que as formas de tutela estão em um local mais avançado: é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las. A postura dogmática preocupada com as tutelas é atenta para as formas de proteção ou de tutela dos direitos. Ela não está preocupada em saber se os cidadãos têm este ou aquele direito, ou mesmo com a identificação de direitos difusos e coletivos. É que, na perspectiva das “formas de tutela dos direitos”, a atribuição de titularidade de um direito fica na dependência de que lhe seja garantida a disponibilidade de uma forma de tutela que seja adequada à necessidade de sua proteção. Ou melhor, o sujeito só é titular de um direito, ou de uma posição juridicamente protegida, quando esse direito disponha de uma forma de tutela que seja adequada à necessidade de proteção que esta posição exija.(...) Ademais, a questão das formas de tutela, por dizer respeito ao plano do direito material, não deve se confundir com o problema de se saber se o processo

²⁸ MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v.3. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: RT, 2015. p.26.

²⁹ *Ibidem*, p. 27.

³⁰ *Ibidem*, p. 28.

civil é capaz de dar efetividade aos direitos, ou melhor, às formas de tutela prometidas pelo direito material. Pergunta-se sobre as formas de tutela na esfera do direito material, portanto antes de se analisar a “efetividade do processo”. Aliás, caso a questão das “formas de tutela” pudesse ser confundida com a da “efetividade do processo”, estaria negada a obviedade de que a pergunta sobre a forma de tutela é um degrau que necessariamente deve ser ultrapassado para se chegar à problematização da efetividade do processo. O processo deve estruturar-se de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material.³¹

E é justamente a necessidade dessa adaptação que faz surgir procedimentos especiais, como o da execução das obrigações, que será visto com propriedade mais adiante nesta pesquisa. Pois o procedimento adequado tem maiores chances de promover adequada prestação jurisdicional e dessa forma, acesso à justiça justa.

2.1.1 - Direito de acesso ao procedimento adequado

Marinoni, Arenhart e Mitidiero aduzem que o direito de ação afirmado pelo artigo 5º, XXXV da CRFB não compreende apenas o direito de ingresso ao Poder Judiciário ou só à jurisdição, como também o direito ao procedimento e às técnicas processuais adequadas. Em suas palavras,

O direito de ação, atualmente, deve permitir ou viabilizar o efetivo alcance das tutelas prometidas pelo direito material. Deve “permitir ou viabilizar” porque a tutela do direito somente é prestada quando o direito material é reconhecido no caso concreto. Mas, quando o direito é reconhecido, a tutela jurisdicional há de ser efetiva.³²

Ou seja, o direito material almejado deve possuir reconhecimento, bem como contar com uma tutela mais propícia à sua efetivação, com um procedimento especial. Isto, porque, o que se espera ao fim do processo não é meramente a sentença, mas a concretude, a transformação da realidade.

Por este motivo, Marinoni entende que o direito ao procedimento e às técnicas adequadas é um corolário do direito de ação, por ser através daqueles que este se exerce. Ressalve-se, no entanto, que é impossível ao legislador instituir tantos procedimentos quanto necessários às diferenças entre os demandantes e os bens a estes que almejam, a cada caso concreto.

³¹ *Ibidem*, p. 31-32.

³² *Ibidem*, p. 36.

Ainda que a atenção daqueles que hoje pensam na ampliação do acesso à justiça se volte, na maioria das vezes, em encontrar soluções alternativas a ser realizadas fora do Poder Judiciário, permanece a relevância da construção de procedimentos judiciais que permanecem componentes de um processo Judiciário, dependente do Sistema, pois, por mais que surjam opções para a resolução das lides, sempre permanecerá uma parcela que necessariamente só será dirimida pela via judicial, submetida aos tribunais.

Desta forma, não é despiciendo empregar esforços para melhorar o Sistema.

Os autores de “Acesso à Justiça” apontam a importância, por exemplo, da busca de um juiz mais ativo no processo, que possa atuar de ofício com mais frequência. Segundo eles, o juiz mais ativo “maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes”³³. Interessante notar que no mecanismo da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer ou entregar, há um rol de instrumentos para coação da parte inadimplente, de medidas que podem ser adotadas pelo julgador, no interesse do adimplemento obrigacional, isolada ou cumulativamente, conforme o grau que o juiz entender necessário para impelir o devedor ao cumprimento.

Concluindo, possibilitar acesso à justiça é proporcionar direito de ação no Poder Judiciário, mas não somente isto. É proporcionar que o demandante consiga a satisfação de seu direito, ainda que por formas extrajudiciais.

2.2 - Acesso à ordem jurídica justa

Leonardo Greco, em seu artigo “Justiça civil, acesso à justiça e garantias”³⁴ afirma que para o adequado enfrentamento deste tema, torna-se obrigatório perpassar pelo acesso ao direito. O texto constitucional estabelece uma lista de direitos e garantias a serem implantados, mantidos e defendidos, porém que, muitas vezes, não é efetivada. Dessa forma, o jurisdicionado ingressa com uma demanda com o fito de promover a instalação de seu direito não adimplido pelo próprio Estado.

Em seu texto, Greco enumera os principais pressupostos do acesso ao direito, a saber, a educação básica, para a formação dos cidadãos; o acesso ao trabalho produtivo para sustento condigno; o fortalecimento dos grupos intermediários e do associativismo; a responsabilidade

³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *op. cit.* p. 77.

³⁴ GRECO, Leonardo. Justiça civil, acesso à Justiça e garantias. *Revista Estação Científica*. Ed. Especial Direito. Juiz de Fora, v.01, n.04, outubro e novembro, 2009.

do Estado no cumprimento de seus deveres para com os cidadãos; o oferecimento de serviço de aconselhamento jurídico aos pobres, pelo Estado, prestando assistência jurídica e não apenas judiciária; e o acesso à justiça,

no sentido de acesso a um tribunal imparcial, previamente instituído pela lei como competente para a solução de qualquer litígio a respeito de interesses que se afirmem juridicamente protegidos ou para a prática de qualquer ato que a lei subordine à aprovação, autorização ou homologação judicial.³⁵

Insta lembrar que uma sociedade que não usufrui de educação formal de qualidade, saneamento básico e água tratada, só para dizer o mínimo, não pode desfrutar do *status* condizente com a dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, a ausência de austeridade das instituições públicas, a má gestão, a percepção popular de desigualdade na aplicação de penalidades àqueles que atropelam direitos alheios, aos poucos minam a confiança de que de fato haja um Estado Democrático de Direito. Isto causa insatisfação e aumenta os conflitos não resolvidos, gerando episódios de autotutela, que são altamente prejudiciais à sociedade e, ao mesmo tempo, pulsantes de apelo popular. Afirma Greco que a “justiça pelas próprias mãos é a negação do verdadeiro acesso à justiça.”³⁶

Neste cenário que às vezes beira à barbárie, o processualista deve se empenhar em estudar e aplicar mecanismos de reequilíbrio social e, como dito alhures, que propiciem desenvolvimento.

Segundo Greco, são pressupostos do acesso à justiça – entendido como direito à tutela jurisdicional efetiva – o patrocínio por um advogado, para garantir o exercício da defesa técnica e da ampla defesa; o contraditório participativo e amplo; juízes independentes e responsáveis e, por último, acesso à jurisdição constitucional.³⁷

Cabe ressaltar o importante papel desempenhado pela Defensoria Pública, possibilitando o ingresso dos financeiramente hipossuficientes no mecanismo de demandas judiciais, pleiteando a efetivação de direitos. Quanto ao trabalho e a necessidade de expansão de atuação da Defensoria Pública, assim entende o STF:

Defensoria Pública. Implantação. Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas. Situação constitucionalmente intolerável. O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do ‘direito a ter direitos’ como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias. Intervenção jurisdicional concretizadora de

³⁵ GRECO, Leonardo. *op. cit.* p. 69 – 73.

³⁶ *Ibidem*, p. 76.

³⁷ *Ibidem*, p. 76 – 79, *passim*.

programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134). Legitimidade dessa atuação dos juízes e tribunais. O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria das "restrições das restrições" (ou da "limitação das limitações"). Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proibição insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. *Thema decidendum* que se restringe ao pleito deduzido na inicial, cujo objeto consiste, unicamente, na "criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana". Recurso de agravo provido, em parte. [AI 598.212 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 25-3-2014, 2ª T, DJE de 24-4-2014.]³⁸

Gaio Júnior afirma que o conceito de acesso à justiça encontra-se ligado à ideia de justiça social. Desta forma, as partes que compõem a demanda devem possuir igualdade de oportunidades, a fim de que ambas obtenham acesso à justiça em proporção adequada e materialmente isonômica. Para ele,

Um processo justo, garantindo o acesso a uma justiça imparcial de forma que não somente possibilite a participação efetiva e adequada dos litigantes, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as determinadas situações de direito substancial, significa não somente o acesso à justiça, mais do que isto, “*acesso à ordem jurídica justa*”.³⁹

Este processo justo, nas palavras de Greco, “compreende todo o conjunto de princípios e direitos básicos de que deve desfrutar aquele que se dirige ao Poder Judiciário em busca da tutela dos seus direitos.”⁴⁰

A questão do acesso à ordem jurídica justa é enfrentado também por Bedaque, que salienta que esta é atingida mediante a tutela jurisdicional que consegue chegar a uma proteção judicial efetiva, mantendo o ordenamento constitucional e infraconstitucional.⁴¹ Explica, ainda, a diferença existente entre a efetividade e a eficiência do processo, enquanto instrumento de justiça material:

Acesso efetivo ao sistema processual não significa, necessariamente, acesso à justiça, à ordem jurídica justa, que somente um sistema dotado de técnicas

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

³⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 34.

⁴⁰ GRECO, Leonardo. *op. cit.*, p. 78.

⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, p.61.

adequadas proporciona. Efetividade e eficiência não são sinônimos. Quanto mais eficiente o método adotado pelo Estado para solução das controvérsias, maior a possibilidade de o resultado dessa atividade, consubstanciado na tutela jurisdicional, ser efetivo.⁴²

Pode-se entender este novo enfoque do acesso à justiça como a última onda renovatória da concepção de “acesso à justiça”, conforme ensina Bedaque⁴³. A primeira onda é aquela que se preocupa com a assistência judiciária aos menos favorecidos, a segunda, trata da representação jurídica para os interesses metaindividuais. Desta forma, na terceira e última onda, além de serem abarcadas as questões relativas às duas primeiras, há a preocupação com o processo em relação a seus mecanismos e instituições que o operam e também com a prevenção das disputas. E mais, existe a preocupação com a natureza do litígio a fim de se determinar o mecanismo procedimental adequado a garantir a tutela dos direitos e também para desenvolver novos mecanismos: dar proteção específica também às novas categorias de direitos, proporcionando acesso efetivo e eficiente à ordem jurídica justa.

Dessa forma, processo justo é aquele que se encaminha à obtenção da justiça, não entendida somente como a decisão proferida pelo Estado ao final do processo, mas, principalmente como aquela jurisdição capaz de transformar a realidade do caso concreto, possibilitando ao demandante (e ao demandado) a solução mais justa possível, dentro do tempo que se entenda razoável. Em um breve comentário sobre a duração razoável do processo, esta que é uma das características do devido processo constitucional, assinala-se o seguinte julgado do STF:

(...) de nada valeria a CF declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o direito estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que a "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário ("universalização da Justiça", também se diz).[HC 94.000, voto do rel. min. Ayres Britto, j. 17-6-2008, 1ª T, DJE de 13-3-2009.]

A segurança jurídica, lastreada no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição da República, também se presta ao processo justo, na medida que representa o próprio Estado Democrático de Direito. Abaixo, entendimento do STF:

⁴² *Ibidem*, p. 62.

⁴³ *Ibidem*, p. 69.

O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio. [RE 646.313 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 18-11-2014, 2ª T, DJE de 10-12-2014.]⁴⁴

Nota-se aqui a importância do papel do juiz na condução do processo. Cabe a ele uma atuação ativa, participativa, aplicando a técnica processual com o fito de atender aos escopos do processo, como afirmado por Bedaque, “competindo-lhe até mesmo flexibilizá-la, desconsiderando formas inúteis e incompatíveis com a natureza instrumental desse método de trabalho.”⁴⁵

Percebe-se no texto do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, esta mesma responsabilidade, dada pelo legislador, a fim de que o juiz torne o processo mais efetivo. Como exemplo desta afirmativa, o CPC deu ao magistrado a possibilidade de determinar, de ofício, medidas de execução indireta aptas a forçar o adimplemento obrigacional pelo devedor recalcitrante, conforme se verá no capítulo quarto desta pesquisa.

Tendo em vista, portanto, que o acesso à justiça, sob todos os aspectos analisados é importante fundamento para a adoção de procedimentos adequados e justificativa para a prestação jurisdicional de qualidade, ver-se-ão no próximo capítulo as vias satisfativas disponíveis ao jurisdicionado, consistentes no cumprimento de sentença e no processo de execução.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.* p. 64.

CAPÍTULO 3 – O CPC E AS VIAS SATISFATIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

Execução, conforme definição de Gaio Júnior, é “um conjunto de atos jurisdicionais aptos à invasão do patrimônio do devedor com o fito de satisfazer a obrigação reconhecida em um título com força executiva”⁴⁶. Assim sendo, nota-se a existência de um poder a revestir os atos executivos, a fim de que cumpram sua tarefa de transformar faticamente a vida do jurisdicionado.

O momento mais esperado por aquele que apresenta sua demanda ao Poder Judiciário é o da efetivação da tutela à qual faz jus. Eis então o processo, instrumento de pacificação social, através do exercício de execução. Como ensina Gaio Júnior,

Assim, a atividade jurisdicional executiva tem caráter satisfativo na medida em que advém do reconhecimento prévio de um título – judicial ou extrajudicial – que consagra uma obrigação de o devedor adimplir seu credor, cabendo ao Estado, ao ser provocado pelo interessado, diante da inércia no cumprimento da aludida obrigação, entregar o bem jurídico a quem de direito, cumprindo, efetivamente, com sua função pacificadora, empregando a devida segurança jurídica nas relações sociais e, por conseguinte, justificando o seu exercício e aptidão para tal.⁴⁷

Para que o processo desempenhe sua tarefa de modo adequado, ou seja, que seja hábil a entregar a prestação jurisdicional devida, em bom serviço público de justiça, o legislador processualista civil, na Lei nº 13.105/2015, estabeleceu dois meios principais, a ser utilizados conforme o título executivo portado pelo demandante.

Trata-se do processo de execução e do cumprimento de sentença. O primeiro, ação autônoma, para o caso do título executivo extrajudicial. O segundo, fase do processo de conhecimento, desempenhando a função de execução da sentença já obtida no mesmo feito.

Este capítulo é dedicado à análise destes dois mecanismos.

Todavia, antes de iniciar tal análise, é preciso pontuar os princípios que regem qualquer função executiva.

3.1 - Princípios da execução

⁴⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 426.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 426.

Araken de Assis, em sua obra “Manual da execução”⁴⁸, adota um rol de princípios comuns à execução, quer seja em ação autônoma ou função executiva no cumprimento de sentença. São eles:

3.1.1. – Princípio da autonomia

Deriva da própria especificidade da função executiva. Para o autor supracitado, além da subsistência da autonomia funcional da execução ainda que em fase de cumprimento de sentença, ali nasce para o autor a pretensão a executar. Segundo ele, tanto isto é verdade que a partir da exigibilidade do provimento, passa a correr novo prazo de prescrição, admitindo o Código de Processo Civil a ocorrência da prescrição intercorrente, na forma do artigo 924,V.

3.1.2 – Princípio do título

Sempre estará baseada no título executivo a pretensão a executar. Não havendo título, conforme o artigo 803 do CPC, a execução é nula.

Assis ressalta que até mesmo na antecipação dos efeitos da tutela não se elimina o título: este é antecipado pela decisão. Assim, afirma que tanto através do provimento antecipatório ou do final, existe título.

Explica que “o título não é ‘condição’ da demanda executória. Tampouco representa o fato constitutivo da ação. É pressuposto do processo válido, no sentido de que se exige prova pré-constituída do crédito, tanto que a ausência dessa prova gera a invalidade cominada no art. 803, I.”⁴⁹

3.1.3 – Princípio da responsabilidade patrimonial

A execução visa ao patrimônio do executado. Este princípio deriva do conteúdo do art. 789 do CPC, que estatui que o devedor responderá com todos os seus bens, tanto presentes como futuros.

⁴⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 2.ed. em e-book baseada na 18.ed. impressa. rev. at. amp. São Paulo: RT, 2016.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 47.

Interessante salientar que no emprego da coerção pessoal utilizada para compelir ao pagamento, o aspecto patrimonial da execução se camufla. Veja-se o parágrafo primeiro do artigo 536 do CPC.

3.1.4 – Princípio do resultado

A execução será realizada em proveito do exequente, conforme se depreende da leitura do artigo 797 do CPC. Porém, para tal, ela tem que ser específica, a fim de ser capaz de entregar ao credor rigorosamente o que Assis chama de “o bem da vida”, ou seja, a realização dos créditos e direitos, satisfazendo o credor.

O princípio do resultado também se aplica ao executado, na medida em que limita a invasão de seu patrimônio ao suficiente e necessário para solver a dívida. Esta é a característica da economicidade, recomendando que a execução seja realizada através do meio menos gravoso.

3.1.5 – Princípio da disponibilidade

A partir do momento que a execução se funda na satisfação do credor, decorre que este possui disposição da pretensão a ser executada. Dessa forma, ele pode, inclusive desistir de parte ou de toda a execução, conforme se lê no artigo 775, CPC, considerando que são irrelevantes a concordância ou a resistência do executado, já que a execução aproveita somente ao exequente. Inclusive, *prima facie*, a desistência só traz benefícios ao executado.

3.1.6 – Princípio da adequação

Os meios de execução precisam ser adequados aos bens almejados pelo credor. Neste sentido, afirma Assis que:

A adequação se distribui em três níveis: subjetivo, objetivo e teleológico. O processo de execução obedece a todos. Tão importante como o desimpedimento do juiz (adequação subjetiva), por exemplo, é a disponibilidade do bem (adequação objetiva) e a idoneidade do meio executório (adequação teleológica). Sem meio hábil, o bem nunca será alcançado pelo credor.⁵⁰

⁵⁰ *Ibidem*, p. 55.

Apesar de observar que os meios executórios podem ser efetivados com o auxílio de vários mecanismos coercitivos, não é despidendo lembrar que também a execução deve respeitar o devido processo legal, constitucional, na medida em que os meios usados para a realização da execução devem ser orientados pela legalidade e pela anterior instituição dos mesmos. Ou seja, existem meios legalmente previstos e que se devem ser utilizados conforme se aproximam e se adequam ao caso concreto. Embora o juiz tenha grande margem de discricionariedade para ordenar o uso dos instrumentos dispostos em lei, eles estão dispostos na lei.

3.2 – Processo de execução

Como dito acima, o processo de execução, ou a execução propriamente dita, é ação autônoma, a ser proposta quando o demandante possui um título extrajudicial. Esta espécie de título abrange aqueles que foram constituídos de maneira diversa daqueles que derivam de um anterior processo de conhecimento. Desta forma, o modo de recebê-los no Poder Judiciário também é diferenciado.

O artigo 784 do CPC traz um rol extenso, porém, não taxativo, dos títulos executivos extrajudiciais. São eles:

- I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
- II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;
- III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;
- IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;
- V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;
- VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte;
- VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio;
- VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;
- IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
- X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;
- XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;
- XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Resta claro que, embora não taxativa a lista, somente por força de lei é que se atribui força executiva a um título.

Para que um título possa ser executado, além de estar previsto em lei, a obrigação contida nele deve possuir liquidez, certeza e exigibilidade, conforme estatuído no artigo 783, do mesmo diploma legal.

Sendo assim, pode se entender a liquidez como sendo a clareza quanto o objeto da obrigação. Se é de pagar, a quem, como, quanto, onde. Sendo de fazer ou não fazer, na análise da obrigação contida no título pode se considerar como líquida aquela expressa com clareza suficiente para que se consiga perceber como cumpri-la. Não se deve, entretanto, confundir-se o título com a obrigação nele contida. O título é a materialização da obrigação; é a consubstanciação do direito subjetivo.

Em se tratando de título extrajudicial, Gaio Júnior afirma que estes devem sempre conter obrigações líquidas, para que seja possível intentar ação de execução, pois, caso contrário, deverão ser primeiramente objeto de procedimento de liquidação extrajudicial, sob pena de indeferimento liminar.⁵¹

Certeza é a firme evidência da existência da relação jurídica entre as partes, da obrigação que gerou o título.

Em relação à exigibilidade, deve ser observado se a obrigação convencionada já se encontra vencida, se o tempo transcorrido já teria sido suficiente para a ocorrência de condição. Ou seja, esta característica encontra-se ligada à ideia de inadimplemento.

O inadimplemento⁵², aliás, é condição *sine qua non* para a realização de um procedimento de execução, pois, se não houvesse descumprimento, constituindo-se inclusive em mora o devedor, escaparia ao exequente o interesse processual.

O Código Civil trata do inadimplemento das obrigações e da mora do devedor no Título IV, *verbis*:

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

⁵¹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 462.

⁵² Inadimplemento do devedor solvente, ou simplesmente, daquele cujo montante devido é menor que o patrimônio que possui e que é capaz de garantir a execução. Não se refere ao devedor insolvente, pois este não tem condições de suportar a execução.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

CAPÍTULO II

Da Mora

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

Art. 401. Purga-se a mora:

I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

Nota-se na redação do Código Civil que há uma tendência à conversão da obrigação – qualquer que seja – em valoração pecuniária, em perdas e danos. Ocorre que para o credor, nem sempre isto é o mais desejado. Por esta razão, pensou o legislador processualista civil na existência de mecanismos capazes de permitir ao credor que postule em juízo o próprio bem da vida, consubstanciado no objeto da obrigação.

Desta feita, quando o credor da obrigação detém um título executivo extrajudicial, imbuído de certeza, liquidez e exigibilidade, ele tem a possibilidade de ingressar em juízo, na defesa de seus interesses, para obter o adimplemento da obrigação anteriormente avençada.

O processo de execução segue rito próprio, estabelecido no Livro II do Código de Processo Civil, adotando-se subsidiariamente o rito comum (artigo 318, parágrafo único, CPC). O Título I do referido Livro trata da execução em geral; o Título II trata das diversas espécies de execução; o Título III aborda os embargos à execução e, o Título IV cuida da suspensão e da extinção do processo de execução.

Os procedimentos diversos abordados no Título II preveem a execução para entrega de coisa certa e incerta, de obrigações de fazer e de não fazer, da execução por quantia certa, da expropriação de bens, da satisfação do crédito, além da execução contra a Fazenda Pública e de alimentos.

Visto isto, é interessante reafirmar o intuito do legislador que, ao estatuir procedimentos diferenciados, determinou que diferentes situações de direito substantivo encontrem-se mais aptas à defesa e proteção. Esta diferenciação é importante para a efetivação desses direitos, como já afirmado alhures.

O Capítulo III do Título II trata especificamente da execução das obrigações de fazer ou de não fazer, seção que vai do artigo 814 ao artigo 823 e que consiste em objeto deste trabalho, a ser enfrentado no próximo capítulo.

3.3 – Cumprimento de sentença

Os procedimentos de cumprimento de sentença e de liquidação de sentença foram estabelecidos pela Lei nº 11.232/2005, que os inseriram no Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/73, acrescentando os capítulos IX e X ao Título VIII, relativo ao procedimento ordinário. Essa inovação legislativa preconizava a celeridade do processo, possibilitando que a liquidação e a execução da sentença judicial obtida ao final do processo de conhecimento, se realizassem no mesmo feito e não em um novo processo.

No que tange ao cumprimento de sentença, este foi mantido na redação da Lei nº 13.105/2015, disposto no Título II do Livro I. Desta forma, a legislação processual civil em vigor adota e amplia a aplicação deste procedimento, como meio de execução de títulos judiciais.

Título executivo judicial é aquele, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, proveniente de um pronunciamento judicial ou extrajudicial, de resolução de demandas. Deriva de uma prévia cognição e instrução, necessitando da fase de execução para ser implantado no mundo real, efetivando o direito reconhecido pela sentença ou por acordo homologado.

Desse modo, a lei estabelece que o procedimento a ser seguido é o de cumprimento de sentença, em relação aos seguintes títulos executivos judiciais:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

- I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;
- II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;
- III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;
- IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal;
- V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial;
- VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado;
- VII - a sentença arbitral;
- VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
- IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça;

Percebe-se, através da leitura do dispositivo legal, que esses títulos se originam de diversos institutos, como é o caso da sentença arbitral ou mesmo da decisão que homologa autocomposição extrajudicial. Mais uma vez se explicita o uso do sistema multiportas pelo Poder Judiciário, valorizando e incentivando o uso de meios alternativos de solução de conflitos.

O cumprimento de sentença, como já afirmado, é uma fase do processo de conhecimento, regulado pelo CPC a fim de provocar os efeitos derivados dos títulos produzidos.

Adiante, no próximo capítulo desta pesquisa, será analisado o procedimento de sentença relativo à tutela específica, com suas peculiaridades.

3.4 - Diferença entre as vias satisfativas encontradas no CPC/1973 e no CPC/2015

Observe-se que com o advento do Novo Código de Processo Civil ocorreram mudanças sensíveis em relação à execução dos títulos judiciais e extrajudiciais. Para compreendê-las, torna-se interessante visualizá-las através de esquemas gráficos.

Gaio Júnior apresenta, em sua obra “Instituições de Processo Civil”, na segunda edição, referente ao CPC anterior, um quadro sinóptico⁵³, em que estão relacionados os títulos executivos e suas vias satisfativas em regra geral, conforme trazido abaixo.

O citado autor faz ressalva quanto à última linha do quadro, por não haver consenso doutrinário no que se refere aos títulos ali descritos e sua via procedimental, na vigência do CPC/1973.

⁵³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *op. cit.* p. 432-433.

Título	Modalidade da Obrigação	Via Satisfativa
Títulos Executivos extrajudiciais – art. 585 do CPC	Obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia certa.	Execução autônoma. Livro II do CPC
Títulos Executivos Judiciais – art. 475-N.	Pagamento de quantia certa.	Cumprimento da Sentença (art. 475-I e segs.), aplicando-se subsidiariamente o Livro II do CPC (art. 475-R)
Títulos Executivos Judiciais, v.g.: a) Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (arts. 730-731 do CPC); b) Execução de Alimentos (arts. 732-735 do CPC); Execução Fiscal (Lei 6.830/1980)	Pagamento de quantia certa.	Continuam submetendo-se às regras específicas de seus respectivos processos, além daquelas subsidiárias acostadas no Livro II, Capítulo IV, do CPC.
Títulos Executivos Judiciais – art. 475-N	Obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa.	Arts. 461 e 461-A aplicando-se subsidiariamente o Livro II do CPC (art. 475-R)
*Títulos Executivos Judiciais – v.g., a sentença estrangeira, sentença arbitral, os acordos extrajudiciais homologados judicialmente (considerados títulos executivos judiciais pelo art. 475-N).	Obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa.	Arts. 461 e 461-A aplicando-se subsidiariamente o Livro II do CPC (art. 475-R)

Note-se que a tutela específica aparece como via satisfativa própria (arts. 461 e 461-A, Lei nº 5.869/73), aplicando-se subsidiariamente as regras do processo de execução de título extrajudicial.

Com a promulgação da Lei nº 13.105/2015, em nova edição da obra acima citada, Gaio Júnior⁵⁴ elabora outro quadro que espelha as modificações trazidas, obtendo a seguinte configuração:

Títulos	Modalidade da Obrigação	Via Satisfativa
Títulos Executivos Extrajudiciais (Art. 784 do CPC)	Obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia certa	Execução autônoma. Parte Especial. Livro II do CPC.
Títulos Executivos Judiciais (Art. 515 do CPC)	Pagamento de quantia certa.	Cumprimento da Sentença (art. 520 e ss.), aplicando, subsidiariamente, o Livro II do CPC (art. 513)
Títulos Executivos Judiciais (Art.515 do CPC): a) Exigibilidade de obrigação em face da Fazenda Pública; b) Exigibilidade de obrigação de prestar alimentos.	Pagamento de quantia certa.	Do Cumprimento de Sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública; Do Cumprimento de

⁵⁴ GAIO JÚNIOR. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.ed. (no prelo).

		Sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos.
Títulos Executivos Judiciais (Art. 515 do CPC)	Obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa.	Do Cumprimento de Sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa

Assim, a tutela específica deixa de ser uma via satisfativa em separado e passa a ser uma medida, um instituto que pode ser utilizado em todos os procedimentos, salvo os de pagar quantia certa, dentro do cumprimento de sentença e do processo autônomo de execução.

Apesar de ser uma aplicação menos complicada dentro do procedimento de cumprimento de sentença, se comparada ao CPC anterior, se torna mais lenta a obtenção da tutela, em que se pese à necessidade de contraditório e ampla defesa, já que depende do processo de conhecimento com a devida instrução probatória.

Tendo em vista tais transformações é que se passa ao próximo capítulo deste trabalho acadêmico.

CAPÍTULO 4 – TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES

A tutela específica, como afirmado acima, encontra amplo incentivo à sua utilização no texto do CPC/2015. É o mecanismo processual mais apropriado para entregar ao demandante o bem da vida, em vez de lhe entregar o valor pecuniário a título de perdas e danos. Resta saber como este procedimento pode contribuir de maneira significativa para reafirmar o processo como instrumento de efetivação de direitos e justiça, mesmo possuindo limitações.

4.1 – Modalidades de obrigações

O campo das obrigações é um dos mais importantes no estudo do Direito Civil. Ainda que as pessoas, em seu dia a dia, não se apercebam disto, é impossível viver em sociedade sem haver obrigações contraídas ou a ser observadas. De tal modo, é preciso iniciar este capítulo conceituando esta área do direito material.

Tepedino, Barboza e Moraes conceituam obrigação como sendo “relação de caráter patrimonial, em virtude da qual o devedor vincula-se a uma prestação, positiva ou negativa, em relação ao credor. A prestação, portanto, é seu objeto e pode consistir num ato ou numa abstenção.”⁵⁵

A partir deste conceito, verifica-se a existência de elementos componentes das obrigações, tanto objetivos, quanto subjetivos.

De acordo com Tartuce, são elementos objetivos da obrigação a prestação e o vínculo existente entre as partes, sendo que o primeiro é um elemento imediato, enquanto o segundo é um elemento imaterial. Elementos subjetivos da obrigação são o credor e o devedor, respectivamente, sujeito ativo e sujeito passivo.⁵⁶

Antes de passar às modalidades das obrigações, insta registrar que as relações obrigacionais, conforme salienta Tepedino *et al*, têm por base relações concretas entre pessoas e que valores constitucionais, destacando-se o princípio da solidariedade, incidem nas relações obrigacionais “não apenas como fundamento de cláusulas gerais como o princípio da

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v.1. 2.ed. rev.at. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.498.

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 10.ed.rev.atual.e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 5.

boa-fé objetiva, mas também no sentido de impor a ponderação dos interesses envolvidos em cada caso concreto.”⁵⁷ Sob este aspecto, nota-se a relevância do adimplemento obrigacional para a promoção da paz social, diminuindo-se seu aspecto puramente econômico.

4.1.1 – Obrigação de fazer e não fazer

Encontra-se no texto do Código Civil, Lei nº 10.460/2002, no Livro I da Parte Especial, o regramento relativo ao direito das obrigações. Seu Título I trata das modalidades das obrigações, e os Capítulos II e III, tratam, respectivamente, das obrigações de fazer e não fazer. Abaixo, o texto legal:

CAPÍTULO II

Das Obrigações de Fazer

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

CAPÍTULO III

Das Obrigações de Não Fazer

Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.

Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.⁵⁸

Existe uma obrigação infungível, corolária da obrigação de fazer, que consiste na obrigação de emissão de vontade. O CPC dela trata bem especificamente em seu artigo 501, analisado mais a frente neste capítulo.

4.1.2 – Obrigação de entregar coisa certa e incerta

Encontra-se regulada nos artigos 233 a 246 do Código Civil⁵⁹. De acordo com Tepedino e outros, as obrigações de entregar – ou dar – aplicam-se à transferência da

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.* p. 497.

⁵⁸ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2016.

propriedade da coisa, à cessão de sua posse ou à sua restituição. Ainda, à constituição de um direito real ou à concessão de uso. Não se confundem com as obrigações de fazer: “quando o dar pressupõe o fazer, se está diante de uma obrigação de fazer.”⁶⁰

Observe-se que a obrigação de dar coisa certa, conforme a regra geral insculpida na redação do artigo 233 do Código Civil, abrange seus acessórios, mesmo não mencionados.

4.1.3 – Obrigação de pagar quantia certa

A obrigação de pagar quantia certa, como visto no capítulo anterior, não se encontra sob as hipóteses de cabimento da tutela específica, utilizando-se dos meios já previstos no ordenamento processual para sua execução. Quer seja pelo cumprimento de sentença, quanto pelo processo de execução, exatamente porque o bem que se deseja é fungível, não necessita de meios coercitivos diferenciados para a consecução do mesmo.

⁵⁹ “Art. 233. A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.

Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu.

Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.

Art. 237. Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acréscidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação.

Parágrafo único. Os frutos percebidos são do devedor, cabendo ao credor os pendentes.

Art. 238. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda.

Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.

Art. 240. Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239.

Art. 241. Se, no caso do art. 238, sobrevier melhoramento ou acréscimo à coisa, sem despesa ou trabalho do devedor, lucrará o credor, desobrigado de indenização.

Art. 242. Se para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho ou dispêndio, o caso se regulará pelas normas deste Código atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé.

Parágrafo único. Quanto aos frutos percebidos, observar-se-á, do mesmo modo, o disposto neste Código, acerca do possuidor de boa-fé ou de má-fé.

(...)

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

Art. 244. Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor.

Art. 245. Cientificado da escolha o credor, vigorará o disposto na Seção antecedente.

Art. 246. Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito.” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2016.

⁶⁰ TEPEDINO et al. op. cit. p. 499.

O CPC, ao tratar de formas executivas da obrigação por quantia certa, prevê os modos pelos quais o patrimônio do devedor será atingido, entretanto, estes não compõem o escopo deste trabalho.

Ultrapassada esta questão, verifica-se que, com o inadimplemento das obrigações, nasce para o credor o direito de perseguir seu cumprimento. Se o credor quiser receber o bem em si, e não seu equivalente pecuniário, deve se valer da tutela específica.

4.2 – A tutela específica das obrigações

Denomina-se tutela específica ao comando judicial que se direciona ao cumprimento forçado da obrigação inadimplida, pelo próprio devedor, pelo credor às expensas do devedor, ou ainda por terceiro, a fim de que o credor veja satisfeito seu direito, pelo cumprimento da obrigação mesma ou de seu resultado prático equivalente. Chama-se tutela substitutiva ou subsidiária quando o que se executa é o equivalente econômico.⁶¹

Dessa forma, ao final de um processo de conhecimento, a sentença condenatória ou mandamental irá exigir do devedor o cumprimento forçado da prestação, no caso das obrigações de fazer ou não fazer, ou, a transferência da posse da coisa exata devida ao credor, no caso das obrigações de entregar (ou dar).

A lei estabelece duas hipóteses que excluem a possibilidade de satisfação pelo próprio objeto da lide, com o fim de atingir seu equivalente econômico. De acordo com o texto do artigo 499 do CPC, a obrigação somente será convertida em perdas e danos, caso assim requeira o autor ou se for impossível atingir a tutela específica ou seu resultado equivalente.

Salienta Theodoro que não cabe ao juiz, discricionariamente, converter a tutela requerida pelo autor em perdas e danos. É ao credor que cabe esta escolha, admitindo a tutela substitutiva.⁶²

O juiz dispõe de poderes oficiais para comandar o processo, inclusive no tocante a impor a execução específica, mas não o pode fazer para modificar o pedido do autor. Pode denegá-lo, se contrário ao direito. Não lhe toca, porém, substituí-lo por outro, nem mesmo a pretexto de fazer justiça ao demandado, se o autor exerce, de forma legítima, o direito subjetivo que a ordem jurídica lhe reconhece.⁶³

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v.II. 49.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 121.

⁶² *Ibidem*. p. 123.

⁶³ *Ibidem*. p. 123.

Assim sendo, o juiz pode escolher o melhor meio de realizar a execução, o que seja menos gravoso para o devedor, mas não ao ponto de modificar o pedido do autor, se este possui amparo legal.

A tutela específica pode ser concedida em sede de antecipação dos efeitos da tutela, nos moldes da tutela provisória, que pode ser de urgência ou de evidência. A tutela provisória encontra-se regulamentada nos artigos 294 a 311 do CPC. Trata-se de hipótese de prestação jurisdicional em sede de cognição sumária, o que significa dizer que mesmo antes da citação da parte adversa o juízo pode conceder a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, considerando os requisitos legais que devem embasar o pleito do autor da ação. No caso da tutela de urgência, há de se demonstrar que existem elementos evidenciadores da probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (artigo 300, CPC).

No caso de tutela de evidência, esta será concedida, independentemente de se demonstrar perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos casos em que:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.⁶⁴

Em ambas as hipóteses, tanto de urgência quanto de evidência, tem-se que a tutela não pode ser irrevogável, nem tampouco prover completamente o pedido a ser julgado ao final da demanda. No entanto, transcorrido todo o processo de conhecimento, a sentença prolatada pode confirmar a tutela deferida, para que passe a surtir todos os seus efeitos.

Não obstante o cabimento de antecipação de tutela, o legislador determinou dois momentos principais para que o juiz determine as medidas assecuratórias da tutela específica: no julgamento, ou seja, na prolação da sentença, e no cumprimento, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença.

4.2.1 – Julgamento das ações relativas às obrigações de fazer

⁶⁴ BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2016.

Estatui o CPC, na Seção IV do Capítulo XIII, procedimentos a serem tomados quando da prolação da sentença nas ações que têm por objeto o cumprimento de obrigações positivas, negativas e de entregar coisa.

Em relação às obrigações de fazer, assim afirma o diploma processual:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Conforme o texto, no julgamento da lide o juiz pode determinar medidas coercitivas que instem o devedor ao cumprimento da obrigação. Tais medidas de execução indireta devem atuar sobre a vontade do devedor.

Mais adiante, quando for observada a fase de cumprimento de sentença, tais medidas serão tratadas mais detidamente.

4.2.2 – Tutela inibitória

Em relação à tutela específica trazida pelo CPC no parágrafo único do artigo 497, a doutrina denomina-a de tutela inibitória. Assim é, pois o objetivo do demandante é que o demandado não pratique ato que possa lhe causar dano, antes mesmo que este ocorra.

Marinoni afirma que tal tutela é manejada em ação de conhecimento, e que sua importância consiste no fato de ser capaz de impedir que a prática, repetição ou continuação de ato ilícito, atuando de maneira preventiva na proteção, especialmente, dos direitos de cunho não-patrimonial.⁶⁵

Aduz ainda que tal tutela encontra guarida no texto constitucional, nas garantias de inafastabilidade da jurisdição e de acesso à justiça. Nas palavras de Marinoni,

há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador – obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010. p. 192.

Importa salientar que, enquanto o texto do Código Civil vincula, em seu artigo 186, a prática do ato ilícito e a existência do dano, o CPC rompe este vínculo, garantindo a proteção contra a prática de ato ilícito, mesmo sem a existência do dano. Em verdade, exige somente a probabilidade de existência do ato ilícito.

Gaio Júnior tece considerações sobre o tema, a fim de esclarecer a necessária dissociação entre o ato ilícito e o dano:

Observa-se que a prática de um ato contrário ao direito não tem, fundamentalmente, como consequência o surgimento do dano. Assim, tem-se que o ato ilícito é qualquer conduta contrária ao direito, sendo o dano um prejuízo material ou moral que pode vir ou não da prática de um ato ilícito.

Estando a tutela inibitória voltada para o futuro com natureza essencialmente preventiva, é cristalino que a mesma não possui, necessariamente, relação direta com o dano, sendo autorizado manejá-la para fins de que não se pratique um ilícito sem que, para tanto, seja demonstrado cabalmente um dano futuro.

O esclarecimento dessa confusão não apenas deixa claro que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito como também permite a delinação de uma tutela legitimamente preventiva, não tendo a mesma relação com a probabilidade do dano, mas apenas relação com o ato contrário ao direito.⁶⁶

Aliás, em relação à tutela inibitória, na obra “Biografia não autorizada *versus* liberdade de expressão”⁶⁷, Canotilho, Machado e Gaio Júnior esclarecem que esta possui fundamentação constitucional, conforme se lê no inciso XXXV do artigo 5º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo assim até desnecessário que o ordenamento infraconstitucional regulasse tal garantia. Não obstante, a partir da inclusão dos artigos 461 e 461-A, no CPC/1973, surgiu a oportunidade de manuseio da tutela inibitória não somente em sede de interdito proibitório (artigo 932 do CPC/1973, hoje regulado no artigo 567 do CPC vigente) ou de habeas corpus preventivo, nos moldes da Lei nº 12.016/09, mas também de forma atípica, com o fito de proteger direitos os mais variados, inclusive os de personalidade e coletivos, de maneira preventiva à prática de um ato ilícito.

Essa tutela preventiva, de caráter inibitório, também pode ser concedida em sede de tutela provisória, tanto de urgência, quanto de evidência. Sendo medida de extrema necessidade de celeridade, pode-se também afirmar seu cabimento em sede de tutela antecipada antecedente.

⁶⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Apontamentos para a Tutela Específica no Novo Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. 2016 v. 12 n. 70 jan./fev. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_27178139_APONTAMENTOS_PARA_A_TUTELA_ESPECIFICA_NO_NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL.aspx>. Acesso em 29 de outubro de 2016.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 78 – 80.

Na obra “Técnica processual e tutela dos direitos”, Luiz Guilherme Marinoni explica que há três modos de utilização da tutela inibitória: primeiro, para impedir a prática de ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido pelo réu; segundo, quando visa a inibir a repetição de ato ilícito, e; terceiro, para inibir a continuação do ato ilícito. As ações manejadas se diferenciarão na medida em que se distingue o que deve ser provado em cada uma delas.⁶⁸

Outra observação interessante a respeito do entendimento doutrinário a respeito da tutela inibitória é que pode-se afirmar que esta não se contenta somente com uma conduta abstensiva do réu. A partir do momento que se compreende que o objeto de tal tutela é a proteção contra determinado ato ilícito, pode não ser suficiente só o ato omissivo, mas também uma ação do réu, a fim de evitar a prática do ato ilícito. Como exemplo, cite-se a obrigação de instalar um filtro em uma chaminé de fábrica, a fim de evitar a emissão danosa de poluentes no meio ambiente.⁶⁹

4.2.3 – Tutela específica da obrigação de declarar vontade

Merece destaque o artigo 501 do CPC, que trata da obrigação de declaração de vontade. Tal tema é estudado por Gaio Júnior em sua obra “Tutela específica das obrigações de fazer”⁷⁰, porquanto possui um diferencial em seu tratamento, cuidando-se de tutela de obrigação juridicamente infungível.

Aplicável aos casos em que a obrigação constituída está firmada sobre um pré-contrato, ou uma promessa de compra e venda, o dispositivo supracitado determina que “Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.”

Ou seja, o devedor, mesmo resistindo e não assinando a documentação que aperfeiçoaria o negócio jurídico já firmado entre as partes, continua obrigado, uma vez que a sentença supre sua assinatura, promovendo a eficácia do contrato e formando título executivo.

Ressalve-se, porém, a possibilidade de perda da coisa – que é objeto do direito subjetivo do credor – em decorrência de alienação a terceiro de boa-fé, não caracterizada como fraude à execução. Neste caso, não será possível realizar a entrega da coisa, que seria

⁶⁸ *Ibidem*, p. 196 – 197.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 200.

⁷⁰ GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer*. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2015.

um corolário da decisão judicial, tendo em vista o limite imposto, mesmo existindo a substituição da vontade do devedor por sentença. Ocorrendo esta hipótese, como aduzido por Gaio Júnior, não será possível obter uma tutela eminentemente específica⁷¹.

Não obstante a exceção acima apresentada, a tutela específica que consiste em declaração da vontade do devedor se constitui na única com certeza de efetividade.

Em relação às medidas coercitivas cabíveis à modalidade em tela, frise-se aqui a possibilidade do Magistrado fixar prazo para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação, cominando multa diária diante do descumprimento, exigível a partir da sentença. Quanto a isto, afirma Gaio Júnior: “O fato de ser a sentença que produz os efeitos da declaração da vontade do devedor não pode impedir a condenação na multa. Caso contrário, concluiríamos que quem resistisse até o fim, injustificadamente, levaria vantagem sobre quem resolvesse cumprir.”⁷²

4.2.4 – Julgamento das ações relativas às obrigações de entregar coisa

No que tange ao julgamento das ações relativas à obrigação de entregar coisa, certa ou incerta, assim fixa o CPC:

Art. 498. 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.
Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.⁷³

Na sentença que concede a tutela específica relativa à entrega de coisa, se aplicam as mesmas técnicas referentes às obrigações de fazer, no que couber. Desta forma, as medidas de execução indireta também podem ser utilizadas como meio de compelir o devedor à entrega do bem da vida, tanto mediante requerimento da parte, que pode ocorrer desde a inicial, quanto de ofício, pelo magistrado, na parte dispositiva da sentença.⁷⁴

⁷¹ *Ibidem*, p. 88.

⁷² *Ibidem*, p. 96.

⁷³ BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2016.

⁷⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. Arts. 498 e 499. In CRUZ E TUCCI, José Rogério. *et al.* (coord.) *Código de Processo Civil Anotado 2015*. Ed. Digital. Paraná/São Paulo: OAB Paraná/ Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2015. p. 804.

Sobre o assunto, Humberto Theodoro Júnior consigna que, “toda execução de entrega de coisa, em princípio, deve ocorrer ‘de forma específica’ (art. 461-A), não importando que a prestação decorra de direito real ou pessoal, de obrigação convencional ou legal”.⁷⁵ Isto decorre do fato de que não há previsão no texto legal de que esta prestação possa ser substituída por outra que produza resultado prático equivalente ao adimplemento.

4.3 – Cumprimento de sentença de obrigação de fazer, não fazer ou entregar

Tendo sido prolatada a sentença, transitada em julgado, tratando-se de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, passa-se ao cumprimento de sentença, conforme instruído pelo Capítulo VI, Título II, do CPC.

Neste momento também o juiz poderá escolher, dentre o rol ofertado pelo Código, as medidas necessárias para a satisfação do credor, forçando o cumprimento da obrigação ou de prestação equivalente.

O parágrafo primeiro do artigo 536 traz diversas medidas de execução indireta, a serem determinadas de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte, a saber, “a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

Insta salientar que embora haja este rol, o mesmo não é taxativo, devendo ser interpretado em conjunto com o artigo 139, inciso IV, do CPC, que determina que incumbe ao juiz, na direção do processo, “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;”

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados – ENFAM, em seu Seminário - O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, realizado em agosto de 2015, aprovou sessenta novos enunciados, dos quais cabe aqui destacar o de número 48: “O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.”⁷⁶

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.* p.151. Observe-se que o dispositivo citado pertence ao CPC/1973.

⁷⁶ ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS - ENFAM. Enunciados aprovados. *Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 27 de dezembro de 2016.

Registre-se que, embora os enunciados do ENFAM não possuam caráter vinculante, servem como orientação para o exercício do julgamento pelos Magistrados, justamente aqueles a quem o dispositivo processual supracitado dá poderes para determinar quaisquer medidas que possam assegurar o cumprimento da ordem judicial.

Ou seja, com a redação do dispositivo em tela o legislador ampliou o poder de atuação do Magistrado na condução do processo, no que foi seguido pela orientação da ENFAM, com o fito de torná-lo mais hábil a satisfação do exequente, com a efetivação da tutela pleiteada, em sua forma específica.

Cabe fazer menção ao artigo 497 do CPC, pois ao determinar tais “providências que assegurem a tutela pelo resultado prático equivalente”, o juiz pode se valer do rol ofertado pelo artigo 536, parágrafo primeiro, e de outras medidas, conforme lhe incumbe o artigo 139, IV, ambos do CPC.

Neste sentido, uma decisão de grande repercussão foi proferida no processo de número 4001386-13.2013.8.26.0011, da 2ª Vara cível da Comarca de São Paulo (Pinheiros), sendo a primeira de que se tem notícia a determinar medidas atípicas de execução indireta, com fulcro no inciso IV do artigo 139 do CPC. Trata-se de execução de título extrajudicial, na qual a Juíza entendeu que o executado escondia patrimônio para não adimplir as dívidas. Assim, determinou a apreensão de seu passaporte, a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação – CNH, além de determinar o cancelamento de cartões de crédito do executado. Tal decisão foi publicada no Diário da Justiça do Estado de São Paulo no dia 30/08/2016.⁷⁷

⁷⁷ “Vistos.

Diz o art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil:

‘Art. 139: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária’.

O dispositivo legal mencionado trouxe para a execução pecuniária possibilidades antes não previstas no Código de Processo Civil/1973. Anoto que a lei anterior, em seus arts. 461, § 5º e 461-A, § 3º, do CPC/1973, previa possibilidade de medidas específicas para garantir o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (tutela específica). Buscava, assim, a lei, garantir a efetivação da ordem judicial, com obtenção do resultado prático equivalente. Todavia, essa possibilidade não existia para a execução pecuniária.

A novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil no artigo supra citado amplia os poderes do juiz, buscando dar efetividade a medida, garantindo o resultado buscado pelo exequente. Assim, a lei estabelece que compete ao juiz, na qualidade de presidente do processo, determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Dessa forma, a nova lei processual civil adotou o padrão da atipicidade das medidas executivas também para as obrigações de pagar, ampliando as possibilidades ao juiz que conduz o processo, para alcançar o resultado objetivado na ação executiva.

Tais medidas, todavia, não poderão ser aplicadas indiscriminadamente. Entendo necessário que a situação se enquadre dentre de alguns critérios de excepcionalidade, para que não haja abusos, em prejuízo aos direitos de personalidade do executado.

O executado impetrou Habeas Corpus, que concedeu a liminar pleiteada, nos seguintes termos:

Nº 2183713-85.2016.8.26.0000 - **Processo Digital. Petições para juntada devem ser apresentadas exclusivamente por meio eletrônico, nos termos do artigo 7º da Res. 551/2011** - Habeas Corpus - São Paulo - Impetrante: Paulo Antonio Papini - Impetrante: Ariston Pereira de Sá Filho - Paciente: MILTON ANTONIO SALERNO - Impetrado: Mm Juiz de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga - Interessado: Gran Brasil Litoral Veículos e Peças Ltda - Trata-se de “habeas corpus” impetrado em decorrência de parte da decisão proferida nos autos da execução de título extrajudicial proposta por “Grand Brasil Litoral Veículos e Peças Ltda.” em face de Milton Antonio Salerno, que determinou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado, bem como a apreensão de seu passaporte, até pagamento do débito exequendo. Aduzem os advogados do paciente, em síntese, que a coação é ilegal e afetará o direito de locomoção, garantido constitucionalmente. Assim, requerem a concessão de liminar para imediata devolução do passaporte e o afastamento da suspensão do direito de dirigir veículos automotores. Em que pese a nova sistemática trazida pelo art. 139, IV, do CPC/2015, deve-se considerar que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que em seu art. 5º, XV, consagra o direito de ir e vir. Ademais, o art. 8º, do CPC/2015, também preceitua que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz não atentará apenas para a eficiência do processo, mas também aos fins sociais e às exigências do bem comum, devendo ainda resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade. Por

Assim, as medidas excepcionais terão lugar desde que tenha havido o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, havendo indícios que o devedor usa a blindagem patrimonial para negar o direito de crédito ao exequente. Ora, não se pode admitir que um devedor contumaz, sujeito passivo de diversas execuções, utilize de subterfúgios tecnológicos e ilícitos para esconder seu patrimônio e frustrar os seus credores.

A medida escolhida, todavia, deverá ser proporcional, devendo ser observada a regra da menor onerosidade ao devedor (art. 805 do Código de Processo Civil). Por fim, necessário observar que a medida eleita não poderá ofender os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal. Por exemplo, inadmissível será a prisão civil por dívida.

Todavia, a gama de possibilidades que surgem, a fim de garantir a efetividade da execução, são inúmeras, podendo garantir que execuções não se protelem no tempo, nem que os devedores usem do próprio processo para evitar o pagamento da dívida.

O Enunciado nº 48 do ENFAM analisa expressamente a possibilidade de imposição de medidas coercitivas para a efetivação da execução pecuniária. Diz o referido enunciado:

‘O art. 139, inciso IV, traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos’.

O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução.

Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva.

Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado Milton Antonio Salerno, determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida.

Oficie-se ao Departamento Estadual de Trânsito e à Delegacia da Polícia Federal.

Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida.

Oficie-se às empresas operadoras de cartão de crédito Mastercard, Visa, Elo, Amex e Hipercard, para cancelar os cartões do executado.

A parte interessada fica ciente que os ofícios estarão à disposição para retirada na internet. A parte interessada deverá imprimir e encaminhar o ofício, comprovando o regular encaminhamento em 10 dias.

Int.”

tais motivos, concedo a liminar pleiteada. Comunique-se à autoridade coatora para que providencie as medidas cabíveis e urgentes para o desfazimento do ato por ela praticado, bem como encaminhe a este Tribunal as necessárias informações. Após, os autos devem ser direcionados à douta Procuradoria Geral de Justiça. Int. Após, conclusos. - Magistrado(a) Marcos Ramos - Advts: Paulo Antonio Papini (OAB: 161782/SP) - Ariston Pereira de Sá Filho (OAB: 355664/SP) - Ricardo Collucci (OAB: 247986/SP) - Conselheiro Furtado, nº 503 - 5º andar (TJ-SP – HC: 2183713-85.2016.8.26.0000 SP, Magistrado(a) Marcos Ramos, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/09/2016 - Edição 2198)⁷⁸

Em outro feito da mesma Comarca, após ter sido proferida decisão semelhante, determinando as mesmas medidas coercitivas, o executado interpôs Agravo de Instrumento ao qual foi dado provimento, tendo acordado os Desembargadores, conforme ementa abaixo trazida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – LOCAÇÃO – COBRANÇA – Decisão agravada determinou a “suspensão” da Carteira Nacional de Habilitação, a “restrição” do passaporte e o cancelamento dos cartões de crédito do Executado Marcelo, até o pagamento da dívida – Possível a imposição de medidas coercitivas pelo magistrado, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem violação a direitos e garantias fundamentais do Executado – “Suspensão” da Carteira Nacional de Habilitação e “restrição” do passaporte violam o direito à liberdade de locomoção (artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal) e tornam mais dificultoso o exercício da atividade empresarial pelo Executado Marcelo, resultando na falta de renda para o pagamento da condenação, com evidente prejuízo à Exequite – Exequite não indicou bens à penhora e não pleiteou a realização de pesquisas (via Infojud e Renajud) para verificar se o Executado Marcelo é proprietário de bens – Violado o princípio da menor onerosidade para o Executado – RECURSO DO EXECUTADO MARCELO PROVIDO, PARA AFASTAR A DECISÃO AGRAVADA, QUANTO À “SUSPENSÃO” DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO, À “RESTRIÇÃO” DO PASSAPORTE E AO CANCELAMENTO DOS CARTÕES DE CRÉDITO DO EXECUTADO MARCELO (TJ-SP – AI: 2183513-78.2016.8.26.0000 SP, Relator: Flávio Abramovici, Data de Julgamento : 10/11/2016, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/11/2016)⁷⁹

Nota-se, pelo exemplo citado, que não obstante o artigo 139, inciso IV do CPC autorize o uso de todas as medidas cabíveis com o fito de tornar efetiva a execução em face do devedor, espera-se que o Magistrado utilize os princípios da execução (proporcionalidade,

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus nº 2183713-85.2016.8.26.0000, da 30ª Câmara de Direito Privado. Magistrado Marcos Ramos. Data de Publicação: 12/09/2016. *Diário da Justiça Eletrônico*. Poder Judiciário. São Paulo/SP. Ed. 2198. p. 635. Disponível em: <<http://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2198&cdCaderno=11&nuSeqpagina=635>>N. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2183513-78.2016.8.26.0000, da 35ª Câmara de Direito Privado. Relator: Flávio Abramovici. Data de Julgamento: 10/11/2016. Data de Publicação: 17/11/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2183513-78.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2183513-78.2016.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar#?cdDocumento=29>>. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

da menor onerosidade ao devedor, entre outros), sem deixar de levar em conta os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Ou seja, apesar do texto infraconstitucional permitir o uso de medidas atípicas, estas devem estar em consonância com o que apregoa o próprio artigo 8º do CPC: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo noticiou em seu portal eletrônico que tem obtido decisões favoráveis aos pedidos de suspensão da CNH, como medida coercitiva, apresentados em face de devedores em execução de alimentos, conforme encontrado no portal eletrônico do referido órgão⁸⁰. Destacam-se os seguintes trechos da notícia:

Para compelir devedores de pensão alimentícia a pagarem os valores devidos, decisões judiciais recentemente obtidas pela Defensoria Pública de SP, ao menos em Santos e na Capital, determinaram a suspensão de carteiras de habilitação, cartões de crédito e passaporte. As decisões recentes foram obtidas com base no novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor no último mês de março.

(...) O Defensor Público Alexandre Pereira Soares, responsável pelo caso, argumentou que, apesar de não haver previsão legal expressa para a suspensão da CNH nesses casos, o novo CPC prevê no artigo 139, inciso IV, que o Juiz pode “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”

Soares citou diversos autores que defendem a possibilidade de suspensão da licença para dirigir veículos automotores e apontou que, no caso da dívida de pensão alimentícia, o que está em jogo é o direito à vida e à existência digna. O Defensor argumenta ainda que, se a legislação e a própria Constituição autorizam a prisão civil do devedor de alimentos, pode-se concluir que outros meios coercitivos menos severos que a prisão também são autorizados pelo novo Código de Processo Civil.

No dia 24/11, a Justiça em Santos determinou a suspensão da habilitação da devedora. (...)

Tem-se, com estes exemplos, que a aplicação de medidas atípicas de execução indireta está em franca construção, conforme surgem os pedidos dos patronos da parte e também como os magistrados têm respondido a eles. Somente com o decorrer do tempo é que esta questão apresentará melhor delineamento. Fato é que os pedidos neste sentido devem ser bem fundamentados, respeitando-se os princípios da execução e, ainda, não podem ferir garantias constitucionais do devedor, de modo não sopesado.

⁸⁰ Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Portal de Notícias. *Para garantir pagamento de pensão alimentícia, Justiça suspende CNHs, cartões de crédito e passaporte, a pedido da Defensoria Pública*. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaConsulta.aspx?idItem=70335&idPagina=1>>. Acesso em 08 de janeiro de 2017.

Não obstante as medidas atípicas tratadas acima, existem aquelas que se encontram expressas no texto do CPC. Uma dessas medidas de execução indireta, previstas no texto legal é a estipulação de multa, enquanto o vencido não cumprir a obrigação inadimplida. A essa multa, denomina-se *astreintes*, reguladas no artigo 537 do CPC. A astreinte deriva do direito francês, como um modo de compelir, pelo custo da inadimplência, ao cumprimento da obrigação ou de seu resultado prático equivalente, desenvolvida a partir do entendimento que a lei não pode forçar a execução do *facere* através de violência física empregada sobre o devedor.⁸¹

Com a imposição da multa, o inadimplemento da obrigação deixou de gerar apenas perdas e danos, passando a ser aplicada uma eficiente maneira de pressionar o executado ao cumprimento da obrigação.

Ocorre que, com o tempo de duração do processo no sistema judiciário brasileiro, as multas costumam somar grandes valores até ocorrer o trânsito em julgado da sentença. Então, muitas vezes o Tribunal tende a diminuir o valor da multa no julgamento do último recurso pendente, com o fundamento em evitar o enriquecimento sem causa do demandante.

Porém, o texto do novo CPC traz uma ressalva quanto à possibilidade de ser reduzida a multa. No artigo 537, no parágrafo primeiro e incisos I e II, o legislador afirma que o juiz, de ofício ou a requerimento, pode excluir ou modificar o valor da multa imposta quando verificar excesso ou insuficiência, ou ainda o cumprimento parcial da obrigação, ou descumprimento justificado. Observe-se, no entanto, que isto se aplica à multa vincenda, não à vencida. Ou seja, o juiz não poderá reduzir o valor da multa que já correu desde a decisão que tornou exigível a prestação da obrigação (artigo 537, §4º, CPC), sob pena de estar privilegiando o devedor recalcitrante.

Por outro lado, não parece ser este o entendimento firmado pelo STJ. Em informativo de jurisprudência, a Corte já se manifestou no sentido de que, embora medida excepcional, é cabível, a qualquer tempo, a revisão do valor das astreintes.⁸²

⁸¹ ASSIS, Araken de. *op.cit.* p. 569.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência Número 539*. Brasília, 15 de maio de 2014. p.4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO DA DECISÃO QUE FIXA MULTA COMINATÓRIA. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ). A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a multa cominatória não integra a coisa julgada, sendo apenas um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, podendo ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente. Precedentes citados: REsp 1.019.455-MT, Terceira Turma, DJe 15/12/2011; e AgRg no AREsp 408.030-RS, Quarta Turma, DJe 24/2/2014. REsp 1.333.988-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 9/4/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0539'>>. Acesso em 03 de janeiro de 2017.

Em julgamento de Recurso Especial, o STJ manifesta a possibilidade excepcional de redução do valor arbitrado às astreintes, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.⁸³

Por isto, a determinação da multa deve ser equilibrada, de modo a que o devedor não ache mais conveniente o pagamento da mesma que o cumprimento da obrigação, que é justamente a finalidade de sua imposição, conforme orienta o artigo 537 do CPC.

Outra observação importante é que o CPC deixa expresso, no parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal, que o valor da multa é devido ao exequente. Dessa forma, é incabível qualquer manifestação no sentido de fundamentar a redução do montante a ser pago no enriquecimento sem causa do exequente, ou mesmo de que a titularidade da multa cabe ao Estado. O exequente não ingressa em juízo porque almeja o recebimento do valor da multa: ele sofre com o descumprimento da obrigação a que, esta sim, almeja ver cumprida. Outrossim, diga-se que a multa não possui caráter ressarcitório.

O CPC também regula a possibilidade de execução provisória da multa. O parágrafo 3º do artigo 537 trata desta hipótese, orientando que o valor a ser executado deve ser depositado. Entretanto, afirma que o valor depositado só deve ser levantado após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte, em redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016, que passou a inadmitir a pendência de agravo, prevista na redação original do artigo.

Tendo em vista que o cumprimento da obrigação é a finalidade da lide, e que a execução deve ocorrer para a satisfação do credor, os juízes têm liberdade de escolher a execução indireta que mais se adequa ao caso concreto. Quer seja o desfazimento de obra, quer seja uma suspensão do direito de dirigir, deve ser adequada e suficientemente gravosa para compelir o devedor ao dever que lhe cabe.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1507955 RS 2014/0342879-4 - Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - Julgamento: 07/04/2015 - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Publicação: DJe 14/04/2015. Ementa: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL. PECULIARIDADES DA CAUSA. 1. Trata-se de ação de revisão de contrato de financiamento de veículo com garantia fiduciária na qual foi realizado acordo entre as partes, não tendo o credor cumprido com a obrigação de informar ao órgão de trânsito a baixa do gravame. 2. O tema da necessidade de intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento da obrigação não foi objeto de exame pelo Tribunal local, ausente, portanto, o necessário prequestionamento da tese. Incidência da Súmula nº 282/STF. 3. Inviável a alegação de impossibilidade de cumprimento da obrigação em virtude da existência de penhora incidente sobre o veículo determinada em processo diverso (execução fiscal) diante da autonomia dos gravames (alienação fiduciária versus penhora). 4. A revisão do valor das astreintes é medida excepcional que somente se admite nesta instância nos casos em que o valor for irrisório ou excessivo, a fim de se preservar a finalidade do instituto. Precedentes. 5. No caso concreto, em que a obrigação principal era no importe de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), mostra-se excessivo o valor da multa fixada no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) acrescida de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia, até o limite de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), devendo ser reduzida a multa inibitória para o valor total de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403428794&dt_publicacao=14/04/2015>. Acesso em 03 de janeiro de 2017.

Pode se utilizar de força policial para dar cumprimento ao comando, pode ser cumprida por dois oficiais de justiça, enfim, o que for necessário e capaz de compelir o executado a fazer, não fazer ou entregar o que foi determinado pela decisão judicial.

Em relação à entrega de coisa, insta ressaltar que, no caso de ser verificada a impossibilidade da prestação, quer porque não foi localizada, ou foi perdida, ou simplesmente deixou de existir, o credor poderá pleitear mesmo na fase de cumprimento de sentença a tutela substitutiva, a fim de converter-se a entrega da coisa em valor indenizatório, por não comportar mais a execução em sua forma específica.⁸⁴ Afirma Theodoro Júnior que

A mudança de rumo da execução, substituindo a entrega da coisa pelo equivalente econômico, não atrita com a imutabilidade da sentença transitada em julgado. É o próprio direito material reconhecido ao credor que traz ínsito o poder de transmutar seu objetivo. Sempre, pois, que se emite uma condenação da espécie, implícita estará a eventualidade de ser cumprida sob a forma de indenização, se a entrega da coisa se tornar impossível.⁸⁵

4.4 – A tutela específica no processo de execução

O Livro II, da Parte Especial do CPC trata do processo de execução. Também lá é possível ver os efeitos da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer ou entregar. É nele que estão previstos os procedimentos relativos à execução dos títulos executivos extrajudiciais.

Como dito no capítulo anterior deste trabalho, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, à tutela específica, além do estatuído nos artigos 461 e 461-A, eram aplicadas, subsidiariamente, as regras do processo de execução, no Livro II da Lei 5.869.

Hoje o texto do novel CPC normatiza a aplicação da tutela específica não mais como via satisfativa autônoma, mas como meio de efetividade processual, tanto no processo de conhecimento, quanto no processo de execução.

Assim, quando o CPC, em seu Livro II, estabelece o procedimento do processo de execução, separa, dentre as diversas espécies desta, a execução para a entrega de coisa (artigos 806 a 813, CPC) e a execução das obrigações de fazer ou não fazer (artigos 814 a 823, CPC), todas firmadas em títulos extrajudiciais.

4.5 – Defesa do executado

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op.cit.* p.151.

⁸⁵ *Ibidem.* p.152.

Embora a execução, quer na fase de cumprimento de sentença ou em ação autônoma, seja lastreada no interesse do exequente, não fica isenta de observar o devido processo constitucional.

O texto do CPC prevê que na etapa de cumprimento de sentença, mesmo depois de concluído o processo de conhecimento, no qual foram observadas todas as garantias constitucionais, o executado ainda pode apresentar impugnação à execução. Isto, justamente em decorrência do princípio do contraditório, que aparece bem ampliado no texto do novel código processualista civil, insculpido nos artigos 9º e 10:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

(...)

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

Assim é a redação do artigo 536, parágrafo 4º: “No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.” E, por sua vez, apregoa o artigo 525:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;

V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

Todavia, a impugnação, regra geral, não suspende a execução, a não ser que o executado assim requeira e ofereça suficiente garantia do juízo, além de relevante fundamentação, nos moldes estatuídos pelos parágrafos 6º e subsequentes do artigo supracitado:

§ 6º A apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe

efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

§ 7º A concessão de efeito suspensivo a que se refere o § 6º não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens

§ 8º Quando o efeito suspensivo atribuído à impugnação disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante.

§ 9º A concessão de efeito suspensivo à impugnação deduzida por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não impugnaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao impugnante.

§ 10. Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando, nos próprios autos, caução suficiente e idônea a ser arbitrada pelo juiz.

§ 11. As questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes, podem ser arguidas por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato.

Ou seja, embora haja lugar no processo para a apresentação da impugnação, não se alcança de imediato o efeito suspensivo, desejável pelo executado. O cumprimento de sentença prossegue, devendo o exequente apresentar caução para tal fim (parágrafo 10, artigo 525, CPC), ou ainda com o seguimento da execução em relação à parte não impugnada (parágrafo 8º, artigo 525, CPC).

Impende salientar que o CPC prevê, em seu artigo 538, parágrafos 1º e 2º, que tanto a alegação de existência de benfeitorias realizadas pelo devedor na coisa a ser entregue, bem como o direito de retenção, devem ser arguidos em sede de contestação. Caso o devedor não o faça nesse momento, resta precluso.

4.6 - A tutela ressarcitória na forma específica

Tendo dito que a tutela específica é um mecanismo apto à concretização da instrumentalidade do processo na consecução da justiça, impende demonstrar como tal mecanismo se aplica às questões relativas ao ressarcimento devido por danos sofridos em consequência de um ato ilícito.

Acima observou-se que há cabimento da tutela inibitória em face de ato ilícito ou sob risco de sua ocorrência, ainda que não ocorra dano. Agora, trata-se da reparação mais adequada à reparação do dano ocorrido em decorrência de um ato ilícito perpetrado. Ou seja, aplica-se a responsabilidade.

Trata-se de entender que o demandante tem direito a pleitear o ressarcimento específico, a reparação adequada, e não somente a que se traduz por perdas e danos. Em

outras palavras, ele tem direito a receber algo que faça com que as coisas voltem ao *status quo ante*, que se recomponha a realidade de tal modo, a fim de que ela seja o que seria se não tivesse sofrido dano algum, ou o mais próximo disto.

Observando deste modo, torna-se fácil perceber porque a simples indenização pecuniária não é a melhor tutela a ser prestada ao jurisdicionado que quer ver satisfeita, de modo concreto, sua pretensão.

Marinoni explica que em virtude das novas necessidades do direito substancial torna-se importante insistir nessa forma específica de ressarcimento⁸⁶. Mais uma vez nota-se a relevância do binômio direito-processo, conforme abordado no capítulo primeiro, a fim de atender de modo mais efetivo às demandas dos jurisdicionados.

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, foi o primeiro a munir de ferramentas próprias àqueles que buscavam esta forma específica de ressarcimento.

Mais tarde, diante dos resultados práticos de sua utilização, verificou-se que não só as demandas consumeristas requeriam o emprego dessas técnicas. Então, com a inserção dos artigos 461 – este, plasmando o dispositivo da Lei consumerista – e 461-A no Código de Processo Civil de 1973, pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994 e pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, estendeu-se a tutela específica às demais prestações de fazer, não fazer e entregar, ao momento do cumprimento de sentença e ao procedimento autônomo de execução, como visto no terceiro capítulo acima.

A redação dos dispositivos supracitados – artigo 84 do CDC e artigos 461 e 461-A do CPC/1973, constitui-se em marco da instrumentalização do processo. Não é por menos que o CPC vigente manteve este direcionamento nos artigos 497 e 498, com o objetivo de pavimentar o caminho em direção à tutela jurisdicional efetiva.

Percebe-se no ordenamento jurídico a forte intenção de resguardar o acesso a direitos fundamentais, como o são o direito do consumidor (artigo 5º, XXXII, CRFB), ao meio ambiente equilibrado (artigo 225, CRFB)

Como afirmado por Marinoni,

Aliás, a prioridade do ressarcimento na forma *específica nem mesmo precisaria estar prevista na lei, uma vez que é imposição que decorre da própria natureza dos direitos e do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional*. De modo que, ainda que nada estivesse presente na lei quanto à *forma* de ressarcimento, ao lesado sempre deveria se dar a opção do ressarcimento na forma específica, a qual, em relação aos direitos transindividuais, nem mesmo constitui opção, mas sim

⁸⁶ *Ibidem*. p. 308.

*obrigação, pois o legitimado à sua tutela não pode preferir dinheiro no lugar da reparação in natura.*⁸⁷

No que diz respeito à proteção do consumidor, o texto do CDC estabelece que, comprovado o defeito do produto ou do serviço, o dano causado e o nexo de causalidade, o fornecedor tem o dever de ressarcir. Este dever também persiste nos casos de responsabilidade objetiva, conforme se extrai do conteúdo dos artigos 12, parágrafo 3º e 14, parágrafo 3º, do mesmo diploma legal. Constatado esse ônus, serão aplicadas as medidas indicadas pelo artigo 84, ampliadas pela aplicação subsidiária do CPC, inclusive com a aplicação de multa.

No que diz respeito à multa, não se pode confundi-la com a tutela de ressarcimento: enquanto esta é a obrigação principal, aquela é acessória. Se assim não fosse, assinala Marinoni, o dever de reparar teria sido transformado em obrigação de pagar.⁸⁸

Em se tratando do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabe a todos, poder público e coletividade, a responsabilidade por sua preservação. Em face de um dano provocado ao meio ambiente, em decorrência de ato ilícito, primeiramente cabe observar que puramente a indenização pecuniária seria ineficiente para a reparação do dano. Em segundo lugar, não há como delegar a uma só pessoa ou a poucos, a legitimidade para pleitear e receber esses valores a título de indenização.

Torna-se assim evidente que, pela própria natureza do direito ambiental, é preciso que essa tutela ressarcitória se dê na forma específica, como salientado por Marinoni,⁸⁹ já que objetiva-se recompor o meio ambiente, a fim de que esteja no mesmo estado em que se encontraria caso o ato ilícito não tivesse ocorrido, causando os danos evidenciados. Em resposta ao segundo problema destacado no parágrafo acima, deverá ser proposta ação coletiva de ressarcimento na forma específica, pelos legitimados elencados na própria Lei de Ação Coletiva, tendo em vista se cuidar de direito difuso, transindividual.

Percebe-se, todavia, que o ressarcimento na sua forma específica pode ser cumulado com o ressarcimento em dinheiro, em razão da possibilidade de o dano não poder ser reparado completamente através da tutela específica. Nesse sentido, orienta Marinoni.

Como a indenização em dinheiro, nesse caso, não serve para o ressarcimento na forma específica – já que a indenização pecuniária foi requerida exatamente por ser impossível a reparação *in natura* –, ela deve ser carreada ao Fundo previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública e utilizada para a recomposição de bens

⁸⁷ *Ibidem.* p. 313.

⁸⁸ *Ibidem.* p. 336.

⁸⁹ *Ibidem.* p. 337.

semelhantes ao lesado ou mesmo na prevenção da agressão aos direitos do porte do violado.⁹⁰

Portanto, uma vez mais, o olhar do processualista deve se voltar ao acesso do jurisdicionado à justiça “justa”, capaz de transformar de fato a realidade. Afinal de contas, o demandante possui direito a obter ao final do processo, de acordo com o direito sobre o qual se fundamenta, exatamente aquilo a que busca.

O instrumento denominado tutela específica não é, entretanto, isento de limitações, como acima visto. Outrossim, não se trata de panaceia. É preciso que se averigue seu cabimento ao caso concreto, ponderando junto ao demandante o que se pode esperar e o que talvez não seja possível obter. Mas, ainda assim, em nada diminui seu valor como ferramenta construída com o objetivo principal de trazer efetividade ao processo.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 339.

CONCLUSÃO

Através da realização desta pesquisa foi possível analisar de que forma a tutela específica funciona, não como um mecanismo qualquer, mas como instituto que permite ao processo exercer sua função instrumental, levando o jurisdicionado à possibilidade de obter o bem a que tem direito, efetivando-se o acesso à justiça através do melhor uso da via satisfativa eleita.

Tem-se que, no presente momento, tanto advogados quanto Magistrados estejam a elaborar a operacionalização do texto trazido pelo novo Código de Processo Civil, não somente embasados no fazer jurídico que já estava sedimentado, mas também sob a percepção de que o CPC apresenta novas possibilidades, a fim de emprestar maior capacidade de transformação da realidade do demandante, da sociedade, com a aplicação do devido processo constitucional.

Esta mesma Constituição que garante que nenhuma ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário – direito fundamental – é a que se respeita quando se garante ao jurisdicionado que podem ser estabelecidas medidas de execução indireta a fim de compelir o devedor ao adimplemento: direito ao direito substantivo.

Assim, nesta pesquisa pode ser observado que o emprego da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer ou entregar se fundamenta no próprio direito de acesso ao devido processo enquanto meio de transformação, acesso ao Poder Judiciário, à ordem jurídica justa, ao procedimento adequado. Em resumo, que este tipo de tutela é potencialmente capaz de prover de efetividade o processo, se manejada apropriadamente.

Ainda que haja limitações em sua aplicação, especialmente no que tange à dificuldade obrigar o devedor ao adimplemento, não se pode desconsiderar que o texto do novo CPC amplia a capacidade executiva da tutela e, por consequência, sua concretude.

O instrumento da tutela específica surgiu inicialmente no Código Consumerista e foi trazido para o texto da Lei nº 5.869/73 sob os artigos 461 e 461-A. A partir daí, a tutela específica constituiu-se de via própria de satisfação de direitos. Com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, por sua vez, ela passa a ter sua atuação ampliada.

Essa tutela específica fortalecida pelo novo CPC possui uma possibilidade maior de exercer coerção sobre o devedor, inclusive porque ao Magistrado foi conferida maior discricionariedade para a determinação de medidas indiretas de execução, aplicando-se o artigo 139, inciso IV do CPC ao prescrito nos artigos 497 e 536 do mesmo diploma legal.

Neste pouco tempo de vigência da Lei nº 13.105 de 2015, percebe-se que o material doutrinário está sendo construído, tanto quanto a jurisprudência dos Tribunais. As novidades têm sido incorporadas aos poucos e ainda carecem de estabilização.

Embora não haja profusão de material doutrinário relativo à execução no processo civil, saliente-se que obras de grande quilate têm sido publicadas, o que tornou possível a realização desta pesquisa, bem como a disponibilização de textos em mídia digital, fazendo com que seja mais rápido o acesso do pesquisador às mais recentes fontes teóricas, bem como à legislação e legislação comentada.

Tendo em vista este ponto de partida, espera-se que os próximos dias tragam novas construções a respeito da apropriada utilização da tutela específica no processo civil, observando-se a dinamicidade do tema proposto, e que sobre ele há muito a se perquirir. Sendo um instituto valioso, deve ser tratado como tal pelos pesquisadores. Que a contribuição desta pesquisa seja, ao menos, despertar a atenção de seus leitores para a potencialidade do instrumento apresentado, em tornar a vida do jurisdicionado mais feliz ou menos infeliz.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 2.ed. em e-book baseada na 18.ed. impressa. rev. at. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo*. 6.ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2016.

_____. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus nº 2183713-85.2016.8.26.0000, da 30ª Câmara de Direito Privado. Magistrado Marcos Ramos. Data de Publicação: 12/09/2016. *Diário da Justiça Eletrônico*. Poder Judiciário. São Paulo/SP. Ed 2198. Disponível em: <<http://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2198&cdCaderno=11&nuSeqpagina=635>>N. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2183513-78.2016.8.26.0000, da 35ª Câmara de Direito Privado. Relator: Flávio Abramovici. Data de Julgamento: 10/11/2016. Data de Publicação: 17/11/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2183513-78.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2183513-78.2016.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar#?cdDocumento=2>>. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1507955 RS 2014/0342879-4 - Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgamento: 07/04/2015. Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma - Publicação: DJe 14/04/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403428794&dt_publicacao=14/04/2015>. Acesso em 03 de janeiro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência Número 539*. Brasília, 15 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0539'>>. Acesso em 03 de janeiro de 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *et al.* (coord.) *Código de Processo Civil Anotado 2015*. Ed. Digital. Paraná/São Paulo: OAB Paraná/ Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS - ENFAM. Enunciados aprovados. *Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 27 de dezembro de 2016.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Apontamentos para a Tutela Específica no Novo Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. 2016 v. 12 n. 70 jan./fev. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_27178139_APONTAMENTOS_PARA_A_TUTELA_ESPECIFICA_NO_NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL.aspx>. Acesso em 29 de outubro de 2016.

_____. *Dimensão social do processo, direito e desenvolvimento*. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2012/RID_2012_11.pdf>. Acesso em 08 de maio de 2016.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.ed. (no prelo).

_____. *O processo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

GRECO, Leonardo. Justiça civil, acesso à Justiça e garantias. *Revista Estação Científica*. Ed. Especial Direito. Juiz de Fora, v.01, n.04, outubro e novembro, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v.3. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: RT, 2015. p.26.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 10.ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*.v.1. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v.II. 49.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.