

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO**

DIEGO FRANZONI

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE SOMA EM DINHEIRO

**CURITIBA
2009**

DIEGO FRANZONI

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE SOMA EM DINHEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

DIEGO FRANZONI

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE SOMA EM DINHEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni

Membros da banca:

Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Sérgio Cruz Arenhart

Curitiba, 30 de novembro de 2009.

Aos pais, que tornaram tudo possível.

Aos avós, que além de pais foram os mais perfeitos amigos.

A minha Fernanda, existência que incentiva e faz dos dias ao seu lado os melhores.

Não posso deixar de registrar a figura do Professor e Ministro Athos Gusmão Carneiro, que me concedeu o privilégio de participar das “Novíssimas Reformas do Processo Civil Brasileiro”, em 2007, marcando o grande exemplo de jurista e de vida.

Agradeço ao orientador deste trabalho, Professor Doutor Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, Titular de Processo Civil da Universidade Federal do Paraná, cujos ensinamentos são indispensáveis para a evolução do Processo Civil brasileiro dos nossos dias.

RESUMO

A concessão da tutela antecipatória de soma em dinheiro é direito constitucional do cidadão que se encontra em estado de necessidade em virtude de lesão a direito de caráter não patrimonial conexo ao direito de recebimento da quantia. A efetivação do provimento antecipatório não pode se dar pelo sistema do processo de execução ou do cumprimento de sentença previsto no Código de Processo Civil, tendo em consideração a incompatibilidade de tais técnicas com a urgência e a necessidade que norteiam a própria concessão da medida. Por essa razão é que se propõe a utilização de outras técnicas de execução direta ou de coerção indireta para a atuação da decisão antecipatória da tutela de soma em dinheiro.

Palavras-chave: antecipação da tutela, soma em dinheiro, estado de necessidade, ato ilícito, dever alimentar, execução por expropriação, ineficiência, “cláusulas executivas gerais”, técnicas diretas, técnicas de coerção indireta.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CPC – Código de Processo civil

CC – código civil

CF 88 – constituição federal de 1988

CF 67 – constituição federal de 1967

EC – emenda constitucional

art(s) . – artigo(s)

nº. – número

SUMÁRIO

RESUMO	vi
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	vii
SUMÁRIO	viii
INTRODUÇÃO	01
PARTE I – FUNDAMENTOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA DE SOMA EM DINHEIRO	02
1.1. Premissas teóricas.....	02
1.2. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva como fundamento constitucional da tutela antecipatória	04
1.2.1. O direito de ação como direito fundamental	05
1.2.2. A antecipação da tutela e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva	07
1.3. Natureza jurídica satisfativa do provimento: efetividade do instituto na dependência da sua célere “execução”	10
1.4. Proteção de direitos subjetivos conexos e na dependência da antecipação da soma em dinheiro	15
1.5. Uma visão ampliativa a respeito da efetivação da tutela antecipatória	18
1.5.1. Insuficiência da execução por expropriação para a antecipação da tutela de soma em dinheiro	19
1.5.2. Rompimento do princípio da tipicidade e as “ <i>cláusulas executivas gerais</i> ”	22
PARTE II – TÉCNICAS PARA EFETIVAÇÃO DA DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE QUANTIA EM DINHEIRO	26
2.1. A aplicação de multa como forma de coerção indireta.....	27
2.2. A justificativa como meio de controle da decisão que impõe o pagamento sob pena de multa	31
2.3. A penhora <i>on line</i>	33
2.4. Antecipação da tutela de alimentos	35
2.4.1. Dívida alimentar derivada das relações familiares e dívida alimentar decorrente de ato ilícito	35
2.4.2. Coerção indireta: a prisão do devedor de alimentos.....	41
2.4.2.1. A possibilidade de prisão civil coativa no Direito brasileiro	41
2.4.2.2. A prisão civil coercitiva para tutela do dever alimentar	45
2.4.3. O desconto em folha e o desconto de renda periódica	48
2.5. Efetivação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública	50
2.5.1. O regime dos precatórios e a possibilidade de sua dispensa	52
2.5.2. O sequestro	55
2.5.3. A multa coercitiva.....	56
2.6. O sistema do “cumprimento de sentença” como última hipótese e a possibilidade da dispensa de caução na alienação que ultrapassar o limite legal.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
BIBLIOGRAFIA CITADA	67
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	69
ÍNDICE DOS DIPLOMAS E DISPOSITIVOS LEGAIS MENCIONADOS	71

INTRODUÇÃO

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, consagrou o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário em face do monopólio estatal da jurisdição. Mais do que garantir que qualquer “*lesão ou ameaça a direito*” seja excluída da apreciação judicial, enquanto dimensão processual do direito¹, o dispositivo imprime sua dimensão material na medida em que impõe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, a efetiva proteção ao direito lesado do cidadão.

Nessa esteira, a tutela antecipada, cuja previsão genérica foi implantada no Código de Processo Civil brasileiro com a edição da Lei nº. 8.952/1994, depois complementada pelo advento da Lei nº. 10.444/2002, apresenta-se como fundamental para a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, uma vez que de nada adianta pretender proteger formalmente os direitos sem garantir a sua efetividade no tempo certo, gerando ou perpetuando uma situação de lesividade que por função precípua o Poder Judiciário deve afastar.

O presente trabalho, elaborado a título de requisito parcial para conclusão do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pretende investigar **os fundamentos e as técnicas processuais para efetivação da tutela antecipatória de quantia em dinheiro**, especificamente, tendo em mente que a decisão que antecipa a tutela de soma em dinheiro visa à proteção de um direito conexo ao crédito e que esteja na sua dependência, como, por exemplo, o direito à saúde, no caso em que se necessita da realização de uma operação cirúrgica de alto custo, em decorrência de ato ilícito.

Partindo dessas idéias iniciais, dividiu-se a monografia em duas partes, sendo a primeira introdutória ao tema, destinando-se a explorar os fundamentos da tutela antecipada de soma em dinheiro, culminando com a quebra do princípio da tipicidade dos meios executórios, a partir das cláusulas executivas genéricas. A segunda parte destina-se a investigar os meios de efetivação da decisão antecipatória de soma em dinheiro, partindo da premissa de que a simples utilização da execução por expropriação é insuficiente para prestar a tutela antecipada efetiva.

¹ Ou seja, mais do que a questão do acesso à justiça ou do direito à resolução de mérito pelo Poder Judiciário.

PARTE I – FUNDAMENTOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA DE SOMA EM DINHEIRO

A abordagem do ponto principal deste trabalho – os meios de efetivação da decisão antecipatória da tutela de soma em dinheiro – pressupõe o prévio exame dos fundamentos desta específica técnica antecipatória. Antes é necessário assentar algumas premissas teóricas fundamentais.

1.1. Premissas teóricas.

É preciso esclarecer, do ponto de vista teórico, o que se entende por técnica e tutela, na linha adotada por Luiz Guilherme MARINONI, de modo a assentar a base de desenvolvimento do presente estudo.

Esta doutrina, sem se despojar por completo da noção de ação de direito material, salienta que o atendimento do direito material *“pode ser melhor obtido mediante a compreensão da categoria das formas de tutela do direito material, a qual é mais adequada ao direito contemporâneo, e, inclusive, comprometida com o Estado constitucional e com os direitos fundamentais”*².

Ou seja, do mesmo modo que PONTES de MIRANDA³ e BAPTISTA da SILVA⁴ sustentam a existência **(a)** da ação de direito material como momento em que o direito subjetivo se dinamiza, e **(b)** do direito abstrato de ação, que significa o agir abstrato – a provocação do Poder Judiciário – , a doutrina aqui adotada transmuda a noção de ação de

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 24.

³ *“O Estado, pelo juiz, é indiferente à razão ou sem-razão do autor, no que toca à sua pretensão à tutela jurídica (...)”*. PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. XVI (Prólogo de 1947).

⁴ BAPTISTA da SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, volume 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. A respeito da controvérsia sobre o conceito de ação, assevera o célebre autor: *“Não seria exagero dizer-se hoje que toda essa longa discussão, em seus aspectos fundamentais, não passou de um equívoco. (...) Se a ação processual é invariavelmente abstrata, ou seja, sem causa, dela dispendo tanto o autor que tenha razão quanto aquele que não a tenha, e desprezando-se o conceito de ação de direito material como um fenômeno estranho ao direito processual, não haveria por que se conservarem as inúmeras ‘ações especiais’, de ritos diferentes. Se é verdade que, no plano do direito material, a cada direito corresponde uma ação que o assegura, perante o direito processual, todos os direitos só terão uma ‘ação’, que há de ser uma ação ordinária e plenária, abolindo-se as ações especiais e sumárias. Este foi realmente o pressuposto ideológico oculto em toda a controvérsia...”*. p. 110.

direito material em “*pretensão à tutela jurisdicional do direito material mediante o exercício da ação processual*”.

Dessa forma, a teoria da tutela dos direitos parece dar um passo a mais em relação à teoria dualista da ação, e, reforçando a posição de Ovídio BAPTISTA da SILVA, acaba por escancarar ainda mais a ideologização presente na existência dos procedimentos especiais que de longa data estiveram à disposição dos segmentos privilegiados⁵. Ainda, parece melhor atender cientificamente ao postulado da instrumentalidade do Processo Civil, vez que o mesmo direito material pode ser tutelado de várias formas, as quais constituem atributos inerentes a sua própria existência. Assim, por exemplo, o mesmo direito material que pode ser atendido pela tutela inibitória, uma vez violado poderá ser socorrido também pela tutela ressarcitória, e assim por diante.

E toda essa construção teórica só pode ter sentido à medida que se pretende, com o processo, suprir o vácuo deixado pela proibição do exercício da ação de direito material, do Estado ao cidadão, tendo em conta a assunção do monopólio do exercício da força legítima, o que leva à conclusão de que o direito material deve ser protegido pelas suas formas de tutela específica. Quando se aciona, nessa perspectiva, não se está exercendo a ação de direito material por meio do Estado, mas sim exigindo uma pretensão em face dele, de tutela do direito material que supostamente se tem em face do réu – e está o Estado, através do Poder Judiciário, obrigado a responder à ação, tutelando o direito, caso este efetivamente exista.

De qualquer forma, a idéia de ação de direito material teve a sua importância científica, na medida em que aproximou o processo do direito material, evidenciando que aquele deve se adequar a este, para que possa efetivamente tutelá-lo. Em outras palavras, ao atenuar a extrema abstração que norteava a teoria do Processo Civil, a teoria dualista da ação reafirmou a instrumentalidade do direito processual e a prevalência do direito material, sem, contudo, deixar de reconhecer o direito abstrato de ação.

Quanto às técnicas processuais, é preciso dizer que consistem os meios de efetivação da tutela pretendida no processo, considerando a sua instrumentalidade em face dos direitos. Por conta da necessidade de tutela dos direitos, tanto o legislador está obrigado a fornecer, por meio da lei, as técnicas capazes de atuar a tutela do direito material, quanto o juiz está

⁵ Nesse sentido, MARINONI, na obra já citada, p. 20: “*Curiosamente, porém, o procedimento ordinário clássico (sem liminar ou tutela antecipatória) jamais constituiu óbice às aspirações da classe dominante, à medida que esta, patrocinando o lobby, sempre conseguiu procedimentos diferenciados para tutela dos seus interesses*”, a exemplo do procedimento autorizado pelo inconstitucional Decreto-lei nº. 70/1966.

obrigado a encontrar e fazer aplicar a técnica processual adequada, utilizando os meios criados pela lei⁶:

Por técnicas processuais cabe entender procedimentos, sentenças e meios executivos, assim como as técnicas da antecipação da tutela e de seu acautelamento. Todas essas técnicas devem poder ser utilizadas pelo juiz conforme as necessidades dos diferentes casos concretos, pois só assim a tutela jurisdicional poderá ser prestada de maneira efetiva⁷.

Observe-se, por fim, que a antecipação da tutela não é técnica processual, mas sim uma forma de atender antecipadamente ao direito material pleiteado no processo⁸, que se autoriza geralmente por meio de uma decisão interlocutória – esta sim, uma técnica processual que se contrapõe à sentença, a qual, por sua vez, autoriza a tutela final desejada. Ou seja, no presente estudo não se fala em técnica antecipatória, mas sim nas **técnicas processuais executivas** (ou de efetivação) aptas a efetivar a decisão de tutela antecipada.

1.2. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva como fundamento constitucional da tutela antecipatória.

Preliminarmente, é necessário perceber que o direito à tutela jurisdicional eficaz foi elevado a direito fundamental na ordem constitucional vigente. Tal fenômeno pode ser definido como a tutela constitucional do processo, que faz estampar no âmbito do ordenamento processual as regras e princípios que emanam da Constituição da República, tanto do ponto de vista interpretativo quanto criativo de novas normas processuais⁹.

Portanto, antes de adentrar no tema específico que se propõe, é pertinente delimitar uma breve noção do que se entende por direito fundamental, de forma a nortear o estudo, baseando-se em conceitos já razoavelmente aceitos pela doutrina do Direito Constitucional, sem deixar de reconhecer a profundidade do assunto.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 113-114.

⁷ Idem, p. 207.

⁸ Ibidem, p. 246.

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.3.

1.2.1. O direito de ação como direito fundamental.

O primeiro fundamento do direito de ação está no monopólio da Jurisdição, de que o Estado se declarou detentor com a Modernidade. No entendimento de CANOTILHO, o princípio da inafastabilidade (por ele tratado como “*garantia institucional da via judiciária*”) é resultado lógico inevitável “(1) do monopólio da coação física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz pública num determinado território; (3) da proibição da autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei”¹⁰.

Ora, se o Estado se declara único detentor do poder de utilizar a violência para impor o Direito, sendo coercitivas as suas decisões, e somente elas, em sentido próprio, por outro lado ele deve se comprometer com esse Direito que pretende tutelar, e que ele mesmo institui. Esse comprometimento, por sua vez, não pode ser limitado à proteção formal dos direitos, ou seja, à proteção em tese dos direitos que se promete ao cidadão.

Posto isso, podemos dizer que o direito de ação é conformado como verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional, na medida em que deixa de ser visto como simples direito de acesso à Justiça e obtenção da sentença de mérito.

Em primeiro ponto, seguindo a construção de Ingo Wolfgang SARLET¹¹, é possível definir o direito fundamental tanto pelo seu aspecto formal quanto material. No aspecto formal, direito fundamental é aquele que se encontra inserto na Constituição de forma positiva. Daí decorre a sua superioridade em relação ao restante do ordenamento jurídico, a sua eficácia imediata e a limitação a sua modificação ou supressão por parte de emendas constitucionais, vez que constituem cláusulas pétreas¹², que na CF 88 aparecem sob o título de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Já o aspecto material toca à fundamentalidade do direito no que se refere à ordem social, em função do seu conteúdo.

Na CF 1988, a opção parece ter sido pela materialidade, vez que o § 2º do art. 5º admite que direitos não constantes do rol do título correspondente também sejam tidos por

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 497.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.88-89.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 379.

fundamentais¹³. De qualquer forma, o direito fundamental à tutela jurisdicional está plenamente consagrado, porque inserto formalmente no inciso XXXV do art. 5º¹⁴.

Em segundo ponto, importa a distinção entre as eficácias subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A eficácia subjetiva é a que diz com a titularidade individual do direito, que permite ao indivíduo opor o direito em face de todos os demais cidadãos e do próprio Estado. Já a eficácia objetiva diz com a irradiação do direito fundamental por todo o ordenamento jurídico, uma vez que, sendo direito subjetivo individual, ao mesmo tempo representa limitação à atuação estatal¹⁵.

Em relação a esta segunda classificação podemos situar, no pertinente ao presente estudo, a obrigação do Estado de, por meio dos Poderes Legislativo e Judiciário, respectivamente: a) criar no plano legal os mecanismos para efetivação do direito à tutela jurisdicional (entre os quais está a antecipação da tutela e as técnicas para a sua efetivação); e b) assegurar a aplicação de tais mecanismos de forma a dar guarida ao direito fundamental de ação, tanto em face do próprio Estado quanto em face de particulares¹⁶. A atividade legislativa seria decorrência da dimensão objetiva dos direitos, enquanto a atividade jurisdicional se voltaria à dimensão individual, subjetiva, tutelando os direitos nos casos concretos.

Um terceiro aspecto, ainda na construção de SARLET, diz com as eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais. A primeira corresponde à imposição do direito fundamental em face do Estado, pela relação verticalizada que se instala quando o indivíduo abre mão de parte da sua liberdade em prol da convivência social. A eficácia horizontal, por sua vez, compreende as relações sociais entre os titulares dos direitos fundamentais¹⁷.

Em relação ao direito fundamental de ação, não há dúvida de sua eficácia imediata em face do Estado (eficácia vertical). Nesse sentido, o particular se coloca em posição de exigir do Estado, ainda que não haja mecanismo específico criado pela lei, a proteção do seu direito, com base no direito fundamental de ação.

Da mesma forma, não parece correto dizer que a eficácia horizontal do direito de ação é mediata, ou seja, necessita da atuação criativa do legislador para se efetivar, simplesmente porque a tutela jurisdicional vem intermediada pelo Estado¹⁸. Em outras

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.167. Nesta obra, que serve de base para este tópico, o autor trata de forma mais aprofundada da questão dos direitos fundamentais, suas características e classificações.

¹⁴ XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁵ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 171-174.

¹⁶ Idem, p. 175.

¹⁷ Ibidem, p. 172.

¹⁸ MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*. p. 170.

palavras, ainda que não se tenha a previsão legal que possa tutelar determinado direito fundamental, sua eficácia ainda assim deve ser imediata, justamente por conta da existência do direito fundamental de ação, que impõe o suprimento da omissão legislativa pelo juiz, se for o caso¹⁹.

Como último aspecto, cumpre ainda destacar a questão da multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Aqui, o direito fundamental à tutela jurisdicional aparece como um supradireito, colocado acima dos demais direitos fundamentais. Isto porque pode permitir a realização dos direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, sociais ou de proteção, além de constituir meio de participação popular na afirmação e reivindicação dos direitos (por meio das ações coletivas), atendendo as suas necessidades funcionais específicas²⁰.

Em outras palavras, não fosse a existência do direito de ação, resguardado constitucionalmente, não estariam garantidos os demais direitos fundamentais de ordem material. Daí, no dizer de MARINONI, “*ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles*”²¹.

Portanto, considerando que o direito fundamental de ação, inserto, tanto formalmente quanto materialmente, na Constituição da República, é dotado de eficácia subjetiva e objetiva, tanto no que tange às relações interprivadas (eficácia horizontal) quanto às relações do cidadão com o Estado (eficácia vertical), atuando de forma imediata, transmuda-se em direito à tutela jurisdicional efetiva, a partir da percepção de que não basta ao titular do direito obter uma resposta do Estado, sem obter a efetiva realização concreta da pretensão que dele advém.

1.2.2. A antecipação da tutela e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

A técnica da antecipação da tutela foi albergada de forma genérica no Código de Processo Civil com a inclusão da atual redação do artigo 273²², dada pela Lei n.º. 8.952, de

¹⁹ E também pelo próprio comando constitucional inserto no § 1º do art. 5º: As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁰ MARINONI, *Curso de processo civil, volume 1*. p. 204-205.

²¹ *Idem*, p. 205.

²² **Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

13.12.1994, e complementada pela Lei n.º. 10.444, de 07.05.2002. Mas mesmo antes disso já era legítimo ao juiz brasileiro antecipar a realização da tutela jurisdicional pretendida com a sentença, com base no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, que, como visto, tem eficácia imediata.

Ora, quando a Constituição garante o direito fundamental de ação, ao impor que qualquer “*lesão ou ameaça a direito*” não seja excluída da apreciação judicial, o faz em duas dimensões. Na dimensão processual do direito, significa o acesso à justiça e o direito abstrato de ação, ou seja, o direito de provocar o Estado e receber dele uma resposta a respeito de qualquer suposta violação a direito, em forma de sentença de mérito. É o que pode ser chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Mas o significado do direito, como já ressaltado, não pode se resumir a esta dimensão formal. Por isso é que é possível dizer que existe ainda uma dimensão material, na medida em que se impõe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, a efetiva proteção ao direito lesado do cidadão, realizando materialmente, na máxima medida possível, aquilo que ocorreria caso o direito fosse respeitado em sua plenitude e não fosse necessário se socorrer do Judiciário²³. É o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e é exatamente esta dimensão que mais interessa quando se trata de abordar a questão da tutela antecipada e sua efetivação.

Isso porque, como diz MARINONI, “*o direito fundamental de ação requer uma postura ativa do Estado não somente voltada à supressão dos obstáculos sociais ao seu uso, mas também à sua plena efetividade e tempestividade (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF)*”²⁴. Assim, a proteção do direito de ação, ou direito à tutela jurisdicional efetiva, não significa

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

²³ Tal qual dito por CHIOVENDA, “*o processo deve proporcionar a quem tem um direito, na medida em que for faticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter*”. CHIOVENDA, 1933, apud DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32. Ainda CHIOVENDA: “*o processo não deve prejudicar o autor que tem razão...*”. In MARINONI, *Antecipação da Tutela*, p. 21. Nestas afirmações também está a semente do renascimento da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer sobre a tutela genérica da indenização por perdas e danos.

²⁴ MARINONI, *Curso de processo civil, volume 1*. p. 205.

simplesmente a tutela em qualquer momento, mas sim **a tutela no momento certo**. Assim, também no dizer de CANOTILHO:

A proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma **proteção eficaz e temporalmente adequada**. (...) Além disso, ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em *tempo útil* (adequação temporal, justiça temporalmente adequada), obter uma sentença executória com força de *caso julgado* – a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça.²⁵ (grifou-se)

Além de estar assentada no princípio da inafastabilidade e no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a técnica antecipatória ainda se justifica pelo princípio da igualdade tomado em sua dimensão material. Como explica o Professor Luiz Guilherme MARINONI, “*o processo, para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para realização do seu direito*”²⁶.

Nesse sentido, a antecipação pode ser instrumento eficaz de redistribuição dos ônus do tempo do processo e dos danos marginais dele provenientes, já que o autor pode depender economicamente do bem da vida perseguido em juízo, circunstância que pode levar ao abuso de direito do réu mais favorecido:

Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre os seus direitos em virtude da lentidão da justiça, abrindo mão de parcela da pretensão que provavelmente seria realizada, mas depois de muito tempo. A demora do processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade.²⁷

Por fim, ainda é possível sustentar, com base nos ensinamentos de Cândido Rangel DINAMARCO, que o princípio da efetividade, e, por conseguinte, a tutela antecipatória, estão também assentados na face positiva do princípio da instrumentalidade do processo em face do direito material²⁸.

De acordo com este autor, o princípio da instrumentalidade seria a aderência do processo ao direito material, de modo que aquele não constitua um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para realização deste²⁹. Haveria dois desdobramentos deste princípio: **i)** na perspectiva negativa, consistiria numa limitação ao próprio sistema processual, de modo a evitar a supervalorização da técnica em detrimento do seu escopo fundamental (pacificação

²⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 499.

²⁶ MARINONI, *Antecipação da tutela*. p. 134.

²⁷ Idem, p. 20.

²⁸ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*. p. 330.

²⁹ Idem, p. 326.

social)³⁰; ii) na perspectiva positiva, que mais interessa ao presente estudo, consistiria em conduzir o processo ao máximo grau de efetividade possível.

Dessa forma, também o princípio da instrumentalidade do processo estaria a justificar a tutela jurisdicional efetiva, e, como sua decorrência, a antecipação da tutela. Essa construção parece ser coerente com a categoria da tutela dos direitos, que se adotou como norte teórico no início do presente estudo, na medida em que, da mesma forma, procura aproximar o processo do direito material, sem descurar da sua autonomia.

Do que foi visto até aqui, é de se concluir que a tutela antecipada coloca-se como verdadeiro direito constitucional do cidadão³¹, na medida em que constitui instrumento processual fundamental para a efetividade do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pela percepção de que de nada adianta pretender proteger formalmente os direitos sem garantir a sua efetividade no tempo certo, gerando ou perpetuando uma situação de lesividade que por função precípua o Judiciário deve afastar.

1.3. Natureza jurídica satisfativa do provimento: efetividade do instituto na dependência de sua célere “execução”.

A definição da natureza da decisão que antecipa a tutela deve necessariamente pressupor a definição do próprio instituto, tal qual desenhado pelo ordenamento jurídico, bem como a contraposição entre a natureza da tutela antecipatória e da tutela cautelar, que aparece naturalmente na demonstração da evolução das tutelas sumárias no processo civil brasileiro, tal qual feito por Luiz Guilherme MARINONI em suas obras *Tutela cautelar e tutela antecipatória*³² e *Antecipação da tutela*, que neste ponto adotamos como base.

Em um primeiro momento, sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, nem grande parte da doutrina, e muito menos a jurisprudência, reconheciam a possibilidade de concessão de tutelas sumárias diversas das hipóteses expressamente prevista nos incisos dos

³⁰ Ibidem, p. 327.

³¹ Daí decorre, logicamente, a impossibilidade de se afastar por presunção, ao nível infraconstitucional, o *periculum in mora* exigido para concessão da antecipação da tutela, que diz respeito ao mérito, enquanto que o direito de pedir tutela antecipada é abstrato e deve ser sempre aferido pelo Poder Judiciário. MARINONI, *Antecipação da tutela*. p. 136.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

antigos artigos 675 e 676 (este último estabelecendo as medidas cautelares), muito embora *caput* do artigo 675 falasse em outras “*providências para acautelar o interesse das partes*”³³.

Já sob a vigência do novo Código, a divisão doutrinária e jurisprudencial a respeito da questão ficou ainda mais evidente, levando à criação da aberrante “*ação cautelar satisfativa*” ou “*inominada*”. Essa confusa construção se baseou no fato de que, não cabendo a concessão de tutela sumária satisfativa no procedimento ordinário tradicional, se colocava esta possibilidade na esteira da tutela cautelar, que tinha ação própria, a qual deveria necessariamente ser seguida de processo principal (rito ordinário).

Entretanto, é evidente que o que se fazia nessas hipóteses não era conceder um provimento cautelar, tal qual previsto no art. 798³⁴, mas sim um provimento satisfativo travestido de cautelar, que, pela sua natureza, esvaziava o conteúdo da ação principal.

Nas palavras de THEODORO JUNIOR, “*ao invés de se preocupar com a tutela do direito (composição da lide) – função principal da jurisdição –, o processo cautelar exerce função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo, onde será protegido o direito*”³⁵. Prossegue o autor apresentando as posições de CHIOVENDA, CALAMANDREI, e, por fim, CARNELUTTI, para concluir:

CARNELUTTI conseguiu libertar a tutela cautelar da imprópria conceituação de que seria ela antecipação provisória da tutela definitiva, mesmo porque tal

³³ **Art. 675.** Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II – quando, antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;

III – quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

I – no arresto de bens do devedor;

II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel;

III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;

IV – na prestação de cauções;

V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);

VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;

VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

³⁴ **Art. 798.** Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 13. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1992. p. 41.

afirmação, por si só, é insuficiente para explicar a razão de ser ou a finalidade última da cautela: por que merece ser antecipada a tutela de mérito, se não se sabe, ainda, se a parte faz jus, realmente, à proteção substancial?

(...)

Assim, para CARNELUTTI, a tutela cautelar existe não para assegurar antecipadamente um suposto e problemático direito da parte, mas para tornar realmente útil e eficaz o processo como remédio adequado à justa composição da *lide*.³⁶

Daí se pode ver que parte dos processualistas, antes da introdução do atual art. 273 no CPC, repudiava a ideia da antecipação da tutela final, prestigiando apenas a tutela cautelar, justamente por acreditar que a simples provisoriedade já caracterizaria esta última – e confundindo o que hoje sabemos ser gênero (tutela de urgência) com a espécie. Assim, exemplificativamente, também Galeno LACERDA, em seus *Comentários*, antes da vigência do atual art. 273:

Advirta-se, porém, que as medidas de proteção [do Código de Menores], tomadas com intuito definitivo e permanente, não possuem caráter cautelar, quanto possam se tornar definitivas e permanentes as providências judiciais neste setor... Acontece, porém, que as mesmas medidas podem assumir natureza cautelar, se prescritas pelo juiz a título provisório, dependentes de decisão futura no mesmo ou em outro processo, ou se determinadas no curso de processos ou ações jurisdicionais de sua competência, em virtude de litígio ou questão a ele submetidos.³⁷

Por outro lado, ao trazer a definição de cautela de CARNELUTTI, contrapondo-a à conceituação de provimento cautelar que se julgava inadequada, acaba-se justamente por reconhecer e definir a natureza da tutela sumária satisfativa.

Esta evolução também se passou no direito italiano, com o reconhecimento, ainda que muitas vezes tácito, por parte da doutrina e da jurisprudência, a respeito da possibilidade de utilização do art. 700 do *Codice di Procedura Civile*, que de certa forma equivale ao nosso art. 798, para concessão de decisão de caráter eminentemente satisfativo. Na definição de CARPI, TARUFFO e COLESANTI, em seu comentário ao art. 700: “*Per questo si dice che essi hanno contenuto anticipatorio, nel senso che il provvedimento contiene la stessa statuizione o una parte di essa ed ha gli stessi limiti del dictum della futura sentenza di merito*”³⁸.

³⁶ Idem, p. 53.

³⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*, v. VIII, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 125. A crítica é desenvolvida por MARINONI, in *Antecipação da tutela*, p. 108.

³⁸ CARPI, Frederico. COLESANTI, Vittorio. TARUFFO, Michele. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. Padova: Cedam, 1984. p. 932. Logo depois os autores fazem uma observação que demonstra que compartilham a visão de ANDRIOLI sobre as categorias de tutela de urgência, que, guardadas as diferenças entre o seu *Codice* e o nosso Código, é bem diferente do posicionamento que aqui se defende: “*Nonostante il loro contenuto atípico i provvedimenti d’urgenza costituiscono una specie della categoria dei provvedimenti*

No mesmo sentido já se manifestava, entre outros, Salvatore SATTA:

Dal complesso e dalla coordinazione di queste condizioni del provvedimento si può ragionevolmente dedurre che la sua caratteristica sia quella di consentire una anticipazione degli effetti della decisione al giorno della domanda: e questa è indubbiamente una nota distintiva da tutte le altre misure cautelari o possessorie nominate dalla legge.

Bisogna ora intendere il significato di questa anticipazione, perchè se non si attribuisce ad essa un senso tecnico, qualunque misura interinale si risolve evidentemente in un provvedimento d'urgenza. E il senso tecnico non può essere stabilito se non in relazione alla decisione, e quindi all'oggetto stesso del giudizio, non alla garanzia e alla realizzazione della garanzia: quest'ultima potrà avere la sua assicurazione in altre forme, non in quella dei provvedimenti di cui ci occupiamo.³⁹

Por aí se vê que a contraposição entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa já estava presente desde muito tempo entre os processualistas italianos, muito embora o sistema brasileiro tenha avançado em relação ao sistema peninsular, com a introdução da antecipação genérica *ex art. 273 do CPC*, que sepultou de uma vez por todas qualquer dúvida sobre a existência das duas espécies individualizadas de tutela sumária ou de urgência.

Em outra via, ainda é discutida a idéia, apontada por BAPTISTA da SILVA, e desenvolvida posteriormente por WATANABE, de que o provimento cautelar também seria satisfativo. A questão é também desenvolvida por MARINONI na obra *Antecipação da tutela*⁴⁰, concluindo o autor que a idéia de referibilidade sempre diz com a tutela cautelar, enquanto que a não referibilidade sempre aponta para a satisfatividade⁴¹.

Para explicar a afirmação pode-se valer do seguinte exemplo: num arresto em ação ordinária de indenização, está presente a idéia de referibilidade à pretensão principal, que é a satisfação do autor, com o pagamento da indenização. O arresto é providência que não realiza a pretensão principal, mas apenas a assegura, como medida preparatória executiva, até porque ainda sequer se sabe se o autor tem razão.

Por outro lado, se, antes de haver cognição ampla, em caso de ter o autor demonstrado necessidade urgente, for exarada decisão mandando o réu depositar a quantia em juízo sob pena de multa, e esta quantia efetivamente for colocada à disposição do

cautelari e non sono espressione di un generale potere cautelare introdotto nell'ordinamento positivo come espressione di garanzia dell'esercizio della giurisdizione". Ou seja, dividem a categoria dos provimentos cautelares entre os "*provvedimenti d'urgenza*", que podem corresponder à antecipação da tutela de conteúdo satisfativo, e não são tipificados pelo *Codice*, e os provimentos cautelares típicos previstos na lei. Já entre nós, a divisão reafirmada é aquela que coloca as tutelas cautelar e antecipatória como espécies do gênero das tutelas de urgência.

³⁹ SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 5. ed. Padova: Cedam, 1957. p. 590.

⁴⁰ p. 110-112.

⁴¹ Essa não é a idéia de robusta parcela da doutrina, cujas premissas a respeito da questão conduzem a conclusões absolutamente diversas das que aqui se pretende expor. Exemplificativamente: CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 11. Do Processo Cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

demandante, aí se estará diante de tutela satisfativa, e não cautelar, vez que os efeitos que seriam resultantes da procedência da pretensão principal do autor estão sendo adiantados.

Nesse sentido, atualmente está sedimentado, a partir da melhor doutrina nacional, que tem como centro as explanações de Luiz Guilherme MARINONI, que a tutela sumária, baseada no perigo de dano e na relevância dos fundamentos expostos, é gênero, do qual são espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada. Essa discussão nada tem a ver com o procedimento a ser aplicado, ou seja, não é necessário que haja uma ação própria para concessão de um provimento ou de outro – tanto é que não se discute a existência de medidas cautelares distintas da ação cautelar. A discussão se põe no plano das formas de tutela dos direitos.

E essa noção é que foi consagrada pela inserção do art. 273 no CPC, a partir do momento em que se permitiu a concessão e efetivação da tutela antecipada em meio ao processo de conhecimento com rito ordinário⁴².

Diante de todo o exposto, podemos concluir que a decisão que antecipa a tutela tem natureza satisfativa, ou seja, visa produzir os efeitos práticos para atender o direito do autor, mesmo antes de realizada a cognição exauriente e plena de contraditório. Por essa razão, há que se observar a necessidade de efetivação imediata da decisão antecipatória. Ora, não teria nenhum sentido em se reconhecer em juízo a relevância dos fundamentos (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, sem que se pudesse, na prática, fazer valer a providência determinada no sentido de tutelar o direito que se defende, evitando o iminente dano que poderia ser causado à parte caso a providência não fosse levada a efeito.

Esta necessidade também foi reconhecida pela doutrina italiana, da qual retiramos o ensinamento de Frederico CARPI, fazendo referência à Constituição daquele país:

(...) le riforme più significative sul piano processuale di questi ultimi tempi, hanno privilegiato forme di tutela interinale, rispetto all'accertamento definitivo del diritto. In altre parole, è chiaro che si è ritenuto di sacrificare la ponderatezza della decisione con la coscienza che la rapidità è un elemento essenziale per l'attuazione della tutela giurisdizionale, nella dimensione garantistica dell'art. 24 cost., pensando, non a torto, che troppo spesso lo strumento processuale ordinario si rivela inadeguato⁴³.

⁴² Sem embargo de que existe hoje também a tutela antecipada autorizada pelo § 6º do art. 273, baseada em parcela incontestada do pedido, para a qual não se exige o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, mas sim a maturação cognitiva a respeito de parte da demanda (cognição exauriente).

⁴³ CARPI, Frederico. *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXXI (1977). p. 619.

Por tudo isso é que o ordenamento jurídico deve colocar à disposição do cidadão os instrumentos necessários à efetivação da decisão antecipatória da tutela, de modo que se possa garantir o sentido prático do provimento, estando o juiz obrigado a utilizar tais instrumentos, bem como os meios de controle dados pela lei, para fazer valer o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

1.4. Proteção de direitos subjetivos conexos e na dependência da antecipação da soma em dinheiro.

Neste ponto, passa-se a investigar os fundamentos da antecipação de soma em dinheiro, especificamente.

Aparentemente, observando-se as hipóteses mais comuns, é mais fácil conceber a necessidade da antecipação em outros casos de tutela específica, nos quais se pode atender diretamente a um direito de conteúdo não patrimonial. Se, por exemplo, ante a recusa infundada do contratado, o juiz concede a tutela antecipatória requerida em ação de obrigação de realização de cirurgia por um plano de saúde (obrigação de fazer, de ordenar o procedimento junto ao prestador do serviço médico), está tutelando diretamente, através da ordem dirigida ao réu, o direito à saúde do autor⁴⁴.

No caso da antecipação de soma em dinheiro, âmbito de investigação do presente trabalho, não há como tutelar diretamente um direito não patrimonial, eis que a conduta exigida do réu é o pagamento em pecúnia, com acréscimo patrimonial na esfera do autor. O direito de conteúdo não patrimonial somente vai ser tutelado indiretamente, na medida em que o requerente poderá dispor da quantia para fazer frente a despesas decorrentes de ato ilícito do requerido (acidente de trânsito), no exemplo mais singelo.

Ou seja, o que se pretende demonstrar é que, enquanto nos demais casos de tutela específica basta, como requisito para a concessão da antecipação da tutela, a demonstração direta do direito que se pretende tutelar, com o atendimento dos requisitos da verossimilhança das alegações e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, na antecipação de soma em dinheiro, além da demonstração dos requisitos comuns, ainda é necessário conectar o

⁴⁴ Não é esta a hipótese de investigação da presente monografia, evidentemente. Aqui tratar-se-á das situações em que se impõe a transferência de uma quantia em dinheiro diretamente ao autor, imposta pelo juízo e paga diretamente (e de preferência imediatamente) no curso do processo.

direito ao recebimento da indenização, que a princípio viria somente no final do processo, a um direito de conteúdo não patrimonial, que daquele dependa para poder ser atendido ou resguardado. Isso porque o perigo de dano irreparável nesse caso provém justamente da ameaça ao direito da personalidade que se pretende tutelar de forma reflexa.

Giovanni ARIETA, ao falar dos requisitos para a concessão dos provimentos *ex art.* 700 do Código de Processo Civil Italiano, assevera que

Sono irreparabili anche quei pregiudizi che, impedendo la realizzazione del diritto cautelando, determinano per ciò stesso, in modo immediato, la lesione irreparabile di quei beni e/o interessi del soggetto titolare del diritto, meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, **che sono funzionalmente collegati strettamente con la realizzazione del diritto, nel senso che la lesione al diritto determina contestualmente il pregiudizio irreparabile di quegli stessi beni e/o interessi, per lo più, ma non necessariamente, a contenuto non patrimoniale.**⁴⁵ (grifou-se)

Em seguida, o autor dá o exemplo da reintegração do trabalhador afastado ilegitimamente do seu posto de trabalho, com o pagamento das verbas e retribuições devidas pelo empregador, em sede de tutela de urgência, visando ao atendimento de bens e interesses estruturalmente conexos com o direito à contraprestação pelo trabalho, como o sustento do titular e de sua família, entendido como direito correspondente a uma dimensão não patrimonial, uma vez que tutela a alimentação, a educação, a saúde, dentre outras necessidades básicas⁴⁶. Conclui, por fim:

Nelle ipotesi che stiamo esaminando l'irreparabilità del pregiudizio alla situazione cautelanda può ritenersi sussistente allorché concorrano contemporaneamente i seguenti requisiti:

a) la lesione (o la minaccia di lesione) del diritto deve colpire, in via immediata e non riflessa, beni e/o interessi del titolare funzionalmente connessi con la realizzazione del diritto cautelando, sicché il mancato soddisfacimento di quest'ultimo impedisce, attraverso un nesso di stretta causalità, la realizzazione di quei beni e/o interessi;

⁴⁵ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. 2. ed. Padova: Cedam, 1985. p. 131.

⁴⁶ Idem. A mesma posição e exemplo são citados em passagem de CARPI, COLESANTI e TARUFFO, *in Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, p. 932-933. Acabam por confirmar, nessa passagem, o que já se suspeitava: o artigo 700 do *Codice* serve, lá, ao cabimento de tutelas liminares satisfativas, em que pese a redação do artigo apontar para a tutela cautelar, na medida em que fala em “*assegurar os efeitos da decisão de mérito*”. A dúvida sobre a aplicação do artigo também pode ser suscitada porque o dispositivo se coloca como *plus* em relação à Seção precedente do Código (“*fuori dei casi regolati nelle precedente sezione di questo capo*”), que é justamente a Seção que trata da produção cautelar de provas (“*Sezione IV: Dei procedimenti di istruzione preventiva*”). Assim, seria possível uma interpretação restritiva de que o que se está autorizando são outras medidas cautelares que não aquelas já previstas expressamente. Não parece correto, na visão da melhor doutrina que aqui se colaciona. Efetivamente o artigo 700 faz também as vezes do nosso artigo 273 do CPC, na falta de outro dispositivo.

b) per effetto della lesione al diritto, quei beni e/o interessi, meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, debbono subire anch'essi direttamente un pregiudizio irreparabile.⁴⁷

É com base nestas ideias pertinentes ao conceito de dano irreparável que a jurisprudência italiana admite a concessão da antecipação da tutela de soma em dinheiro, pela consideração de que a quantia, não obstante opere um ressarcimento antecipado, tutela um direito não patrimonial conexo ao direito de recebimento dela própria. A tutela antecipada de soma exerce uma “*função não patrimonial*”, nas palavras de MARINONI, pelo receio de dano a um direito diretamente relacionado e, por isso, merecedor de tutela no processo⁴⁸.

Há, evidentemente, uma satisfatividade da tutela da soma em dinheiro, já que o ressarcimento, que seria operado com a tutela final, é antecipado. A cautelaridade presente só se refere ao direito material, conexo, que está sendo resguardado, ou seja, não se enquadra efetivamente no conceito processual civil de cautelaridade que, como já ressaltado, sempre estará referida à tutela do resultado útil do processo, e não ao direito substancial.

Daí se diferenciar a execução provisória, o arresto e a antecipação de soma em dinheiro, pois muito embora o efeito material que produzam seja o mesmo (pagamento ou bloqueio imediato de um bem ou, para nossa análise, de uma soma em dinheiro), os dois primeiros visam à garantia do juízo, em princípio, enquanto a antecipação é decorrente do perigo de dano a um direito conexo ao ressarcimento. Por isso, no caso da antecipação de quantia pecuniária, não pode haver a paralisação da efetivação da decisão, como ocorria necessariamente com execução provisória anterior ao último ciclo de reformas do Processo Civil brasileiro⁴⁹.

Importante observar que a antecipação de soma, para ser concedida, deve estar necessariamente tutelando um bem, direito ou interesse ligado a um dano causado por ato do demandado que se pretende ressarcir com a tutela ao final do processo:

Se o dano temido não tem relação com o ato praticado pelo demandado, a antecipação da tutela não pode ser concedida. Se o autor precisa imediatamente de pecúnia por razões não relacionadas com o ato imputado ao réu, descabe tutela antecipatória, pois essa não pode ser vista como expediente para auxiliar o autor que,

⁴⁷ Ibidem, p. 131-132.

⁴⁸ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 158.

⁴⁹ Idem, p. 221-224. MARINONI demonstra ainda que a confusão entre os institutos decorre de visões completamente equivocadas, e por isso mesmo ultrapassadas, a respeito das tutelas de urgência, como aquela de Antônio Cláudio da COSTA MACHADO (“Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, , do CPC”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996). É evidente também que a diferença entre a efetivação da antecipação da tutela e a execução de título provisório está no grau de cognição que precede cada uma delas no plano vertical.

por motivos alheios à conduta do demandado, precisa imediatamente de soma em dinheiro⁵⁰. (grifou-se)

Em outras palavras, não é possível que o demandante se aproveite da existência do processo, em decorrência de um dano por acidente de trânsito, por exemplo, para requerer a antecipação de soma em dinheiro porque necessita da quantia para o pagamento urgente de um contrato de financiamento imobiliário, ainda que este último propósito esteja ligado ao direito fundamental à moradia e à dignidade da pessoa. É justamente esta peculiaridade que diferencia a antecipação da tutela se soma em dinheiro, nos contornos aqui tratados, das demais hipóteses de antecipação da tutela.

Por outro lado, a possibilidade da antecipação da tutela pecuniária para atender direito subjetivo de conteúdo não patrimonial parece ter sido reforçada na medida em que a Constituição Federal de 1988 elevou diversos direitos ao patamar dos direitos fundamentais. Assim, considerando que o direito à saúde, à educação, ao trabalho, etc., além de serem direitos subjetivos que possam ter conexão com a indenização buscada no curso do processo, representam indubitavelmente direitos protegidos constitucionalmente, inquestionável é a necessidade do reconhecimento da possibilidade da antecipação de soma visando a sua tutela.

Essas constatações também parecem justificar a criação de técnicas específicas de efetivação da decisão que tutela a necessidade de alimentos, especialmente aqueles decorrentes de ato ilícito, as quais serão investigadas em tópico específico do presente estudo.

1.5. Uma visão ampliativa a respeito da efetivação da tutela antecipatória.

Considerando os fundamentos que foram expostos, que dizem com a antecipação da tutela de soma em dinheiro, efetivamente não se pode admitir a simples “*execução*” da decisão antecipatória, nos moldes pensados para a concretização da sentença condenatória.

⁵⁰ Ibidem, p. 157.

1.5.1. Insuficiência da execução por expropriação para a antecipação da tutela de soma em dinheiro.

Em um primeiro momento, diante da dúvida quanto à execução dos *provvedimenti d'urgenza*, entre os quais se poderia incluir a antecipação de quantia monetária, a doutrina italiana⁵¹ sustentou a equiparação da decisão de tutela de urgência com os títulos executivos, por interpretação extensiva do artigo 474 do *Codice*. A solução encontrada para o problema da execução das medidas urgentes foi intuitiva: se para a sentença condenatória se adota a execução forçada, com a expropriação de bens do devedor, bastaria equiparar a medida urgente com aquela modalidade de sentença, que é título executivo judicial, para aplicar o sistema de atuação idêntico. Os títulos executivos, portanto, não seriam apenas aqueles tipificados, mas também aqueles “*ai quali l'attribuzione derivi o da un complesso di norme o dalla stessa disciplina legislativa*”⁵².

A noção demonstra uma visão distorcida do processo, despreocupada com o direito material, e evidentemente não poderia prevalecer. O próprio ARIETA já nos dá a via correta, após demonstrar as posições que conflitavam na doutrina, a respeito da possibilidade ou não de haver títulos executivos que não os expressamente tipificados, o que de fato não atingia o cerne do problema:

In realtà deve negarsi che le misure cautelari, comprese quelle atipiche ex art. 700, possano essere ritenute titoli esecutivi guidiziali ai sensi dell'art. 474 2° comma, n. 1, non tanto perché di tale norma debba darsi un'interpretazione restrittiva o rigorosa, **quanto per la assoluta diversità del fenomeno che sta alla base delle misure in esame**. Più precisamente, l'impossibilità di attribuire ai provvedimenti ex art. 700 la qualità e l'efficacia di titolo esecutivo discende dalla profonda **diversità, sotto il profilo concettuale, strutturale e funzionale, del processo di esecuzione su titolo esecutivo dalla fase di attuazione-esecuzione dei provvedimenti d'urgenza (...)**. L'inscindibilità dell'aspetto cognitivo ed esecutivo del provvedimento ex art. 700 discende da un'esigenza logica (...) e si traduce, sotto il profilo strutturale, nella impossibilità di creare un processo di esecuzione che sia distinto dalla fase di cognizione⁵³ (grifou-se).

Ou seja, justamente pela lógica que norteia a própria concessão da antecipação da tutela, não é possível sujeitar a sua efetivação aos contornos rígidos da separação entre processo de conhecimento e processo de execução por expropriação, em que se tem um

⁵¹ CARNELUTTI, MICHELI, JAEGER, REDENTI, ROCCO, CASTORO, DINI, entre outros, conforme ensina ARIETA, adotaram esta solução primária. *I provvedimenti d'urgenza*. p. 312.

⁵² Idem.

⁵³ Ibidem, p. 313-314.

procedimento no geral despreocupado com a tempestividade da atuação jurisdicional, já porque em primeiro lugar exige nova comunicação do réu⁵⁴. A partir desse pensamento, ARIETA defende a “*absoluta inapplicabilidade*” das normas atinentes à execução forçada, contidas em livro próprio do *Código*, aos provimentos de urgência⁵⁵.

Em relação especificamente à antecipação de quantia em dinheiro, a mesma controvérsia a respeito da sua efetivação se dar por execução forçada ou não esteve presente também na doutrina italiana. Ainda assim, o entendimento pela insuficiência da simples execução da decisão antecipatória como se título executivo fosse, expressado por Luigi MONTESANO e Giovanni ARIETA, parece ser o que melhor dá conta da realidade que se está a enfrentar. A conclusão sobre a não aplicação do sistema comum da execução fica reforçada quando se trata da antecipação de soma em dinheiro, porque o direito que dá azo a sua concessão não é aquele mesmo direito a ser tutelado pela sentença final (indenização), mas sim, como já visto, um direito subjetivo conexo que só pode ser efetivamente atendido com o pagamento antecipado.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme MARINONI ensina que a natureza da decisão antecipatória da tutela é mandamental ou executiva, e não condenatória, caso contrário seria impossível a sua concretização se não pela execução forçada⁵⁶. Referindo-se especificamente ao sistema brasileiro, no que diz respeito à antecipação de soma em dinheiro, assinala que a mesma legitimidade que dá azo à concessão da decisão antecipatória, também exige que se utilizem os instrumentos aptos a pressionar o réu ao pagamento da soma, como a multa coercitiva. Dentro do mesmo raciocínio, assevera, definindo a extensão dos dispositivos legais implicados:

Como a norma que regula a execução da tutela antecipatória não alude a execução de soma em dinheiro [se refere ao art. 273, § 3º, que por sua vez remete ao antigo 588, atual 475-O, ao 461, § 4º e 5º e ao 461-A], vislumbra-se aí uma omissão capaz de impedir a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Mas essa omissão deve ser

⁵⁴ O autor que necessita de soma urgente não pode, por exemplo, se sujeitar à demora da averiguação da impugnação de que trata o art. 475-L do CPC.

⁵⁵ A mesma opinião é expressada por CARPI, para quem “*l’esecutorietà immediata sia attribuita alle ordinanze provvisorie, per ragione logiche prima ancora che giuridiche: la previsione della anticipazione degli effetti della decisione finale di merito non avrebbe senso se il provvedimento (...) non potesse essere attuato immediatamente, anche in via coattiva, ove occorresse*”. *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*. p. 629. Somam-se ainda, entre outros: CAPPONI, Bruno, *Sull’esecuzione-attuazione dei provvedimenti d’urgenza per condanna al pagamento di somme*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XLIV (Gennaio-Marzo/1989), p. 88-118; FRISINA, Pasquale, *La tutela cautelare d’urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XLI (Ottobre-Dicembre/1986), p. 972-1.002; ROSSILO, Giampiero, *In tema di esecuzione di provvedimenti d’urgenza recanti l’ordine di corrispondere somme di denaro*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XLII (Ottobre-Dicembre/1987), p. 1.046-1.064.

⁵⁶ *Antecipação da tutela*, p. 44 e 63.

seguramente suprida quando se tem em mente a natureza instrumental da norma processual, ou melhor, que essa norma tem a finalidade de viabilizar a tutela do direito material.⁵⁷

(...) o problema surge quando se pensa na tutela antecipatória de soma em dinheiro, pois o art. 273, § 3º, ao tratar da efetivação da tutela, alude apenas aos artigos 461, 461-A e 475-O do Código de Processo Civil, e, em razão disso, **alguém poderia imaginar que a execução da tutela antecipatória de soma não pode fugir da regra do art. 475-O.**

Trata-se, evidentemente, de equívoco, pois o art. 475-O se refere apenas aos limites da tutela antecipatória e da tutela final recorrida executadas *mediante expropriação* e às consequências do julgamento final contrário a qualquer modalidade de tutela antecipatória e de tutela final executada na pendência do recurso. Os incisos I e II do art. 475-O dizem respeito a todas as espécies de tutela antecipatória e de sentenças executadas, ao passo que o inciso III desse artigo pertine a *uma das espécies* de execução da tutela antecipatória de soma – a execução por expropriação – e à execução da sentença que condena ao pagamento de dinheiro.

O fato de o art. 273, § 3º, sinalizar para o art. 475-O, não quer dizer que a execução da tutela antecipatória de soma somente possa ser feita através das regras da execução por expropriação, mas sim que a tutela antecipatória de soma executada mediante expropriação deve observar o inciso III e o § 2º do art. 475-O⁵⁸. (grifou-se)

Duas últimas observações devem ser feitas neste ponto.

Em primeiro lugar, é preciso acentuar a diferença entre a “*execução provisória*” e a execução fundada em cognição não definitiva. A ideia é que a chamada “*execução provisória*” se desenvolveria apenas até certo limite, a partir do qual não seria possível alienar os bens do executado, sem o oferecimento de caução, até o efetivo trânsito em julgado da decisão que embasa o título provisório⁵⁹.

Quando se fala em efetivação da decisão antecipatória de soma pecuniária, entretanto, não se está tratando de “*execução provisória*”, mas sim de uma atuação jurisdicional baseada em um título provisório, que provisório é justamente por não ter se dado ainda a sua cognição exauriente. A execução é na verdade incompleta, porque se desenvolve até certo ponto. Já a efetivação da antecipação de soma, como se ressaltou, não pode ficar limitada até determinada fase da execução por expropriação: é, no âmbito do presente trabalho, **completa**, sob pena de esvaziar o propósito da medida antecipatória! Este aspecto é importante para que se possa reforçar a possibilidade de haver execução conjugada com cognição sumária⁶⁰.

⁵⁷ *Curso de processo civil, volume 1*. p. 212

⁵⁸ *Antecipação da tutela*, p. 248-249.

⁵⁹ Veja-se que, como já salientado pelo entendimento consagrado, provisório é o título, e não a sua execução. A execução pode muito bem tornar-se definitiva, se passar em julgado a decisão que a embasa. Por outro lado, pode ser incompleta (no caso da pendência de recurso sem efeito suspensivo e sem a presença de *periculum in mora*) ou completa (no caso da decisão antecipatória da tutela de soma em dinheiro).

⁶⁰ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 207-208.

Em segundo e último lugar, anote-se a vantagem da utilização do verbo “*efetivar*”, para falar em “*efetivação da tutela antecipatória*”, uma vez que, como já demonstrado, não se cogita de uma execução, no sentido estrito adotado pelo CPC, mas sim de uma verdadeira atuação jurisdicional visando à concretização do comando emanado pelo órgão jurisdicional⁶¹.

1.5.2. Rompimento do princípio da tipicidade e as “*cláusulas executivas gerais*”.

Indo além do reconhecimento da insuficiência do modelo da execução em sentido estrito, ainda é preciso observar que o modelo liberal clássico da execução, marcado pela ideia de um juiz completamente despido de poderes, é de todo incompatível com as necessidades atinentes à concretização das decisões de que se está a tratar.

A tipificação estrita dos meios executivos se desenvolveu no nosso sistema processual através da influência do pensamento predominante no Estado burguês pós-revolucionário. Procurava-se afastar todo e qualquer poder dos juízes, já que, antes da Revolução Francesa, a classe dos magistrados gozava de amplos poderes e estava ligada à nobreza e à monarquia absolutista. A partir daí, o magistrado passou a ser visto como um mero repetidor dos ditames contidos na lei, sendo uma verdadeira *bouche de la loi*.⁶²

A adoção do princípio da tipicidade dos meios executivos impunha que as formas de satisfação dos credores deveriam estar pré-estabelecidas, com o objetivo de garantir a liberdade do devedor. Isso porque ele, devedor, deveria ter prévio conhecimento de toda e qualquer maneira pela qual o seu patrimônio pudesse ser alcançado – e a noção de liberdade estava profundamente ligada à propriedade, valor maior de todo o sistema social fundado com as revoluções modernas.

Estando o juiz limitado aos meios executivos previstos na lei, pouco podia ser feito em caso de inadimplemento, e em grande parte dos casos a execução era frustrada. Esta realidade evidentemente beneficiava a parte economicamente mais forte, que podia optar por não adimplir suas obrigações e prestar o equivalente em pecúnia, ou, melhor ainda, sujeitar-se

⁶¹ Idem, p. 209. Os italianos falam em *attuazione-esecuzione dei provvedimenti d'urgenza*.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 20.

à execução por expropriação, gozando das grandes benesses e da demora típica daquele sistema executivo⁶³.

O magistrado, portanto, não tinha os poderes capazes de dar efetividade as suas próprias decisões, o que gerava um quadro de extrema desconfiança no Poder Judiciário. Vale ressaltar também que sequer havia no sistema processual e constitucional uma preocupação com a prestação da tutela jurisdicional efetiva aos cidadãos por parte do Estado, construção esta que é bem mais recente.

A influência liberal, consagrada no *Code Civil* de Napoleão, se fez sentir ainda mais no Processo Civil moderno, na medida em que a sua autonomia ainda estava sendo discutida em relação ao direito material, especialmente ao Direito Civil.

Hoje, parece intuitivo que a antecipação da tutela, instrumento fundamental para a concessão da tutela jurisdicional efetiva, não pode mais ficar sujeita à tipificação dos meios executórios. Este aspecto é também reconhecido por ARIETA em sua obra “I provvedimenti d'urgenza”:

In particolare, deve ritenersi difficilmente compatibile con la stessa struttura unitaria dei provvedimenti d'urgenza (e cautelari in genere) la previsione di un autonomo procedimento, sia pure dinanzi lo stesso giudice che ha emesso la misura di cautela, **nel quale la determinazione delle modalità di esecuzione**, conesse alla rimessione di pristino, **si accompagnerebbe all'esercizio di un potere discrezionale da parte del giudice adito (...)**⁶⁴ (grifou-se).

O que se está a defender, com vistas à efetivação da decisão antecipatória da tutela, é que o juiz possa gozar de um “*amplo poder para determinar a modalidade executiva adequada*”⁶⁵, ou seja, possa optar discricionariamente, de acordo com as exigências dadas pelas circunstâncias de cada caso concreto, pelas medidas executivas mais idôneas a promover a efetivação da sua decisão.

Entre estas medidas, estão a multa, a prisão coercitiva e o desconto em folha de pagamento do devedor de alimentos, entre outras, as quais constituem ditas “cláusulas executivas gerais”, no dizer de MARINONI, na medida em que, ao contrário do que ocorre com o procedimento bem definido da execução da sentença condenatória, não possuem contornos rígidos dados pelo ordenamento processual civil, tanto em relação à escolha do

⁶³ O próprio *Code Civil* no seu art. 1.142, define que “*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur*”.

⁶⁴ p. 320.

⁶⁵ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 63.

momento de sua aplicação quanto em relação à forma de sua aplicação, conferindo maleabilidade ao juiz:

Nesse sentido, essas regras podem ser ditas abertas à concretização judicial. Ou seja, tais regras contêm a previsão de que o poder de execução deve ser concretizado conforme as circunstâncias do caso concreto. Reforço disso é a alusão expressa às “medidas *necessárias*” à execução, contida nos artigos 461, § 5º, do Código de Processo Civil e 84, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

(...)

Ou melhor, tais regras não “definem tudo o que poderia ser definido”, isto é, não fixam as medidas executivas que devem ser utilizadas, mas deixam ao juiz o poder de escolher a medida executiva adequada ao caso concreto. Como é óbvio, essa “indefinição” é própria a uma regra aberta à concretização judicial, que também pode ser pensada, na perspectiva do poder de escolha do meio executivo conferido ao juiz, como cláusula geral executiva⁶⁶.

A ruptura do princípio da tipicidade dos meios executivos já poderia ser justificada mesmo antes, por força do imperativo constitucional da efetividade da tutela jurisdicional, mas ganhou mais força com o advento dos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁷ e 461 do Código de Processo Civil⁶⁸, na redação atual. Na medida em que o legislador quebrou

⁶⁶ *Idem*, p. 245.

⁶⁷ **Art. 84.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

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

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

⁶⁸ **Art. 461.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

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

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

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

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

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

a estrita tipicidade das formas de execução, e o art. 273 do CPC remete à aplicação do art. 461, é evidente que o juiz pode e deve se valer da abertura conferida pela norma para a efetivação da decisão antecipatória da tutela.

Luiz Guilherme MARINONI, na obra que serve de norte para este estudo, justifica ainda a queda do princípio da tipicidade dos meios executivos pelo seu próprio fundamento, consistente em presumir que *“as necessidades oriundas das várias situações de direito material podem ser igualizadas e, portanto, contentarem-se com os mesmos meios executivos”*. Em outras palavras, o que se quer dizer é que a extrema abstração que tomou conta do Processo Civil por muito tempo não pode mais impedir que a execução seja pensada com base nas peculiaridades de cada caso concreto.⁶⁹

Uma última observação deve ser feita, a respeito da utilização das cláusulas executivas gerais: a quebra do princípio da tipicidade não acarreta a mitigação dos princípios da menor restrição possível e da utilização do meio mais idôneo. Ou seja, como contrapartida à gama de poderes conferidos ao juiz para fazer valer a decisão antecipatória, o réu mantém a possibilidade de exercer o controle através do veto a ações executivas despropositadas ou que inutilmente causem gravames a sua esfera jurídica.

É o que MARINONI denomina de passagem *“do princípio da tipicidade ao princípio da concentração dos poderes de execução”*⁷⁰, que ao concentrar os poderes no juiz, exige por outro lado a possibilidade de controle da parte. E esta concentração não significa apenas a saída de cena do legislador, concedendo espaço ao juiz, como também a mitigação ao princípio da congruência, uma vez que o julgador pode se valer de medidas que não aquelas requeridas pela parte, desde que idôneas para a efetivação da sua decisão.

⁶⁹ *Antecipação da tutela*, p. 241.

⁷⁰ *Idem*, p. 64, 241-242.

PARTE II – TÉCNICAS PARA EFETIVAÇÃO DA DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE QUANTIA EM DINHEIRO

Duas colocações devem ser feitas antes de adentrar no estudo das formas de efetivação da antecipação da tutela de soma em dinheiro. A primeira delas diz respeito aos critérios que conformam cada uma das técnicas executivas postas à disposição do juiz.

MARINONI ensina que o desenho das técnicas processuais é concebido tanto a partir das peculiaridades e necessidades ligadas ao direito material do credor, como pela consideração de uma qualidade ou especificidade do devedor⁷¹. Assim, exemplificativamente, no caso da dívida alimentar, o ordenamento processual coloca à disposição do juiz a técnica da prisão do devedor como meio de coerção indireta, visando ao pagamento da soma, que, dado o direito ao recebimento de alimentos, não pode ficar à mercê do arbítrio do réu. Já no caso da execução contra o Estado, por exemplo, esta deve seguir o regime dos precatórios ou da certidão de pequeno valor, com contornos próprios, já que se está diante de devedor que goza de especial tratamento jurídico, por conta da indisponibilidade de seu patrimônio⁷².

O segundo aspecto que deve ser salientado consiste em classificar as técnicas processuais que serão tratadas, ou seja, dizer se consistem em formas diretas ou indiretas de execução, ou, melhor, de efetivação da decisão antecipatória⁷³. Dentro desta ideia, é possível decompor o estudo em: a) técnicas diretas, que parecem suscitar pouca dúvida, porque atuam imediatamente sobre a esfera jurídica do devedor, independentemente de sua vontade; aqui se incluem a penhora *on-line*, o desconto em folha de pagamento, o desconto de renda periódica e o sequestro; b) técnicas coercitivas, ou indiretas, que visam persuadir o devedor ao adimplemento, categoria em que se incluem a multa e a prisão⁷⁴.

A utilidade de tal classificação consiste em possibilitar que se adeque, na prática, o modo de utilização de determinada técnica ao escopo a ela inerente, no âmbito processual civil. Nesse sentido, é preciso considerar que a prisão e a multa como modos de coerção ao

⁷¹ *Técnica processual e tutela dos direitos*. p. 606.

⁷² Abstraindo as significativas críticas a respeito de serem desarrazoados muitos dos “privilégios” dos quais goza a Fazenda Pública. O importante é que, na prática, se tenha em mente a sempre necessária ponderação, de modo que a proteção especial conferida ao devedor não seja capaz de lesar ainda mais o direito material do credor.

⁷³ No presente estudo não se optou por dividir os tópicos de acordo com esta classificação; deu-se relevo antes às necessidades de direito material que podem ser atendidas pelas diversas técnicas executivas (tutela de alimentos, tutela contra a Fazenda Pública), separando as demais técnicas que não se enquadram nas duas primeiras hipóteses (multa, penhora *on-line*, dispensa de caução).

⁷⁴ MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 132.

pagamento de soma não podem ser encaradas do mesmo modo que a prisão ou a multa com finalidade punitiva, previstas na esfera penal⁷⁵.

Feitas estas breves considerações, é possível discorrer sobre as técnicas que interessam no caso da antecipação de quantia pecuniária, iniciando pela utilização da multa como meio de coerção indireta.

2.1. A aplicação de multa como forma de coerção indireta.

Já foi esclarecido que a efetivação da decisão antecipatória de soma em dinheiro não pode ficar sujeita à execução por expropriação. Isso porque a falta de dispositivo legal prevendo técnicas específicas para dar conta desta forma de tutela não pode se prestar à mitigação do direito constitucional à tutela antecipada.

Assim é que se passou a defender a aplicação do artigo 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, quando for o caso, para a efetivação da antecipação de soma em dinheiro. Como já se frisou, o fato de o § 3º do artigo 273 do Código de Processo Civil fazer referência ao antigo artigo 588⁷⁶ não quer dizer que a técnica ali antes prevista deva ser necessariamente utilizada somente porque se trata de prestação pecuniária. Lembre-se que o § 3º do artigo 273 faz referência também à aplicação do artigo 461 do Código de Processo para a “*efetivação da tutela antecipada*”, “*no que couber e conforme a sua natureza*”. Ou seja, neste dispositivo é autorizada a utilização das técnicas previstas no artigo 461, entre as quais se incluí a multa como forma de coerção.

MARINONI se vale de outro argumento importante para defender a possibilidade da aplicação da multa coercitiva na hipótese de concessão de antecipação da tutela de soma em dinheiro: o fato de a prisão como meio de coerção do devedor de soma somente poder ser

⁷⁵ MARINONI desconstrói a oposição feita por José Miguel Garcia MEDINA, na sua obra *Execução Civil*, no sentido de que a mandamentalidade da ordem judicial adviria da possibilidade de prisão por crime de desobediência, prevista no art. 330 do Código Penal. A posição de MEDINA parece decorrer de uma visão patrimonialista e ultrapassada do processo. Com efeito, a mandamentalidade decorre do manejo do art. 461 do CPC, e não da lei penal, e não parece correto dizer que a imposição de multa coercitiva tem caráter condenatório, simplesmente porque o valor da multa pode ser executado pelo autor, em caso de descumprimento. *Idem*, p. 127-132.

Definitivamente, a carga mandamental do comando mandamental não poderia advir da possibilidade do art. 330 do CP, porque os fins a que se destinam as decisões mandamentais são diversos daqueles pretendidos pelo ordenamento penal. Temos na opinião de MEDINA, entre outros autores, uma ideia equivocada do fenômeno da mandamentalidade.

⁷⁶ Referência esta que deve ser entendida hoje como remetente ao artigo 475-O, que trata da execução provisória.

utilizada quando se tratar de tutela alimentar. Como o pagamento da soma, para efetivamente atender aos fins que justificam a própria antecipação da tutela, deve ser efetuado da forma mais célere possível, é ideal que a prestação seja cumprida pelo próprio devedor. Por esse motivo, o juiz deve ter a sua disposição a técnica de coerção indireta:

Ora, se o desejável é o adimplemento voluntário, a melhor via de execução é a indireta, ou seja, aquela que atua sobre a vontade do obrigado visando ao seu adimplemento. Note-se que a “execução” sob pena de multa, além de dar àquele que tem um direito uma tutela jurisdicional mais célere e de “livrar” a administração da justiça de um procedimento oneroso e longo, elimina os custos e os riscos inerentes à execução por expropriação, culminando por ser mais benéfica, em um certo sentido, também ao devedor.⁷⁷

Por outro lado, alguns argumentos são utilizados para afastar a aplicação da multa em caso de tutela antecipada de soma em dinheiro.

O primeiro é o de que não se poderia utilizar um meio de implementação mais incisivo para a efetivação da decisão antecipatória do que aquele utilizado para a sentença. Como o meio empregado para efetivação da sentença condenatória é a execução por expropriação, argumenta-se no sentido de que a antecipação da tutela final não poderia utilizar a multa, que é meio executivo de coerção indireta, e portanto, mais contundente.

Evidente que esse pensamento faz eco a uma visão completamente distorcida do fenômeno da antecipação da tutela de soma em dinheiro, pois os fins que esta forma de proteção se presta a atender são completamente distintos daqueles visados pela sentença condenatória. Como já foi ressaltado, a antecipação de soma busca ao atendimento a um direito material conexo ao direito de receber a prestação pecuniária, que seria atendido pela tutela final. Este direito, geralmente de cunho não patrimonial, não pode ficar sujeito ao procedimento da execução por expropriação⁷⁸. Além disso, acreditar que a tutela, somente por ser antecipada, não possa ser mais incisiva do que a tutela final, é preocupar-se mais com o processo do que com as necessidades de direito material que envolvem todo o fenômeno.

De qualquer forma, a multa pode também ser utilizada para dar efetividade à sentença, conforme autorizado pelos arts. 287⁷⁹ e 461 do CPC (astreintes).

⁷⁷ *Antecipação da tutela*, p. 226.

⁷⁸ MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 633. Também em *Antecipação da tutela*, p. 247.

⁷⁹ **Art. 287.** Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória da tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A). Não se trata efetivamente de “pena pecuniária”, na incorreta linguagem do dispositivo, mas sim de imposição de multa como forma de coerção.

Também não parece correto argumentar que a dificuldade da posterior cobrança da multa, por execução comum, tornaria a sua utilização inviável como instrumento de coerção. Ora, a cobrança posterior da multa certamente tem menos relevância do que o efeito que a sua imposição produz sobre a disposição do obrigado em pagar a quantia devida. Preocupar-se mais com a execução da multa do que com a sua efetividade como meio de coerção do obrigado ao pagamento de soma é corroborar com uma visão patrimonialista do processo, que não pode prevalecer diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁸⁰.

Por fim, também é equivocado dizer que a multa não seria capaz de exercer coerção sobre o obrigado, porque se ele não se importa com o valor a ser pago, também não daria importância para a multa. Essa afirmação pode estar correta no caso do devedor que não possui patrimônio suficiente para saldar o débito em dinheiro, mas certamente não se aplica no caso do devedor com patrimônio, que, tendo consciência da possibilidade de ser executado, tende a evitar a incidência da multa⁸¹. MARINONI observa ainda que a imposição da multa é profícua para o caso dos credores economicamente menos favorecidos, frente aos devedores mais favorecidos, pois aqueles são os que mais sofrem com o dano marginal gerado pela demora do processo⁸².

Neste ponto surge a questão do valor da multa. Veja-se que o artigo 461 coloca como critérios para o arbitramento do valor da multa, de um lado, a “suficiência”, e, de outro, a “compatibilidade”. Falar em “compatibilidade” não quer dizer, entretanto, que o seu valor esteja limitado ao valor da obrigação:

Haverá de estabelecer-se montante tal que concretamente influa no comportamento do demandado – o que, diante das circunstâncias do caso (a situação econômica do réu, sua capacidade de resistência, vantagens por ele carreadas com o descumprimento, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos, etc.), pode resultar em *quantum* que supere aquele que se atribui ao bem jurídico visado.⁸³

De outro lado, a ideia de que a multa somente poderia ser utilizada para impor o pagamento de obrigações infungíveis, embora intuitiva, também não pode ser admitida. Poderia se justificar que apenas no caso deste tipo de obrigações não pode haver execução na forma direta. Entretanto, o argumento não deve prevalecer se confrontado com o direito à tutela jurisdicional efetiva.

⁸⁰ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 258.

⁸¹ *Idem*, p. 65.

⁸² *Tutela específica*, p. 195. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 623-625 e 644-645.

⁸³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 243.

Com efeito, não pode haver uma relação de alternatividade, de modo que a multa só possa ser utilizada quando for impossível a execução direta. O pagamento sob pena de multa também deve ser aceito para as obrigações fungíveis, como o pagamento de soma em dinheiro. As duas modalidades de efetivação, direta e indireta, devem estar à disposição do juiz para serem utilizadas de acordo com as necessidades e circunstâncias do caso concreto⁸⁴.

Assim também se defende a não utilização da multa contra o devedor que não possui patrimônio. O objetivo da multa não é castigar o obrigado pelo seu não pagamento, mas sim promover um efeito de coerção no sentido de que pagar sem multa é melhor do que não pagar, sujeitando seu patrimônio à posterior execução do acréscimo. É igualmente por esse motivo que deve ser aberta ao obrigado a possibilidade de se manifestar, a partir da justificativa (a) da decisão judicial, de um lado, e (b) da impossibilidade de adimplir, de outro. Essa atitude do juiz pode abrir espaço inclusive para o parcelamento do débito ou para o aumento do prazo de pagamento, se possível diante das circunstâncias do credor⁸⁵.

O posicionamento que admite a utilização da multa para a efetivação da tutela liminar pecuniária foi reconhecido por parte da doutrina e da jurisprudência na Itália, conforme comenta Pasquale FRISINA, ao tratar da aplicação dos *provvedimenti d'urgenza* com prestação em pecúnia:

In questo caso, la ritenuta applicabilità di mezzi di coazione indiretta, e segnatamente della stessa sanzione penale prevista dall'art. 388 2° comma c.p., nonché la utilizzabilità (necessaria o semplicemente eventuale) delle forme di attuazione coattiva diretta per l'esecuzione della misura cautelare potrebbe consentire al creditore di una prestazione pecuniaria di ottenere, per tali vie, risultati che non sono conseguibili nell'ambito della stessa esecuzione forzata soddisfattiva (...)⁸⁶.

⁸⁴ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 253. A questão também está presente em *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 118, 132, 213-214. Também em TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 239-240.

⁸⁵ *Técnica processual...*, p. 623, 627 e 644-645. *Antecipação da tutela*, p. 226.

⁸⁶ FRISINA, Pasquale. *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XLI (Ottobre-Dicembre/1986), p. 983. Necessário observar novamente, por cautela, que quando se fala em *misura cautelare*, fala-se tanto de cautelaridade como de satisfatividade, por conta da confusa classificação dos *provvedimenti d'urgenza* adotada pelos italianos, como visto na primeira parte deste trabalho.

2.2. A justificativa como meio de controle da decisão que impõe o pagamento sob pena de multa.

Assentada a possibilidade da utilização da multa como meio de efetivação da decisão que antecipa a tutela de soma em dinheiro, é preciso fazer uma última observação, atinente à necessidade de controle da decisão judicial. Essa necessidade se faz sentir a partir do momento em que se rompeu com a estrita tipicidade dos meios executivos.

Já se tratou da passagem, do paradigma da tipicidade dos meios executivos, para as regras da concentração dos poderes do juiz e o estabelecimento das cláusulas executivas gerais. Tais cláusulas funcionam como normas abertas à disposição do julgador para a aplicação de acordo com as necessidades oriundas de cada caso concreto. Com efeito, não é possível imaginar que esta abertura seja uma via de mão única, ou seja, que se conceda o poder ao juiz sem por outro lado manter a possibilidade de controle por parte do obrigado. Ressalte-se que a efetivação ou execução de qualquer modo continua sujeita aos postulados da adequação, da menor restrição possível e do meio executivo mais idôneo.

Nesse sentido, ganha relevo a justificativa por parte do julgador, o que se dá com a exposição das razões pelas quais determinada modalidade executiva foi eleita para a efetivação da sua decisão. Ou seja, se durante a vigência do princípio da tipicidade bastava localizar na lei as técnicas permitidas para a execução de determinada decisão, justificando com base no dispositivo legal permissivo, agora a fundamentação se tornou uma atividade muito mais sofisticada, porque se deve demonstrar o exercício de ponderação efetuado pelo juiz para chegar à conclusão de que uma ou outra forma de atuação é a mais adequada e idônea.

Michele TARUFFO procurou demonstrar a questão, expondo a diferença entre a necessidade de justificação das decisões (a) quando baseadas simplesmente em regras ou (b) quando apoiadas nas peculiaridades dos casos concretos. O autor conclui que para as primeiras basta um juízo sobre a correta aplicação da regra, enquanto que nas decisões do segundo tipo o controle envolve também um juízo de conveniência e de justiça. Discorrendo sobre o controle de racionalidade da sentença, lança mão de uma observação que pode muito bem se aplicar para as decisões de que se trata no presente estudo:

Le considerazioni che precedono si fondano sulla premessa che una decisione razionale sia possibile, e che anzi essa sia necessaria in un sistema giuridico non arbitrario. Da questa possibilità - necessità deriva una conseguenza importante: la

razionalità della decisione giudiziaria non va semplicemente presupposta, ma deve costantemente essere oggetto di possibile controllo. Quindi la sentenza deve essere motivata e la motivazione deve essere adeguata ed effettiva. Essa deve dunque contenere argomentazioni giustificative sufficienti a far ritenere che la decisione in fatto e in diritto sia fondata su buone ragioni⁸⁷.

A justificação da decisão permite a participação das partes, na medida em que só ela possibilita a aferição a respeito da legitimidade do exercício do poder pelo juiz, e sem ela “*não seria possível concretizar o direito constitucional das partes participarem adequadamente do processo*”⁸⁸. Assim, por exemplo, ao preferir a utilização da multa sobre alguma forma direta de execução, deve o julgador expor por que considera a multa coercitiva mais adequada e idônea às necessidades do caso concreto. A partir daí, tanto o autor como o obrigado poderão participar do processo, exercendo controle, pela via recursal ou se opondo diretamente ao juízo que exarou a decisão.

Mas não só isso, também ao manejar a técnica escolhida, o julgador deve justificar as peculiaridades eleitas para sua aplicação. No caso da multa, por exemplo, se o magistrado decide alterar a periodicidade da sua incidência (artigo 461, § 6º) em desfavor do executado, a partir da constatação de que a periodicidade anteriormente determinada não se mostrou suficiente para exercer coerção, é imprescindível que esta operação seja justificada. Nesse caso, o juiz pode fundamentar a alteração fazendo referência ao período transcorrido sem que houvesse o efetivo cumprimento da decisão pelo obrigado.

Ou ainda, se o julgador optar, diante do fracasso da multa coercitiva, por alterar o meio executivo, determinando, por exemplo, o bloqueio de contas-correntes do executado, a legitimidade de tal escolha igualmente vai depender da demonstração de que se trata de providência necessária e adequada.

Como lembra Eduardo TALAMINI, a adequação do valor da multa aos critérios da “suficiência” e “compatibilidade” está sujeita ao controle recursal, pelo que também a justificativa sobre o valor adotado deve estar presente⁸⁹.

Por fim, é de se lembrar que o dever de fundamentação, em qualquer hipótese, também está imposto pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição da República⁹⁰.

⁸⁷ TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. In www.studiocentelano.it/lenouvevocideldiritto.

⁸⁸ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 259. Também em *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 214.

⁸⁹ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 243.

⁹⁰ IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

2.3. A penhora *on line*.

Contrapostas à execução por coerção sobre o próprio obrigado, que se diz indireta, apresentam-se as formas de execução direta, que atingem o patrimônio do executado sem a necessidade de atuação da sua própria vontade.

O italiano Pasquale FRISINA, se referindo aos poderes a serem utilizados pelo juízo cautelar no Processo Civil peninsular, adverte que:

É tuttavia innegabile che in siffatta ipotesi l'utilizzazione delle forme di esecuzione diretta consentirebbe al creditore di ottenere risultati che non sono conseguibili nell'ambito della stessa esecuzione forzata di sentenze di condanna all'adempimento di prestazione pecuniarie, giacché si tratterebbe non già di far esercitare al giudice della cautela i poteri che normalmente spettano al giudice dell'esecuzione, ma di attribuire al primo poteri in tutto diversi da quelli del secondo, per contenuto e per estensione: si consentirebbe cioè al giudice della cautela di creare procedure di espropriazione e di assegnazione forzata ecedenti, nella struttura e, soprattutto, nei risultati, le regole fondamentali della vigente legge procesuale⁹¹.

A primeira forma de atuação direta a ser tratada no presente estudo é a denominada “penhora *on line*”, justamente porque é a forma mais genérica de execução por expropriação⁹², podendo ser utilizada de maneira generalizada quando se busca a obtenção de uma quantia em dinheiro. Veja-se que isso não se passa com as técnicas de aplicação mais específica, como o desconto aplicado sobre renda periódica e o desconto em folha de pagamento, que estão atrelados a determinada hipótese de direito substancial (tutela do dever alimentar). Também não é o que ocorre com o sequestro, previsto especificamente para determinada situação em função da pessoa executada (Fazenda Pública Nacional).

A implantação prática da penhora *on line* se deu a partir do convênio dito “Bacenjud”, firmado entre o Banco Central do Brasil e o Poder Judiciário, pelo qual o juiz pode requisitar, automaticamente e de forma direta, através de ofício eletrônico, informações a respeito da existência de saldo em conta-corrente ou aplicação financeira do devedor, podendo até mesmo

⁹¹ FRISINA, *La tutela cautelare...*, p. 999-1.000. Reitera-se a observação feita na nota de rodapé n.º 85.

⁹² Anote-se que quando se fala que a execução por expropriação é insuficiente para a efetivação da tutela antecipada, a rigor quer se referir à execução da sentença condenatória, que tem como parâmetro operativo o artigo 475 do Código de Processo Civil. Ou seja, não se quer dizer que toda e qualquer forma de execução por expropriação é inócua para a efetivação das decisões antecipatórias da tutela, restando apenas os meios de coerção indireta (multa e prisão). Isso porque a penhora *on line*, o desconto em folha, o desconto de renda periódica e o sequestro constituem formas expropriatórias aptas a dar conta do fenômeno aqui estudado.

determinar o imediato bloqueio dos valores. Em caso de persistir o não pagamento espontâneo, o magistrado deve autorizar o levantamento dos valores em favor do credor.

A inserção formal da técnica no Código de Processo Civil se deu com a inclusão do artigo 655-A⁹³ pela Lei n.º. 11.382/2006, na parte do Código que hoje trata da execução dos títulos extrajudiciais – e se aplica subsidiariamente à execução das sentenças. Por conta desta aplicação e da facilidade e agilidade do procedimento, o bloqueio de valores em instituições financeiras tem sido poderoso instrumento de efetivação das decisões que determinam o pagamento de soma em dinheiro.

O mesmo que foi dito para a possibilidade de imposição da multa, no tópico anterior, vale para a penhora *on line*. Se para a sentença que condena ao pagamento de soma em dinheiro é permitida a utilização desta forma direta de expropriação, quanto mais ainda para a efetivação da decisão antecipatória da tutela de soma em dinheiro, que necessita de atuação célere, sob pena de se tornar completamente inócua.

É evidente também que não é necessário esgotar todas as diligências possíveis na busca de bens a serem penhorados, antes de requerer o bloqueio eletrônico de valores⁹⁴. O tempo necessário para tais providências poderia gerar lesão ou dano irreparável ou de difícil reparação ao credor da tutela antecipatória, deixando a decisão sem qualquer efetividade. Como observa MARINONI, “*surge ao autor, diante do descumprimento da tutela antecipatória, o direito de imediatamente obter dinheiro*”. Assim, não faz diferença haver

⁹³ **Art. 655-A.** Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

§ 4º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o *caput* deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão-somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa a violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, de acordo com o disposto no art. 15-A da Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995.

⁹⁴ A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça tem se mostrado sensível à questão, quando o pedido de penhora *on-line* tenha se dado depois do advento da nova lei (Ag.Rg. no Ag. 1.050.772/RJ, EDcl. No Ag.Rg. no REsp. 1.073.910/BA). Já para os casos em que o pedido se deu antes da reforma do Livro II do Código, prevalece o entendimento de que antes de autorizar a aplicação da técnica é necessário exaurir as diligências para encontrar outros bens passíveis de penhora, como explicado no REsp. 1.101.288/RS. Para a decisão antecipatória de soma em dinheiro, o que se defende neste estudo é a possibilidade de aplicação direta em qualquer caso, mesmo quando não realizada qualquer outra diligência, justamente pela natureza diversa das decisões de que se está a tratar.

outros bens a serem penhorados, porque o que se busca na antecipação de soma em dinheiro não é a futura obtenção de dinheiro, mas sim a sua **imediate** obtenção⁹⁵.

Apesar de ser uma forma expropriatória direta, a penhora *on line* também atua como forma de coerção, combinada com a aplicação da multa pelo não pagamento. Isso porque o obrigado, ciente de que uma simples solicitação eletrônica do juiz pode bloquear valores contidos em contas-correntes e aplicações financeiras de sua titularidade, tende a pagar a quantia o quanto antes, de modo a evitar a incidência da multa.

2.4. Antecipação da tutela de alimentos.

A antecipação da tutela alimentar envolve não só a obrigação de pagar alimentos decorrente do Direito de Família, mas também a obrigação alimentar decorrente de ato ilícito.

2.4.1. Dívida alimentar derivada das relações familiares e dívida alimentar decorrente de ato ilícito.

A situação de direito material mais direta capaz de ensejar a obrigação alimentar advém da aplicação dos artigos 1.694⁹⁶ e seguintes do Código Civil, que prevêm que os parentes, sejam descendentes ou ascendentes⁹⁷, os cônjuges e os companheiros podem requerer a prestação mensal de quantia pecuniária necessária para o seu sustento. A possibilidade de concessão da tutela antecipatória da soma em dinheiro correspondente ao dever alimentar familiar está assegurada tanto no nível constitucional quanto no patamar infraconstitucional.

⁹⁵ *Antecipação da tutela*, p. 228. Veja-se que de qualquer modo o credor tem o direito de penhorar dinheiro, de acordo com o sistema expropriatório do Código (art. 655).

⁹⁶ **Art. 1.694.** Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

⁹⁷ Em decorrência do comando insculpido no art. 229 da Constituição, segundo o qual “*os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

Em termos legais, tem-se que o artigo 4º da Lei do rito especial da Ação de Alimentos (Lei nº. 5.478/1968) manda que o juiz, já no recebimento do pedido inicial, fixe alimentos provisórios, salvo no caso de o próprio requerente já declarar a sua desnecessidade imediata⁹⁸. É claro que essa fixação não tem sentido se não for imediatamente efetivada, independente e anteriormente à sentença. Esta é a dicção do § 3º do artigo 13 da mesma Lei, segundo o qual “*os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário*”.

Embora a lei aparentemente obrigue o juiz a fixar os alimentos (“o juiz **fixará**”), é evidente que se trata de providência antecipatória, já que, embora não previsto expressamente, essa fixação só pode se dar caso presente a mínima relevância dos fundamentos do pedido inicial (*fumus boni iuris*). Outra evidência é que a fixação dos alimentos provisórios ocorre sempre antes do comparecimento do devedor no processo (cognição sumária e *inaudita altera parte*), sendo satisfativa, até a sentença final.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 4º daquele diploma legal prevê, para o caso de alimentos entre cônjuges casados em comunhão universal de bens, a possibilidade de transferência mensal para o requerente da renda obtida com bens comuns, iniciando já com o despacho inicial. Em que pese este dispositivo ter hoje muito menos aplicação prática do que ao tempo em que foi editado, pela prevalência do regime geral da comunhão parcial de bens, é convergente com a transferência mensal de renda periódica, prevista tanto na lei especial quanto no Código de Processo Civil.

Também o CPC, antes da introdução da cláusula geral no artigo 273, já acolhia a possibilidade de antecipação da tutela alimentar, conforme o entendimento implícito no artigo 852, inciso II⁹⁹, e no artigo 854, parágrafo único. Vale lembrar que este diploma legal tem aplicação subsidiária nas demandas que visam ao pagamento de prestação de alimentos, de acordo com o artigo 27 da lei especial.

Entretanto, pelo caminho até aqui trilhado, já se sabe que mesmo que nenhum desses dispositivos existisse, a antecipação da tutela alimentar seria possível. Primeiro porque a Constituição da República deu especial proteção à necessidade alimentar, nos artigos 5º,

⁹⁸ **Art. 4º.** Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

⁹⁹ **Art. 852.** É lícito pedir alimentos provisionais:

(...)

II – nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial (...).

Art. 854. Na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante.

Parágrafo único. O requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre desde logo uma mensalidade para manutenção.

inciso LXVII e 229. Em segundo lugar, porque diante do inciso XXXV do artigo 5º, não se poderia deixar de dar guarida à pretensão antecipatória da tutela de alimentos, sendo este, em verdade, o dispositivo que sustenta a aplicação do instituto, acima de todos os dispositivos infraconstitucionais elencados.

A partir daí, é possível justificar o pagamento de alimentos derivado do Direito de Família em sede de antecipação da tutela. Nesse caso, não há muita controvérsia no que diz respeito à possibilidade de ensejar a antecipação, sendo esta noção sedimentada na doutrina e na jurisprudência. A efetivação da decisão antecipatória pode se dar pelos mecanismos previstos nos artigos 732 a 735 e 852 a 854 do CPC, bem como nos artigos 16 a 20 da Lei de Alimentos – prisão, desconto de renda periódica, desconto em folha de pagamento (v. pontos 3.4.2 e 3.4.3 infra).

Outra situação de direito material que pode conduzir ao dever de alimentos deriva de ato ilícito imputado ao obrigado, ou melhor, da necessidade de proteção via antecipação da tutela de um direito subjetivo, conexo ao recebimento da soma em dinheiro, devida pelo dano à esfera jurídica da vítima.

O Professor Luiz Guilherme MARINONI dedica um tópico especial da sua obra *Antecipação da Tutela* à justificação da medida antecipatória em demanda de indenização por ato ilícito. Ali, citando Luigi MONTESANO¹⁰⁰, consigna que a tutela antecipada de soma já era admitida entre os italianos no caso de prestações alimentares, retribuições para o sustento do trabalhador, tutela específica de um bem não patrimonial lesado e alívio de um estado de necessidade causado por ato ilícito, com base no princípio da dignidade humana.

Ocorre que no Direito italiano essa tutela é concedida sempre como uma *provvisoriale*, ou seja, só pode ocorrer a partir da cognição exauriente a respeito de parte integrante do valor total pedido pelo autor. Equivale, portanto, à concessão da antecipação da tutela da parte incontroversa do pedido, fundada no nosso artigo 273, § 6º do Código de Processo Civil, mas sempre visando à reintegração de um bem não patrimonial lesionado.

É evidente que não se trata aqui de defender a antecipação de parcela incontroversa da demanda, nos casos de indenização por ato ilícito, até porque esta modalidade de antecipação é possível em qualquer hipótese, e nada traz de excepcional em relação à tutela do direito material. O que se quer sustentar é que o juiz pode conceder medida antecipatória a partir do artigo 273, inciso I, do CPC, quando verificar que há ou poderá haver nexo de causalidade

¹⁰⁰ “*La tutela giurisdizionale dei diritti, Trattato di diritto civile italiano, v. XIV, t. 4/257*”. p. 229. A mesma remissão do mestre italiano também pode ser encontrada em Bruno CAPPONI, *Sull’esecuzione...*, p. 109.

entre o ato lesivo e um dano irreparável ou de difícil reparação, que atinja um direito de índole pessoal da vítima.

Esta hipótese também encontra equivalente no Direito processual civil italiano, mas não na *provvisionale* genérica do artigo 278 do Código de Processo Civil¹⁰¹. Como explica MARINONI, a antecipação alimentar por ato ilícito via artigo 273, I, do CPC brasileiro, tem como seu par no Direito peninsular o artigo 24 da Lei n.º. 990/1969, o qual, para o caso de acidente de veículos “*previu a possibilidade da vítima requerer, encontrando-se em estado de necessidade e com base na probabilidade do seu direito, a antecipação até quatro quintos da soma postulada*”¹⁰². Nesta hipótese tem-se uma decisão baseada em cognição sumária para o acidentado que foi colocado em estado de necessidade, e justamente por esta situação não pode esperar o desenrolar do procedimento comum.

Resta então definir qual parâmetro operativo deve ser utilizado para a efetivação da antecipação da tutela alimentar baseada em ato ilícito.

Como a antecipação da tutela indenizatória por ato ilícito tem natureza alimentar, em vista dos artigos 948, II, 949, 950 e 951 do novo Código Civil brasileiro¹⁰³, não há óbice em aplicar, também nesta situação, os mesmos meios previstos para os alimentos devidos em decorrência das relações de Direito de Família.

Interessante observar que o caráter alimentar permeia a concessão da **medida antecipatória** de soma em dinheiro, no caso específico da necessidade de quantia para fazer frente a necessidades urgentes e essenciais do demandante. Obviamente este caráter não está

¹⁰¹ No dizer de Frederico CARPI: “*Qui non si ha un’anticipazione in senso tecnico, né l’interinalità di un provvedimento che non è affatto provvisorio, tanto che, in mancanza di riserva di impugnazione o di impugnazione immediata, può passare in giudicato. Si tratta di una sentenza parziale di merito – che naturalmente sopravvive all’estinzione del processo, ai sensi dell’art. 310, comma 2º, c.p.c., a differenza di quei che accade per i provvedimenti interinali veri e propri – la quale ha la particolarità di dover essere munita di esecutorietà immediata, a meno che non sussistano ragioni ostative (da indicare in motivazione), ex art. 282, comma 2º, c.p.c.*”. *Provvedimenti interinali di condanna...*, p. 620-621.

¹⁰² *Antecipação da tutela*, p. 230-231.

¹⁰³ **Art. 948.** No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

(...)

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

presente nos casos em que as necessidades do autor podem ser suficientemente tuteladas no final do processo, quando a tutela se apresenta como meramente reparatória.

Assim, havendo propósito diverso entre as tutelas prestadas antecipadamente e ao final da ação de indenização por ato ilícito, é natural que as formas de efetivação (ou execução) de uma e de outra sejam também distintas. A primeira deve ser efetivada da forma mais eficaz possível para socorrer o direito do demandante, enquanto a segunda se sujeita à liquidação e execução por expropriação, tal como definido pelo artigo 475 e seguintes do CPC.

Adicionalmente, veja-se que em nenhum momento os dispositivos supracitados que tratam do dever alimentar e da efetivação das decisões que condenam ao seu pagamento, delimitam o âmbito de aplicação ao caso dos alimentos decorrentes das relações familiares.

Nem se diga que a constituição de capital, prevista no novo artigo 475-Q do CPC¹⁰⁴, introduzido pela Lei nº. 11.232/2005, é a única forma de efetivação da condenação de indenização por ato ilícito, e por isso a tutela antecipatória nesse caso também só pode ser efetivada pelo mecanismo operativo ali previsto. Isso é o mesmo que dizer que todas as decisões antecipatórias da tutela de soma em dinheiro só podem ser efetivadas por meio do procedimento previsto no art. 475-J e seguintes do Código, o que, como visto na primeira parte deste trabalho, não pode ser admitido, frente ao direito constitucional à antecipação.

Ou seja, não é porque o artigo 475-Q é a única previsão expressa do CPC a respeito da questão da efetivação da condenação alimentar em caso de ato ilícito, que não se pode utilizar os demais mecanismos tratados no presente estudo, especialmente quando se trata da antecipação de alimentos. Negar essa possibilidade seria negar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do alimentando¹⁰⁵.

Por outro viés, não se pode dizer que a Constituição brasileira não poderia albergar o dever alimentar decorrente de ato ilícito, uma vez que o inciso LXVII do artigo 5º não delimita seu próprio âmbito de aplicação ao caso específico da dívida alimentar entre

¹⁰⁴ **Art. 475-Q.** Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 1º Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

§ 4º Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário-mínimo.

§ 5º Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

¹⁰⁵ A constituição de capital pode muito bem servir à execução da sentença que condena a indenizar por ato ilícito, mas certamente não será sempre idônea à efetivação da medida antecipatória de soma em dinheiro.

parentes, cônjuges e companheiros¹⁰⁶. Ora, se nem a Constituição faz diferença entre as duas modalidades de obrigação alimentar, conforme a origem do dever de prestar alimentos, é claro que a lei não poderia fazê-lo, como de fato não fez.

Assim, tem-se como afastada, de uma vez por todas, a distinção funcional entre duas modalidades de obrigação alimentar, porque, independentemente da origem, o ordenamento processual civil concede os mesmos instrumentos para sua implementação, e o juiz tem o poder-dever de fazer valer a decisão antecipatória, em qualquer hipótese. Em outras palavras, não há porque classificar aqui duas espécies de tutela, somente porque advindas de direitos materiais diversos, quando a sua função é a mesma e a forma de implementação prevista no direito processual não varia.

Interessante notar, para finalizar, que a Lei de Alimentos e os dispositivos mais antigos do CPC em geral utilizam apenas termos genéricos como “alimentos” ou “prestação alimentícia”, sem se referir à causa do dever alimentar. No entanto, sabe-se que o espírito que norteou o legislador à época da edição de tais leis, e mesmo o Judiciário, quando da sua aplicação, não era o de abrir a todas as situações de direito material em que houvesse dever alimentar os mecanismos ali previstos, tanto é que várias decisões judiciais negaram essa ideia¹⁰⁷.

Na verdade a falta de previsão sobre o direito material capaz de ensejar o dever alimentar nas hipóteses previstas no Código e na Lei de Alimentos parece advir do vício de extrema abstração que norteou o Processo Civil até pouco tempo. De qualquer forma, a abstração de outrora hoje impede que se diga que os dispositivos do ordenamento processual atinentes à obrigação alimentar não podem englobar a indenização por ato ilícito.

¹⁰⁶ LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Este comando constitucional seguiu o princípio de que é o patrimônio do devedor, e não a sua integridade física, que deve suportar as consequências do inadimplemento civil. Entretanto, para o caso da dívida alimentar, em que está presente, no outro pólo, a tutela das necessidades básicas do alimentando, sem as quais não pode ser garantida a sua dignidade, o ordenamento constitucional optou por excepcionar o princípio geral da intangibilidade da esfera física do devedor, concedendo a prisão como meio de coerção processual. V. ponto 2.4.2 infra.

¹⁰⁷ MARINONI cita julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso em que se concederam os alimentos provisórios à parte requerente, mas ainda assim negou-se a aplicação do art. 852 do CPC às ações de indenização por ato ilícito. *Antecipação da tutela*, p. 230.

2.4.2. Coerção indireta: a prisão do devedor de alimentos.

A doutrina, ao tratar da possibilidade de utilização da prisão civil como forma de coerção indireta, parte necessariamente da análise do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição, que preceitua que “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”.

Da interpretação *a contrario sensu* deste preceito, tem-se que é permitida a prisão civil para o caso específico do devedor de alimentos, no que interessa ao presente estudo. Deixando de lado a grande discussão sobre a prisão do depositário infiel, especialmente colocada após ratificada a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, as questões sobre as quais a doutrina se debate se referem ao alcance da expressão “*prisão civil por dívida*”, bem como à extensão da exceção referida na expressão “*obrigação alimentícia*”.

Assim, é preciso definir, em primeiro lugar, se a Constituição pretendeu excluir apenas a prisão por não pagamento de dívida pecuniária¹⁰⁸, ou se está excluída toda forma de prisão que não a de caráter penal ou a que se liga ao dever alimentar, inclusive a prisão como forma de coerção. Quer-se dizer, pela análise aqui empreendida se busca definir o exato significado da permissão constitucional de prisão do devedor de alimentos, já que é necessário precisar se esta prisão tem caráter punitivo ou coercitivo.

Num segundo momento, caso admitida a prisão como meio coercitivo, pode-se determinar se a extensão da “*obrigação alimentícia*” do inciso constitucional alcança não só o caso do dever entre parentes e cônjuges, como também o pagamento antecipado de indenização por ato ilícito.

2.4.2.1. A possibilidade de prisão civil coativa no Direito brasileiro.

Os Professores MARINONI e ARENHART desenvolvem o primeiro debate acima mencionado em suas obras a tratar da tutela inibitória, no sentido de definir o uso da técnica

¹⁰⁸ Este era o pensamento advogado por PONTES de MIRANDA, nos seus *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, t. V, p. 253. A controvérsia é antiga porque já a Constituição anterior, no § 17 do art. 150, dizia que “*não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei*”.

da prisão coercitiva como uma das formas de implementação daquela modalidade de tutela jurisdicional¹⁰⁹.

Parte da doutrina entende que a limitação posta pelo Pacto de São José da Costa Rica, no sentido de que a prisão pode ser utilizada exclusivamente no caso do devedor de alimentos, apenas reforçou o rol de garantias fundamentais, e por isso não seria inconstitucional. Lembre-se que tal diploma legislativo foi ratificado pelo Decreto Legislativo n.º. 27/1992, e há os que advogam o seu *status* constitucional, com base no § 3º do artigo 5º da Constituição.

Independentemente do que se entenda a respeito do caráter constitucional ou não da norma, interpretar a questão no sentido de que a limitação por ela imposta deve prevalecer em qualquer hipótese, vedando inclusive a prisão como meio de coerção, não parece atender a uma visão sistemática do tratamento constitucional do processo. Isso por conta de outra incontestável garantia constitucional, aquela do inciso XXXV do artigo 5º, que consagra o direito à tutela jurisdicional efetiva.

É evidente que proibir a prisão como meio de coerção, em qualquer caso que não o da obrigação alimentar, pode esbarrar nas situações em que esta técnica é a única possível para garantir outros direitos fundamentais, cuja efetivação esteja na dependência da ação voluntária do obrigado, destinatário da atividade jurisdicional coativa. Nesse caso, poder-se-ia pensar em uma aparente colisão de garantias e direitos fundamentais.

Entretanto, é salutar analisar mais detidamente o comando constitucional original do inciso LXVII do artigo 5º, para chegar ao exato significado do seu enunciado. MARINONI levanta a objeção trazida por BAPTISTA da SILVA, no sentido de que a vedação constitucional não se refere somente à dívida pecuniária em sentido estrito, porque caso contrário não haveria razão para a exceção constante no comando constitucional para o caso do depositário infiel¹¹⁰.

O autor paranaense desconstrói este raciocínio, a partir da constatação de que a norma constitucional deu conteúdo à prisão civil, referindo-se especificamente à “*prisão civil por dívida*”. Ou seja, o que a Constituição visa proibir é a prisão por dívida pecuniária de forma genérica, sem excluir outros casos em que o vínculo gerador da dívida decorre diretamente da lei. O fato de ter excepcionado apenas os casos do dever alimentar e do depositário infiel se deve apenas à necessidade de evidenciar essas duas situações em que a prisão é permitida.

¹⁰⁹ Faz-se, com a devida vênia, referência genérica às respectivas obras, que contêm as idéias a serem expostas no presente tópico: *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 233-238; *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Temas atuais de direito processual civil, v. 6). p. 384-396.

¹¹⁰ *Tutela inibitória*, p. 234.

Em outras palavras, a linguagem utilizada pelo constituinte não se preocupou somente com a técnica jurídica, mas também objetivou atingir o cidadão. E, tendo em vista que a obrigação de pagar alimentos, como visto no tópico supra, decorre de dever legal ou de ato ilícito, e não de relação obrigacional, ela não pode ser enquadrada de forma alguma na hipótese genérica da dívida pecuniária, para a qual a prisão do inadimplente é definitivamente vedada. Nas palavras de MARINONI:

É pouco mais do que evidente que a norma desejou proibir *uma determinada espécie de prisão civil, e não toda* e qualquer prisão civil. O que importa saber, assim, é a espécie de prisão civil que foi vedada. Se não há como fugir da idéia de que foi proibida somente uma espécie de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil, a prisão proibida somente pode ser a prisão por “débito”. O entendimento de que toda e qualquer prisão está proibida, implica retirar qualquer significado da expressão “dívida”. Afirmar que existem outras modalidades de dívida, que não apenas a pecuniária, e concluir que estas vedam a prisão, é dizer nada sobre a espécie de prisão proibida, mas simplesmente insistir na idéia de que a norma constitucional veda o uso da prisão civil como meio de coerção, e deste modo retirar qualquer significado da expressão “dívida”¹¹¹.

Assim é que se justifica a prisão coercitiva nos casos de não cumprimento de uma ordem judicial de pagamento de soma, que efetivamente não se confunde com a prisão por dívida que a Constituição da República proíbe. Entretanto, num segundo momento, essa conclusão leva a outra discussão, travada entre os que admitem a utilização da prisão coercitiva no Processo Civil. Duas posições são encontradas para justificar, nos casos concretos, o uso da técnica.

Para a primeira corrente, a prisão, embora sirva como meio coercitivo, tem caráter penal, decorrente da possibilidade de enquadramento do obrigado nos artigos 330 ou 319 do Código Penal, por exemplo – no caso, os crimes de desobediência à ordem judicial e prevaricação, especificamente para o servidor público.

Verifica-se nesta parte da doutrina um entendimento equivocado a respeito do que vem a ser a carga mandamental das decisões, como já comentado na introdução à Parte II deste trabalho (nota de rodapé nº. 75). Com efeito, a efetividade da prisão como meio de coerção não advém da lei penal, cujos pressupostos de aplicação e efeitos não são plenamente suficientes e adequados para o Processo Civil, podendo servir no máximo como “*mecanismo de apoio acoplado à ordem judicial*”, no dizer de ARENHART – até porque toda decisão judicial descumprida pode conduzir às consequências previstas na legislação penal.

¹¹¹ Idem. p. 234-235.

Este autor sustenta que a utilização da prisão via Código Penal pode ter, na prática, mitigado efeito de intimidação do obrigado. Isso se dá por conta de algumas características típicas do sistema penal brasileiro, em que não se permite a prisão em flagrante no caso de delitos em que não há coação física, e é necessário um processo judicial na maioria das vezes demorado para que seja aplicada pena restritiva de liberdade.

Adicionalmente, o seu efeito sobre o devedor só se dá antes da imposição da medida, porque uma vez imposta, a sanção penal deve ser implementada necessariamente até o final, independentemente de haver posterior cumprimento espontâneo da obrigação. Não é o que se passa com a prisão prevista no CPC, que constitui efetivo meio coercitivo para dar atendimento aos direitos materiais dos quais se trata aqui¹¹².

Lembre-se, por fim, que o Direito Penal, por seu próprio princípio, só deve ser aplicado como *ultima ratio*, como consolidado na doutrina penalista¹¹³. O objetivo da prisão por descumprimento de ordem judicial é atuar como última opção para resguardar o poder de império do Estado e a dignidade da Justiça, e isso encontra respaldo inclusive no inciso XXXV do artigo 5º, no sentido de que seja garantida a utilidade dos provimentos jurisdicionais.

Portanto, é a segunda corrente, que admite a prisão coativa de caráter civil, que parece se aplicar adequadamente para tutelar a necessidade de pagamento de alimentos. Para sustentar essa ideia, deve-se recorrer novamente ao pensamento de Sérgio Cruz ARENHART, para quem a proteção pessoal dada a quem viola o direito de alguém não pode ser maior do que a proteção à pessoa lesada. Considerando o objeto do presente estudo, esta afirmação ganha força, pois o direito lesionado está ligado ao dever de alimentos, que garante as necessidades básicas da pessoa e está ligado à proteção de direitos fundamentais de natureza não patrimonial.

Também não podem impedir a admissão da prisão como meio de coerção no Processo Civil os “*óbices de caráter prático*”, tais como a falta de estrutura do sistema prisional, que recomenda que os crimes com menor potencial ofensivo não conduzam ao encarceramento do indivíduo. É claro que na prática não é recomendável que o réu da ação civil seja preso nas mesmas condições e juntamente com os condenados penais, mas é evidente também que razões de ordem prática como esta não podem orientar a conduta do legislador e do juiz, e muito menos a interpretação da Constituição da República.

¹¹² *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 387.

¹¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*: arts. 1º a 120. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 138. DOTTE, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 67.

No mais, o autor também chama atenção para o fato de que a limitação ao uso da prisão coativa significa dar um “*voto de desconfiança no mínimo excessivo ao Judiciário*”, incompatível com a recente aproximação do Direito brasileiro com o sistema da *Common Law* (*civil contempt of court*)¹¹⁴.

Por fim, voltando ao ponto de vista constitucional da questão, parece adequado destacar os seguintes trechos da obra do Professor MARINONI, em que se refere à efetivação da tutela inibitória:

Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, os direitos que não podem ser efetivamente tutelados sem que a jurisdição a tenha em suas mãos para prestar tutela jurisdicional efetiva.

(...)

De modo que a doutrina, consciente da importância da natureza não patrimonial de certos direitos, não pode ver na norma constitucional que proíbe a prisão por dívida uma porta aberta para a expropriação de direitos fundamentais para o homem.

(...)

Se ela constitui violência inconcebível em face de dívidas em sentido estrito, não há como deixar de perceber o seu lado positivo [diante da necessidade de tutela inibitória e de prestações que não dependam do desembolso de dinheiro]*¹¹⁵.

2.4.2.2. A prisão civil coercitiva para tutela do dever alimentar.

Assim, reconhecida a possibilidade de uso da prisão coativa até mesmo para [casos que fogem ao dever alimentar]*, não há muito o que se falar sobre o seu cabimento para tutelar esta espécie de direito material, para a qual a utilização da técnica está excepcionada expressamente no texto constitucional, com previsão legal no Código de Processo Civil¹¹⁶ e na Lei de Alimentos¹¹⁷.

¹¹⁴ *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 394-395.

¹¹⁵ *Tutela inibitória*, p. 236-237.

¹¹⁶ **Art. 733.** Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

¹¹⁷ O dispositivo é contraditório, do ponto de vista técnico, porque o caput se refere claramente à prisão coercitiva, enquanto o §1.º fala em “cumprimento integral da pena”:

Art. 19. O juiz, para instrução da causa, ou na execução da sentença ou acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.

§1.º O cumprimento integral da pena não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas.

§2.º Da decisão que decretar a prisão do devedor, caberá agravo de instrumento.

Da mesma forma, é lógico que a utilização da prisão pode se estender aos casos em que a necessidade alimentar advém do cometimento de ato ilícito que gere dano ou perigo de dano à esfera jurídica não patrimonial do demandante. Neste ponto, não é possível concordar com aqueles que, a exemplo de Willard de Castro VILLAR, defendem que somente os alimentos decorrentes do Direito de Família seriam aptos a ensejar a aplicação da prisão como medida de coerção¹¹⁸.

A prestação de alimentos tem caráter obrigacional, seja quando advinda de vínculo de família, seja quando derivada de ato ilícito¹¹⁹. Entretanto, a obrigação em todo caso é imposta por lei, e não por disposição das partes envolvidas na relação, porque a proteção aos direitos da personalidade envolve interesses indisponíveis. Como já dito, estes direitos de cunho não patrimonial devem ser protegidos por meio da efetivação da decisão antecipatória de soma em dinheiro, sob pena de gerar dano irreparável ou de difícil reparação àquele que pede socorro ao Judiciário.

Não há qualquer razão de ordem lógico-jurídica ou constitucional que autorize o Judiciário a dividir a tutela alimentar em duas espécies e dar mais proteção a uma delas. Assim, não importa qual seja a fonte do dever alimentar, mas sim a função desempenhada pela prestação de alimentos, de proteção da esfera pessoal do credor¹²⁰.

Uma vez justificada a aplicação da prisão do devedor de alimentos, como meio coativo a conduzir ao cumprimento da obrigação, é necessário estabelecer de forma breve os critérios para aplicação da técnica.

A advertência mais importante a ser feita é no sentido de que a prisão só pode ser decretada se evidenciado que o devedor possui patrimônio, ainda que este esteja oculto. Esta conclusão decorre da própria interpretação literal do inciso constitucional que permite a prisão coercitiva, no ponto em que fala em “*inadimplemento voluntário e inescusável*”.

Ora, o inadimplemento só pode ser reputado “*voluntário e inescusável*” se for dada a oportunidade de pagamento ou justificativa por parte do devedor, caso o cumprimento não

§3.º A interposição de agravo não suspende a execução da ordem de prisão.

É possível dar base legal à prisão coercitiva também via cláusulas gerais executivas dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, quando falam em outras “*medidas necessárias*” para a efetivação da tutela.

¹¹⁸ “(...) são apenas protegidos com o rigor estabelecido no Código de Processo os alimentos previstos para os casos de parentesco (...), os alimentos devidos ao cônjuge (a mulher não é parente do marido). As demais formas de alimentos previstos em testamentos (legados) ou provindos de ato ilícito não podem estar protegidas pelos meios coativos previstos neste capítulo, uma vez que se permitiria a prisão do devedor por dívidas, e não foi esse o espírito da lei”. VILLAR, Willard de Castro. *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 266-267.

¹¹⁹ ARENHART, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 391.

¹²⁰ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 234. Esta é a posição da doutrina de peso de PONTES de MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, 2. ed., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958) e Araken de ASSIS (*Execução de alimentos e prisão do devedor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 120-121).

seja realizado no prazo definido pela lei ou estipulado pelo juiz em sede de antecipação da tutela. Deste modo, se as alegações do obrigado convencerem o juiz, é possível que seja concedido novo prazo ou condição de parcelamento.

É evidente que para o credor de alimentos é preferível receber parte da quantia a não receber nada, e a prisão que não levar em conta o contraditório pode agravar ainda mais a situação do devedor, na medida em que fique impedido de trabalhar ou realizar atividades que gerem condições para o pagamento.

No mais, o devedor, pelo exercício do contraditório, também pode demonstrar a desproporcionalidade da medida ou a sua inadequação prática ao caso concreto. Ressalte-se que a medida de prisão deve ser sempre a última opção, o que significa que devem antes ser esgotados os outros meios de efetivação da decisão para que dela se possa fazer uso. Isso porque, como visto anteriormente, o rompimento do princípio da tipicidade e a abertura do sistema para as cláusulas gerais executivas não significa o completo esquecimento do imperativo do menor sacrifício possível do devedor.

É nesse sentido também a redação dos dispositivos do CPC e da Lei de Alimentos que regulam a matéria, e o parâmetro operativo ali colocado deve ser utilizado para todos os outros casos em que o julgador se vale da prisão como medida coercitiva, na falta de expressa disposição específica¹²¹.

Parece ser contraditório afirmar que o juiz deva ouvir o devedor quando há necessidade de concessão urgente da tutela de quantia em dinheiro. Entretanto, há que se lembrar que uma série de outras medidas aptas a dar efetividade à antecipação da tutela está ao dispor do julgador. Nesse sentido, Sérgio Cruz ARENHART chega a falar que a prisão é “*cabível apenas naquelas hipóteses em que se mostre como único meio idôneo a obter a obediência à ordem judicial*”¹²², e essa observação parece se aplicar no caso do dever alimentar. Na mesma linha, Luiz Guilherme MARINONI defende que a prisão só não pode ser admitida para o caso do devedor de alimentos quando for possível o desconto em folha de pagamento ou o desconto de renda periódica¹²³ (v. ponto 2.4.3 infra).

Por outro lado, este autor adverte que a prisão pode auxiliar a efetivação das decisões especialmente no caso dos devedores que transferem patrimônio a terceiros, visando fraudar o

¹²¹ ARENHART, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 396. Ver também MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 216.

¹²² *Idem*, p. 395.

¹²³ *Antecipação da tutela*, p. 256.

pagamento das obrigações alimentares. Isso porque neste caso a multa coercitiva tem pouca utilidade, já que o devedor não teme o acúmulo do valor a ser cobrado¹²⁴.

A esse respeito, cabe uma observação adicional. Ao contrário da multa coercitiva concedida em sede de antecipação da tutela, a prisão nesse mesmo caso deve ser efetivada imediatamente. A diferença consiste em que a multa reverte em favor do credor, e o seu propósito é coibir o obrigado a pagar, em razão do seu temor quanto ao acúmulo da dívida. Isso significa que, não teria sentido executar o valor da multa enquanto pendente o julgamento definitivo da demanda, porque aí ela deixaria de ser meio coercitivo para se converter em sanção de caráter pecuniário. Já no caso da prisão, aguardar a sentença para só então promover a sua implementação seria o mesmo que não conceder a antecipação da tutela, na prática¹²⁵.

Por fim, cabe observar que não há necessidade de pedido expresso do credor alimentar no sentido de que seja aplicada a pena de prisão, porque o juiz tem o dever funcional de garantir a prestação da tutela jurisdicional efetiva. Ou seja, a medida pode ser implementada de ofício¹²⁶, desde que seja devidamente justificada. Isso obviamente não exclui a oitiva do credor, antes da aplicação da medida, e especialmente nos casos em que se suspeita que de fato não haja patrimônio disponível e não haja indícios de má-fé.

2.4.3. O desconto em folha e o desconto de renda periódica.

Duas outras técnicas de execução direta podem ser utilizadas na execução da tutela antecipatória no caso específico da prestação de alimentos, antes da aplicação da prisão, que é a medida mais severa e deve ser aplicada somente em último caso. Trata-se do desconto de valores na folha de pagamento do obrigado, com repasse imediato ao credor, e do desconto de rendimentos periódicos recebidos pelo devedor, quando ele não for parte em vínculo empregatício e não disponha de salário pago em conta-corrente específica¹²⁷.

¹²⁴ Idem, p. 216. Também em *A tutela inibitória*, p. 236.

¹²⁵ Ibidem, p. 219-221.

¹²⁶ VILLAR, *Processo de execução*, p. 269.

¹²⁷ Optou-se por situar estas duas técnicas depois da prisão apenas para evidenciar a utilização dos meios de coerção indireta, da mesma forma como se fez com a multa coercitiva e a penhora *on line*.

O artigo 732 do CPC¹²⁸, que abre o Capítulo V, o qual trata da execução da prestação alimentícia, remete à aplicação do Capítulo IV, que regulamenta a execução por quantia certa contra devedor solvente, para a execução da sentença que condena ao pagamento de alimentos. Como é intuitivo, esta referência somente pode ser entendida no sentido de que as disposições do capítulo anterior se aplicam subsidiariamente, como parâmetro operativo, ao capítulo posterior. Ou seja, a execução da prestação de alimentos se dá conforme a seguinte ordem, de acordo com a conveniência e a oportunidade do caso concreto:

- a) primeiramente, verifica-se a possibilidade e idoneidade da aplicação dos artigos 734 CPC¹²⁹ e 17 da Lei de Alimentos¹³⁰, que autorizam, respectivamente, o desconto em folha de pagamento e o desconto de renda periódica;
- b) caso não se mostre possível ou eficiente a execução direta, aplica-se a pena de prisão como forma de coerção para pagamento voluntário pelo obrigado (art. 733 CPC);
- c) não se pode excluir também a possibilidade de imposição de multa coercitiva, como decorrência da própria permissão de prisão do devedor; se é permitida a prisão, é permitida a multa, por ser técnica menos gravosa, ainda que não prevista expressamente para o devedor de alimentos¹³¹;
- d) o modelo operativo utilizado para a execução de prestação pecuniária contra devedor solvente serve apenas como parâmetro para a aplicação das possibilidades precedentes, e só será utilizado propriamente em última hipótese, se fracassar também a prisão e houver patrimônio imobilizado ou outros bens passíveis de execução por expropriação¹³²; esse é o comando do artigo 735 do Código¹³³, que deve ser combinado com o artigo 18 da Lei de Alimentos¹³⁴;

¹²⁸ **Art. 732.** A execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título.

Parágrafo único. Recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de embargos não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

¹²⁹ **Art. 734.** Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.

Parágrafo único. A comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração.

¹³⁰ **Art. 17.** Quando não for possível a efetivação da sentença ou do acordo mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentado ou por depositário nomeado pelo juiz.

¹³¹ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 235. Também em *Técnica processual...*, p. 632.

¹³² VILLAR, *Processo de execução*, p. 271.

¹³³ **Art. 735.** Se o devedor não pagar os alimentos provisionais a que foi condenado, pode o credor promover a execução da sentença, observando-se o procedimento estabelecido no Capítulo IV deste Título.

¹³⁴ **Art. 18.** Se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da sentença, na forma dos arts. 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil.

- e) no caso dos alimentos indenizativos, é possível também aplicar a constituição de capital prevista no novo art. 475-Q do CPC – mas quando se tratar de antecipação da tutela na ação de indenização por ato ilícito esta também só será hipótese subsidiária de efetivação da decisão.

E se isso se passa com a execução final da tutela alimentar, é claro que para a efetivação da tutela antecipatória também será utilizado este mesmo esquema operativo. A eficiência dos sistemas de desconto direto se dá pelo fato de que a ordem de pagamento não é dirigida ao devedor, mas sim a terceiros - empregador, no caso do desconto em folha, ou terceiro que tenha controle sobre o pagamento da renda periódica -, de modo que o devedor não possa receber a soma e reter o pagamento.

2.5. Efetivação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Na obra que serve de base fundamental para o presente estudo, o Professor Luiz Guilherme MARINONI discorre a respeito das limitações postas em medida provisória e posteriormente em lei, no sentido de ser incabível a concessão de liminares contra o Poder Público¹³⁵. Sem adentrar no mérito e nas conseqüentes posições doutrinárias a respeito de cada um dos dispositivos e diplomas ali mencionados, cumpre salientar a ideia de que vedar a concessão da tutela antecipada em face do Estado é flagrantemente arbitrário e inconstitucional.

Arbitrário, porque não há como se conceber um sistema em que a antecipação da tutela é permitida contra os particulares, e proibida contra o Poder Público, como se este não fosse capaz de violar direitos fundamentais. Na verdade, ao se omitir na proteção de direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos, o Estado viola constantemente o direito dos jurisdicionados.

Inconstitucional, porque além de violar os direitos fundamentais previstos na Carta Maior, caso a caso, afronta o direito à tutela jurisdicional efetiva, como direito multifuncional ou supradireito, que garante todos os demais (art. 5º, XXXV). Ora, o próprio direito à concessão da tutela antecipada é direito fundamental constitucionalmente assegurado,

¹³⁵ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 260-267.

decorrente do direito de ação e do princípio da inafastabilidade da jurisdição, como visto na primeira parte do trabalho.

Ou seja, a este ponto não se pode admitir que a lei infraconstitucional limite a concessão da antecipação da tutela, em nenhuma hipótese, muito menos pelo injustificável motivo de que o demandado é o Estado. Menos ainda quando se trata de antecipação de soma em dinheiro, que se relaciona à segurança de direito fundamental do demandante.

No mesmo sentido, é equivocado dizer que somente o direito suscetível de proteção pela via da concessão de liminar em mandado de segurança pode ser atendido pela antecipação da tutela, como fez o caput do artigo 1º da Lei nº. 8.437/1992¹³⁶. O direito processual não pode prever e nem querer limitar as situações de direito material em que se mostra necessária a concessão do provimento antecipado, sob pena de perecimento do direito de quem vai a juízo.

Outra objeção que deve ser levantada é a de que a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública é inviabilizada pela exigência do duplo grau necessário nas causas em que ela for Ré, tal qual imposto pelo artigo 475 do CPC¹³⁷. Ora, uma coisa é dizer que a sentença, para produzir efeitos próprios, deve necessariamente atender à exigência do reexame necessário. Outra coisa muito diferente é dizer que, mesmo nos casos em que haja perigo de dano eminente, abuso do direito de defesa ou parcela incontroversa do pedido formulado contra a Fazenda Pública, não é possível conceder antecipação da tutela e fazer cumprir a decisão contra o Poder Público. A exigência do duplo grau necessário não exclui a possibilidade da antecipação da tutela em primeira instância, assim como a concessão de liminar antecipatória não inviabiliza nem dispensa o reexame pela instância imediatamente superior.

¹³⁶ **Art. 1º.** Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

¹³⁷ **Art. 475.** Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a sessenta salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Diversos exemplos práticos podem ilustrar a necessidade de antecipação de soma a ser paga pelo Estado, dentre os quais o caso do servidor público acidentado que necessita da quantia para realizar procedimentos médicos, ou daquele que pede que o Poder Público forneça medicamentos necessários a um tratamento de saúde específico, com base no direito fundamental à saúde.

2.4.1. O regime dos precatórios e a possibilidade de sua dispensa

Da combinação do artigo 100 da Constituição¹³⁸ com os artigos 3º, caput¹³⁹, e 17 da Lei n.º. 10.259/2001¹⁴⁰, retira-se que o pagamento das obrigações da União que não forem de

¹³⁸ **Art. 100.** À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequianda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

§ 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

¹³⁹ **Art. 3º** Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

¹⁴⁰ **Art. 17.** Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

§ 1º Para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, caput).

§ 2º Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.

natureza alimentícia devem ser feitos através da expedição de precatório requisitório, sempre que o valor ultrapassar o patamar de 60 (sessenta) salários mínimos.

A lei procurou definir um parâmetro variável, já que dependente do valor do salário mínimo nacional, de modo que os pagamentos devidos pela Fazenda Nacional que não ultrapassarem os sessenta salários mínimos previstos podem ser feitos, a critério do credor, por meio de requisição de pequeno valor ao Tribunal competente, independentemente da expedição de precatório¹⁴¹.

A discussão que interessa à questão da antecipação de soma em dinheiro contra o Estado é a de saber se, em determinadas hipóteses especiais, seria possível submeter valor superior ao patamar legal (60 salários mínimos) ao pagamento mediante certidão de pequeno valor, mesmo quando a obrigação, a princípio, não tiver caráter alimentar.

Assim, por exemplo, quem demanda pelo pagamento de um tratamento de alto custo no exterior, a ser arcado pelo Estado, não pode ficar à mercê da espera na fila dos precatórios, sem que isso prejudique o seu direito fundamental à saúde. Isso porque o tempo atua de forma incompatível para os precatórios, cujos pagamentos são geralmente lentos, e a necessidade de efetivação da antecipação da tutela, que exige efetivação da forma mais célere possível. Se a necessidade no exemplo em comento, dependendo do entendimento que se adote, não pode ser classificada como alimentar, por outro lado é fácil perceber que o direito não pode perecer somente porque o valor do procedimento de saúde ultrapassou o limite legal.

Veja-se que aqui não estamos no âmbito das relações horizontais, entre particulares, para as quais a antecipação da soma em dinheiro somente pode ser autorizada quando a lesão ao credor advier de ato ilícito ou lesivo do devedor. Isso porque o Estado assumiu na Constituição uma série de deveres verticais para com o cidadão, visando à garantia dos direitos fundamentais do jurisdicionado. Assim, não importa se o perigo de dano ao direito do demandante advém de uma conduta do Poder Público, porque a responsabilidade deste vai muito além da noção comum de responsabilidade civil.

§ 3º São vedados o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no § 1º deste artigo, e, em parte, mediante expedição do precatório, e a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago.

§ 4º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no § 1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista.

¹⁴¹ Aqui se trata das obrigações da União, porque a Lei n.º 10.259/2001 define a competência dos Juizados Especiais Federais. No âmbito dos estados federados, o patamar deve ser definido por lei local, ou pelos valores ditados pelo art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No caso dos estados e municípios, há de se aplicar o salário mínimo local para o cálculo do limite de possibilidade de utilização da requisição de pequeno valor.

Dentro desse raciocínio, o patamar definido em lei é somente um parâmetro, e não pode ser encarado como inarredável em todo e qualquer caso, mas apenas quando a espera pelo pagamento do precatório não gerar dano irreparável à esfera não patrimonial do credor. Isso porque este limite foi estabelecido pela lei infraconstitucional, e por isso não pode suprimir a tutela jurisdicional efetiva e os direitos fundamentais, garantidos pela Constituição.

De outra mão, o artigo 273 do CPC, que está no mesmo patamar normativo da limitação, autoriza a antecipação da tutela contra o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Ora, ao autorizar a dispensa dos precatórios em face do perigo de dano irreparável no atendimento de direito de índole não patrimonial, o juiz nada mais faz do que antecipar a tutela da soma em dinheiro devida pelo Estado, mesmo que o pedido do credor não tenha falado expressamente em antecipação da tutela.

Nesse sentido se manifesta MARINONI:

Por outro lado, embora o art. 100, § 3º, da Constituição Federal, diga que o precatório somente pode ser dispensado diante de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, não há como negar que a execução por meio de precatório é *incompatível com a própria necessidade que legitima a antecipação de soma de natureza alimentar; seja ela de qualquer valor*. Se a necessidade importar em soma superior a 60 salários mínimos, é irracional obrigar o exequente a suportar a “execução por precatório”, pois isso significaria dar meios executivos desiguais a situações em que a necessidade é igual, porém apenas diferente em termos de valor. Portanto, para conciliar o art. 100, § 3º e o art. 5º, XXXV – que estabelece o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva –, ambos da CF, é preciso entender que o precatório deve ser dispensado diante de obrigação – **de qualquer natureza** – definida na lei como de pequeno valor, mas que, diante da tutela antecipatória, a sua dispensa deve ocorrer quando o próprio juiz tiver critérios capazes de demonstrar que o exequente necessita imediatamente de alimentos, ainda que em valor superior a 60 salários mínimos¹⁴². (grifou-se)

Para afastar esta ordem de ideias seria possível argumentar também que os precatórios foram idealizados para que se respeite a previsão orçamentária e os princípios constitucionais relacionados ao orçamento, considerando que o Estado é “*um devedor atípico, uma vez que está livre do mecanismo da penhora*”, no dizer de Renato Luís BENUCCI¹⁴³. Por outro lado, este mesmo autor lembra que o orçamento constitui um mero **mecanismo político de gestão financeira**, não se podendo prestar à negativa de tutela dos direitos daqueles que litigam com o Estado. Assim, caso haja dotação orçamentária disponível, negar o imediato pagamento constituiria uma protelação completamente injustificada¹⁴⁴.

¹⁴² *Antecipação da tutela*, p. 264-265.

¹⁴³ BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 79.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 82-83.

2.5.2. O sequestro.

Embora arrolada como técnica para a execução da condenação ao pagamento de quantia certa contra o Estado, a requisição de precatório ou de pequeno valor não se configura como uma verdadeira forma de “execução”, no sentido técnico em que a expressão é utilizada pelo Código de Processo Civil. Isso porque a requisição não é um ato jurisdicional tendente à efetivação de uma condenação, mas sim um simples pedido de pagamento dirigido à autoridade competente¹⁴⁵. Quer dizer, pode acontecer que esta autoridade não efetive o pagamento requerido, e isso não configura desobediência à ordem judicial.

Por esta razão é que o já descrito § 2º do artigo 17 da Lei dos Juizados Especiais Federais previu a utilização do sequestro do numerário a ser recebido pelo demandante, junto aos cofres públicos, para quando não houver o atendimento da requisição de pequeno valor. Este sequestro não se confunde com a medida cautelar para garantia de execução, prevista nos artigos 822 a 825 do CPC, porque é medida executiva efetivamente satisfativa, e não apenas preparatória.

É possível, portanto, que em caso de tutela antecipatória de soma em dinheiro contra a Fazenda Pública Nacional, não havendo o pagamento da requisição de pequeno valor pela pessoa jurídica de direito público, o requerente faça uso do sequestro de numerário para fazer valer a decisão antecipatória, já que é necessária a efetivação célere do provimento judicial.

Entretanto, surge aqui uma questão adicional, consistente em saber se, no silêncio da lei estadual ou municipal em prever o sequestro de numerário, ainda assim é possível utilizar esta medida executiva, com base na Lei dos Juizados Especiais Federais.

Já se disse que o artigo 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzido pela Emenda Constitucional nº. 37/2002, procurou estabelecer supletivamente os patamares em salários mínimos para a utilização da requisição de pequeno valor junto às fazendas estaduais e municipais. Referido dispositivo funciona como regulamento supletivo da matéria, até que advenham as respectivas leis locais regulamentadoras¹⁴⁶. Entretanto, tal

¹⁴⁵ MARINONI, *Técnica processual...*, p. 664. BENUCCI, *Antecipação da tutela...*, p. 79.

¹⁴⁶ **Art. 87.** Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I – quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;
II – trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

artigo nada disse sobre a possibilidade de utilização do sequestro para cumprimento das obrigações das fazendas estaduais e municipais, pelo que alguns entendem que nesse caso a técnica executiva não poderia ser utilizada.

Com efeito, este entendimento suprime a possibilidade de execução dos créditos perante as fazendas públicas locais, porque o sequestro consiste na única medida efetivamente jurisdicional de execução que pode ser utilizada contra este devedor especial. Como dito acima, as requisições de pequeno valor e de precatórios não são medidas executivas judiciais, consistindo em meros requerimentos dirigidos ao devedor (Estado) para que pague voluntariamente, embora sejam previstas na parte do CPC que trata da execução de quantia certa¹⁴⁷.

Portanto, considerar que é impossível a utilização do sequestro para execução das dívidas dos estados federados e dos municípios seria o mesmo que dizer que não há meio executivo a ser utilizado pelo credor em caso de não atendimento voluntário das requisições de pagamento. Esta hipótese, evidentemente, seria inconstitucional e ilógica, porque deixaria o direito do demandante perecer sem nenhum instrumento apto a fazer valer a decisão judicial em seu favor, a qual se tornaria completamente inócua¹⁴⁸. Por estas razões é que se defende, ainda que na falta de disposição de lei local, a extensão da técnica do sequestro, prevista na Lei dos Juizados Especiais Federais, às execuções contra os demais entes federativos.

2.5.3. A multa coercitiva.

Por fim, também é possível que o juiz se valha do uso da multa coativa para fazer valer a decisão antecipatória de soma em dinheiro contra o Poder Público, na hipótese de não atendimento da requisição de pagamento pela autoridade competente.

Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100.

¹⁴⁷ **Art. 730.** Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em trinta dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

¹⁴⁸ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 265; *Técnica processual...*, p. 664.

Nesse sentido, Eduardo TALAMINI assinala que os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público não podem servir como porta aberta ao descumprimento das ordens judiciais de pagamento por parte da autoridade pública responsável pelo pagamento. Acrescenta ainda que a observância do real interesse público torna a multa inclusive desnecessária, vez que impõe o efetivo respeito às ordens judiciais, ainda quando aparentemente esteja a contrariar os “interesses” diretos da Administração¹⁴⁹.

Prossegue o processualista, tratando do cumprimento das ordens de fazer e não fazer contra órgãos da Administração Pública:

Não se descarta a possibilidade de o agente público, insistindo no descumprimento da ordem, por negligência ou má-fé, acarretar pesados encargos aos cofres públicos, derivados da incidência da multa. Entretanto, esse aspecto patológico não serve de argumento para eximir os entes estatais do regime de coerção pessoal patrimonial. Condutas daquela ordem devem ser combatidas através dos instrumentos de controle da Administração Pública (auditoria interna; tribunal de contas; medidas judiciais, como a ação popular e a ação civil pública etc.). Verificada a atuação dolosa ou culposa do agente, cumpre responsabilizá-lo civil, penal e administrativamente – cabendo-lhe ressarcir o erário¹⁵⁰.

A solução parece ser insuficiente, porque a coerção realizada pela imposição da multa somente pode ser exercida em face de uma vontade humana tangível, da pessoa que descumpra a ordem judicial, já que a pessoa jurídica de direito público não manifesta vontade se não pela atuação dos seus agentes. Por mais que o Estado possa cobrar o ressarcimento do agente público que desencadeou a aplicação da técnica coercitiva, o efeito intimidatório desta eventual cobrança futura certamente será menor do que aquele provocado pela imposição da multa diretamente na pessoa do agente, sujeitando seu patrimônio à futura execução.

Ou seja, não importa se posteriormente o Estado, pelos meios de controle interno instituídos, ou o cidadão, por meio das ações coletivas, podem exigir o ressarcimento ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público. Isso porque o objetivo da multa como forma de coerção não é aumentar o valor a ser executado ao final do processo, mas sim evitar que a decisão judicial seja descumprida, pelo temor do obrigado em responder com o seu patrimônio pelo valor imposto (v. item 2.1 supra).

Se o agente público responsável pelo pagamento do precatório, da certidão de pequeno valor, ou pela implementação do reajuste em folha de pagamento, conforme o caso, sabe que a imposição da multa vai gerar ônus patrimonial somente à pessoa jurídica a qual está vinculado, a tendência é que ele não se abale com a iminência de imposição da multa. O

¹⁴⁹ *Tutela relativa aos direitos...*, p. 241.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 241-242.

resultado é que a multa, além de não atender ao fim de forçar o agente a cumprir a ordem de pagamento, ainda vai gerar ônus aos cofres públicos, a ser, em última análise, suportado por todos os contribuintes, incluindo o próprio credor.

Uma possível objeção à imposição da multa sobre a pessoa física do agente responsável pelo pagamento é aquela que se baseia no fato de que ele não é parte no processo. Entretanto, como bem observa MARINONI, a multa somente vai ser imposta se esse mesmo agente **já teve a oportunidade de cumprir a determinação judicial e não o fez**¹⁵¹. Ou seja, ao descumprir a decisão, é o próprio agente que dá ensejo à possibilidade de se aplicar a multa, pelo que esta possibilidade efetivamente não configura qualquer abuso ou usurpação do contraditório. Por isso é que a multa nesse caso somente pode ser imposta sobre o agente capaz de dar cumprimento à ordem de pagamento.

2.6. O sistema do “cumprimento de sentença” como última hipótese e a possibilidade da dispensa de caução na alienação que ultrapassar o limite legal.

Como se concluiu na primeira parte deste estudo, o sistema instituído pelo Código de Processo Civil para a execução da sentença condenatória é incompatível com a necessidade de efetivação urgente da tutela antecipada de soma em dinheiro. Por essa razão, a efetivação da decisão judicial concessiva, nesses casos, deve se pautar pelas chamadas “*cláusulas gerais executivas*”, considerando a flexibilização do princípio da tipicidade dos meios de execução.

Surge a dúvida, então, a respeito de como dar aplicação à referência feita no § 3º do artigo 273 do CPC, que trata da efetivação da decisão antecipatória, ao atual artigo 475-O do Código, que trata da “execução provisória” da sentença condenatória de quantia em dinheiro. Esta referência, antes da Lei nº. 11.232/2005, se referia ao revogado artigo 588, que hoje deve ser substituído pelo seu correspondente pós-reforma (art. 475-O), em que pese o artigo 273 não ter sido modificado, por simples inércia do legislador.

Se por um lado é reconhecido que o sistema da execução por expropriação é insuficiente para dar efeito concreto à decisão liminar satisfativa, por outro lado o dispositivo que trata da efetivação da medida antecipatória alude justamente ao artigo do Código que trata da “execução provisória”, dando a entender que a decisão poderia ser considerada como título

¹⁵¹Antecipação da tutela, p. 267. *Técnica processual...*, p. 662.

provisório. Isso porque a execução, embora provisória, não deixa de ser execução¹⁵², e pode atualmente importar até mesmo em atos de alienação de bens do devedor, atendidos os requisitos dos incisos do artigo 475-O do CPC¹⁵³.

Pasquale FRISINA, dissertando a respeito da efetivação dos *provvedimenti d'urgenza*, diante do Livro III do Código de Processo Civil Italiano, acolhendo a opinião de MANDRIOLI e DENTI, adverte que

Sulla base di tale presupposto, pertanto, si è ritenuto che l'attuazione dei provvedimenti cautelari debba avvenire secondo modalità determinate dallo stesso giudice che ha emesso il provvedimento, e non secondo dettate per l'esecuzione forzata, salvo la facoltà del giudice di utilizzare i moduli descritti nel libro III del codice di rito in funzione di **parametro operativo**¹⁵⁴ (grifou-se).

Esta noção também é acolhida pelos autores brasileiros que reconhecem a necessidade de efetivação das liminares satisfativas através de técnicas mais eficazes do que a execução por expropriação (doutrina capitaneada por MARINONI). Sérgio Cruz ARENHART, por exemplo, argumenta que da mesma forma que se prevê a utilização dos artigos 461¹⁵⁵ e 461-A¹⁵⁶ do CPC para a tutela antecipada referente aos deveres de fazer, não fazer e entregar

¹⁵² ARENHART, *Perfis da tutela inibitória...*, p. 326.

¹⁵³ **Art. 475-O.** A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No caso do inciso II do *caput* deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1º:

I – sentença ou acórdão exequendo;

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;

III – procurações outorgadas pelas partes;

IV – decisão de habilitação, se for o caso;

V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias.

¹⁵⁴ *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, Rivista di Diritto Processuale, p. 996-997.

¹⁵⁵ Já colacionado em tópico supra.

¹⁵⁶ **Art. 461-A.** Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

coisa, prestações que são realizadas em caráter direto e definitivo (mandamentais e executivas), não seria correto sujeitar apenas a antecipação de soma em dinheiro a um caráter provisório¹⁵⁷.

Assim, o significado da referência à “execução provisória”, contida no dispositivo que trata da efetivação da antecipação da tutela (de soma em dinheiro) deve ser pautado justamente pelo teor da expressão “*no que couber*”. Isso quer significar que as normas atinentes à execução de título provisório serão aplicadas apenas nos aspectos em que não forem incompatíveis com a necessidade de efetivação da decisão antecipatória (parâmetro operativo)¹⁵⁸. Entretanto, é necessário precisar o que significa aplicar as normas da “execução provisória” como parâmetro operativo.

Novamente para o Professor ARENHART, tomar como parâmetro de operação as normas do processo de execução de título provisório não significa outra coisa se não sujeitar o autor, em favor de quem foi concedida a decisão antecipatória da tutela, às restrições contidas nos incisos do atual artigo 475-O do CPC¹⁵⁹. Ou seja: (a) ele se torna objetivamente responsável pelos danos gerados ao réu em caso de não confirmação da decisão antecipatória em sentença ou em acórdão recursal (inciso I); (b) a medida antecipatória pode ficar sem efeito se sobrevier decisão (sentença ou acórdão) que a contrarie, devendo haver a restituição das coisas ao *status quo ante* (inciso II); (c) para atos que importem dano grave ao réu, como a alienação de bens, em princípio, deve haver a prestação de caução pelo autor (inciso III).

Esta posição parece ser extremamente coerente, na medida em que o próprio artigo 475-O faz referência expressa à sentença ou acórdão sujeito à “execução provisória”. Se o sentido imprimido pelo legislador da reforma fosse o de frisar que a antecipação também deveria ser efetivada por meio do sistema comum de execução, poderia ter incluído a decisão interlocutória que concede antecipação entre as hipóteses do referido dispositivo. Não o fez, com efeito, porque isso seria um imenso retrocesso, diante da consagração da noção de que a execução por expropriação não é adequada para a efetivação da antecipação da tutela. Nesse mesmo sentido, a reforma de 2005 também não incluiu no rol dos títulos executivos judiciais a decisão interlocutória de antecipação da tutela (artigo 475-N do CPC).

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

¹⁵⁷ *Perfis da tutela inibitória...*, p. 328. Também MARINONI em *Antecipação da tutela*, p. 63.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 326-327. *Ibidem*, p. 214.

¹⁵⁹ *Perfis da tutela inibitória*, p. 327-328.

A grande questão que surge da aplicação supletiva do sistema do cumprimento de sentença à efetivação da antecipação da tutela diz respeito à imposição de prestar caução para “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado”. A princípio, estar-se-ia diante de um ponto de incompatibilidade entre a antecipação da tutela em dinheiro e o sistema da execução de título provisório.

Veja-se que o § 2º do artigo 475-O permite a dispensa da caução para atos cujo valor econômico não ultrapasse 60 (sessenta) salários mínimos, caso o exequente, ou, no caso em exame, o autor, comprove estado de necessidade decorrente de ato ilícito ou do caráter alimentar do valor a ser recebido (inciso I) ¹⁶⁰. Ou seja, mesmo para o caso do dever alimentar, seja qual for a sua origem, não se permite a alienação de bens ou o levantamento de valores além do patamar legal supracitado.

Esta limitação está conectada a uma presunção legal (relativa) de que a quantia que não atinja este patamar não é urgente, e de que a sua falta não pode ser capaz de causar dano de grave ou difícil reparação ao postulante. O objetivo é evitar eventuais abusos de responsabilidade por parte daquele que pleiteia a “execução provisória”, e “evitar que o direito à tutela antecipatória somente possa ser exercido por quem tem condições de pagar por ele”¹⁶¹.

É justamente aqui que cabe aplicar o exame do cabimento do sistema do artigo 475-O como parâmetro operativo para a concretização da decisão antecipatória, como ditado pelo § 3º do artigo 273 do CPC (“no que couber”). Assim, a partir da noção de que as normas da execução de título judicial só podem ser aplicadas naquilo em que não forem incompatíveis com os contornos da antecipação da tutela no caso concreto, é possível defender que a caução pode ser dispensada mesmo fora dos casos previstos no § 2º do artigo 475-O:

Não foi por outra razão que a regra acima mencionada não aludiu somente ao crédito alimentar o decorrente de ato ilícito, mas também fez questão de dizer que o autor, para ser dispensado da prestação da caução, deve demonstrar situação de necessidade.

Acontece que ninguém pode – ou deseja – definir o que é situação de necessidade, uma vez que isso deve ser deixado para o caso concreto. De modo que o valor de sessenta salários mínimos, fixados como teto máximo para a dispensa de caução, deve ser visto como uma mera referência.

¹⁶⁰ Este inciso I do § 2º do artigo 475-O consagra a noção defendida no tópico 2.3 supra, ao colocar a dívida decorrente de ato ilícito ao lado da dívida alimentar decorrente do Direito de Família, quando estiver presente grave estado de necessidade.

¹⁶¹ MARINONI, *Antecipação da tutela*, p. 192.

Ora, se é irracional exigir caução em todos os casos, é igualmente irracional fixar um teto a partir do qual jamais existirá situação de necessidade, quando todos, e em qualquer hipótese, deverão prestar caução¹⁶².

ARENHART e MARINONI trazem o exemplo da pessoa sem patrimônio que necessita da soma para custear algum tratamento emergencial de saúde, como um procedimento cirúrgico cujo custo ultrapassa o patamar de 60 salários mínimos¹⁶³. Como a quantia pretendida nesse caso é superior ao limite estabelecido pelo CPC, a princípio seria necessária a prestação de caução, porque não se trata de hipótese exata de dívida alimentar. Mas se o credor não tem patrimônio, é evidente que a garantia deve ser dispensada, sob pena de colocar em risco a vida do postulante¹⁶⁴.

É evidente, por outro lado, que ao dispensar a caução, especialmente quando quebra a regra dos 60 salários mínimos, o juiz tem o dever de justificar a presença da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável, porque nenhuma amplitude de poder pode vir desacompanhada do dever de fundamentação imposto pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal (tópico 2.2).

Aqui não se descarta, inclusive, a hipótese de a parte, mesmo sem ter requerido a antecipação da tutela no início do processo, diante do agravamento do perigo de dano, requerer incidentalmente a dispensa da caução no momento da “execução provisória”, configurando esta situação como uma hipótese de concessão de antecipação da tutela de soma em dinheiro.

Por isso é que deve ser admitido o processamento do pedido e da execução da antecipação da tutela, quando necessário, em instrumento autônomo, quando os autos não estiverem disponíveis no juízo competente. ARENHART dá o exemplo da apelação ainda não distribuída, quando então deve ser admitida a formação de um instrumento apartado para processamento da decisão antecipatória da tutela – tal qual se dá com a “carta de sentença”, na pendência de recurso sem efeito suspensivo¹⁶⁵.

Entretanto, a regra geral é que a efetivação da antecipação da tutela se dê nos próprios autos do processo de conhecimento, e não pelo procedimento de execução autônoma previsto pelo artigo 475-O. Assim, é evidente que não deverá haver nova citação, nem nova sentença, e

¹⁶² Idem.

¹⁶³ *Perfis da tutela inibitória...*, p. 329. *Antecipação da tutela*, p. 263.

¹⁶⁴ “*Outrossim, se a regra da legislação brasileira sempre foi impor ao autor que tem razão – mas que não tem resposta tempestiva a seu direito – a via da reparação do dano, não há sentido em deixar de escolher a mesma alternativa ao interesse do requerido (...). O risco de errar não pode ser erigido como impediante absoluto à concessão da tutela de urgência satisfativa*”. Idem, p. 331.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 327.

muito menos a possibilidade de impugnação pelo réu, nos termos exatos do artigo 475-L do CPC, porque isso seria completamente incompatível com a necessidade de tutela urgente¹⁶⁶.

¹⁶⁶ MARINONI ressalva os casos em que há a necessidade de defesa pela constrição de bens de terceiro (embargos de terceiro), penhora de bem impenhorável ou excesso de execução. Nessas duas últimas hipóteses poderia haver a utilização da impugnação do art. 475-L. *Antecipação da tutela*, p. 214.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O funcionamento do processo espelha a dinâmica social em que está inserido, refletindo o grau de eficiência das instituições públicas no cumprimento do seu papel. A falta de efetividade do processo indica o fracasso do Estado na proteção dos direitos do cidadão, se furtando ao compromisso automaticamente tomado quando da assunção do monopólio da jurisdição e do uso da violência legítima.

A ineficiência, além de deixar o jurisdicionado sem poder fazer valer seu direito no caso concreto, gera num espaço mais amplo o descrédito do Poder Judiciário, culminando inclusive com a estruturação de formas alternativas de solução de conflitos – com vistas à diminuição dos custos de transação acarretados pela demora do processo judicial.

Em suma, o cidadão comum contribui para o sustento de um sistema jurisdicional que não lhe socorre plenamente, de sorte que para poder se ver satisfeito, ao menos em parte, acaba por abrir mão de parcela de seu direito. Aqueles que mais dependem da tutela jurisdicional para amparar necessidades elementares, são também os que mais sofrem com o dano marginal gerado no processo. E é justamente nos atos de efetivação, que visam a modificar a realidade fática, que se sente de forma mais contundente a ineficácia do sistema.

Tendo isso em vista, a antecipação da tutela de soma em dinheiro se apresenta como poderoso instrumento de redistribuição dos danos marginais a que se sujeita a parte à espera da tutela final do processo. Afinal, já está mais do que sedimentado que a exigência de irreversibilidade contida no § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil não pode impedir a prestação da tutela efetiva nos casos em que a quantia visa proteger direito fundamental, conectado à dignidade e à personalidade do indivíduo.

Eis aí a primeira peculiaridade a ser observada na antecipação da tutela de soma em dinheiro: além dos requisitos gerais previstos no CPC (prova inequívoca, verossimilhança das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação), ainda é necessário que a parte demonstre que o recebimento antecipado da quantia pecuniária é a única forma de assegurar um direito de índole não patrimonial.

Um segundo momento, atinente à **concretização** da medida antecipatória, diz com a quebra dos princípios da tipicidade dos meios executivos e da congruência – não estando mais o juiz adstrito ao pedido da parte, no exercício do seu poder-dever de fazer valer a decisão antecipatória que exarou. Isso sem perder de vista a ruptura do binômio processo de

conhecimento-processo de execução, sem a qual jamais seria possível sustentar um sistema efetivo de antecipação da tutela.

Este sincretismo tem se mostrado presente, como uma verdadeira tendência nas reformas do ordenamento processual civil, e em especial com a edição da Lei nº. 11.232/2005. Assim também é que se poderia dizer que a previsão genérica da antecipação da tutela no Processo Civil brasileiro, com o artigo 273 do CPC, foi uma espécie de embrião do processo sincrético de fases, instituído pela última etapa de reformas do Código.

O Processo Civil brasileiro já avançou em relação ao paradigma do *civil law* clássico, em que os atos do Parlamento deveriam necessariamente se sobrepôr ao Poder Judiciário, dentro de uma visão estrita de divisão dos Poderes do Estado. Caminha-se em direção ao paradigma do constitucionalismo, em que o juiz se torna verdadeiro guarda da Constituição e garantidor dos direitos fundamentais. Esse giro paradigmático é descrito por Luiz Guilherme MARINONI como fator até mesmo de modificação do conceito de jurisdição:

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes¹⁶⁷.

Assim, se a tutela constitucional do processo, que erigiu a tutela jurisdicional efetiva como supradireito, garante todos os demais direitos fundamentais, não há como negar poder ao juiz na sua tarefa de prestação da tutela jurisdicional adequada e tempestiva, sob pena de mitigação de todos os demais direito protegidos pela Constituição da República. Aí se incluí o direito à antecipação da tutela, que, como parte ativa do direito à tutela jurisdicional efetiva positivado no inciso XXXV do artigo 5º, jamais pode ser previamente condicionado pela lei.

Nesse sentido, a quebra da estrita tipificação dos meios executivos – e, por conseguinte, dos meios de efetivação da decisão antecipatória da tutela – , não se resolve pela simples inserção de cláusulas abertas no ordenamento processual, ou, no que aqui interessou, as ditas “*cláusulas executivas gerais*”. Mais do que isso, a consciência dos operadores jurídicos deve ter presente a ideia de que o juiz de primeiro grau deve dispor de uma gama

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. In: Revista de Processo, ano 34, nº. 172, jun/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 175-232.

muito maior de poderes para dar efetividade as suas próprias decisões, ainda que isso signifique mitigar os parâmetros restritos postos em lei, para dar maior efetividade ao processo.

Por outro lado, isso não significa absolutamente dotar o juiz de um poder ilimitado, retirando da parte toda e qualquer possibilidade de controle do ato de concessão da medida antecipatória. A justificativa quanto à técnica escolhida em cada caso permite que as partes se oponham à decisão, a partir da provocação dos órgãos jurisdicionais superiores. Mas esse controle deve ser exercido com a consciência de que, uma vez concedida a medida, ela deve ser de imediato efetivada, sob pena de perder totalmente o seu sentido.

É claro que, dentro deste novo contexto, não haveria sentido algum em propor novas reformas visando disciplinar a efetivação da decisão antecipatória de soma em dinheiro. As técnicas já presentes no ordenamento processual, se manejadas adequadamente pelo julgador, podem contribuir no empenho de evitar que o direito processual continue sendo contraposto ao direito material como o direito imutável, despido de valores e insuscetível de adequação ao contexto histórico em que se insere¹⁶⁸, consagrando o processo como garantia por excelência dos direitos.

¹⁶⁸ PROTO PISANI, Andrea. *Público e privado no processo civil na Itália*. In: Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro 16/23. Rio de Janeiro: Emerj, 2001. Apud BAPTISTA da SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. In: Revista de Processo, ano 33, nº. 158, abr/2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 9-19.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Temas atuais de direito processual civil, v. 6).

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. 2. ed. Padova: Cedam, 1985.

BAPTISTA da SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, volume 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Da função à estrutura*. In: Revista de Processo, ano 33, nº. 158, abr/2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 9-19.

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

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

CAPPONI, Bruno. *Sull'esecuzione-attuazione dei provvedimenti d'urgenza per condanna al pagamento di somme*. In: Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, anno XLIV (Gennaio-Marzo/1989), p. 88-118.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARPI, Frederico. COLESANTI, Vittorio. TARUFFO, Michele. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. Padova: Cedam, 1984.

CARPI, Frederico. *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, anno XXXI (1977), p. 615-650.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRISINA, Pasquale. *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*. In: Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, anno XLI (Ottobre-Dicembre/1986), p. 972-1.002.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*, v. VIII, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

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

_____. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. In: Revista de Processo, ano 34, nº. 172, jun/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 175-232.

_____. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. V.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

ROSSIELO, Giampiero. *In tema di esecuzione di provvedimenti d'urgenza recanti l'ordine di corrispondere somme di denaro*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XLII (Ottobre-Dicembre/1987), p. 1.046-1.064.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 5. ed. Padova: Cedam, 1957.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. In www.studiocentelano.it/lenouvevocideldiritto.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 13. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1992.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983.

VILLAR, Willard de Castro. *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALVARO de OLIVEIRA, Carlos Alberto (coord.). *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ASSIS, Araken de. *Execução de alimentos e prisão do devedor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil*. In: *Revista de Processo Civil*, nº 81. p. 210.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 196.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *A efetivação da tutela antecipada e a Lei 11.232/2005*. In: *Execução Civil. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. SANTOS, WAMBIER, L.R., NERY JR. e WAMBIER, T.A.A. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 796-808.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CALMON de PASSOS, José Joaquim. *Inovações no Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 11. Do Processo Cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, Execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

WATANABE, Kazuo. *Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer (arts. 273 e 461 do CPC)*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 40-48.

ÍNDICE DOS DIPLOMAS E DISPOSITIVOS LEGAIS MENCIONADOS

- Constituição Federal de 1988: arts. 5º, XXXV, LXVII, LXXVIII, § 2º, § 3º, 93, IX, 100, 229;
- Ato das disposições constitucionais transitórias: art. 87 (EC nº. 37/2002);
- Constituição Federal de 1967: art. 150, § 17;
- Lei nº. 5.869/1973 (CPC 1973): arts. 273, 287, 461 e 461-A, 475, 475-J e 475-L, 475-N a 475-Q, 588 (revogado), 655-A, 730 a 735, 798, 822 a 825, 852 a 854;
- Decreto-lei nº. 1.608/1939 (CPC 1939): arts. 675 e 676;
- Lei nº. 10.406/2002 (CC 2002): arts. 948 a 951, 1.694;
- Lei nº. 8.078/1990 (CDC): art. 84;
- Decreto-lei nº. 2.848/1940 (CP): arts. 319, 330;
- Lei nº. 5.478/1968 (Alimentos): arts. 4º, 13, § 3º, 16 a 20, 27;
- Lei nº. 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais): arts. 3º, 17;
- Decreto-lei nº. 70/1966;
- Decreto Legislativo nº. 27/1992 (Pacto de São José da Costa Rica);
- Lei nº. 8.437/1992: art. 1º;
- Lei nº. 8.952/1994;
- Lei nº. 10.444/2002;
- Lei nº.11.232/2005;
- Constituição da Republica Italiana: art. 24;
- Regio Decreto 28 ottobre 1940*, nº. 1443 (Itália – *Codice di Procedura Civile*): arts. 278, 282, 310, 388, 474, 700;
- Lei nº. 990/1969 (Itália): art. 24;
- Code Civil* de 21 de março de 1.804 (França): art. 1.142.