

FERNANDA BERNERT MICHIELIN

**INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO TÉCNICA SUB-ROGATÓRIA NAS
PRESTAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER**

CURITIBA

2004

FERNANDA BERNERT MICHIELIN

**INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO TÉCNICA SUB-ROGATÓRIA NAS
PRESTAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Joaquim Roberto
Munhoz de Mello**

**Co-orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz
Arenhart**

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA BERNERT MICHIELIN

INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO TÉCNICA SUB-ROGATÓRIA NAS PRESTAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Joaquim Roberto Munhoz de Mello



Prof. Edson Ribas Malachini



Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Curitiba, 27 de outubro de 2004.

Dedico o presente trabalho à Vó Flora, com saudades, e aos meus pais, Lilian e Mauro, por tudo.

Agradeço imensamente ao Professor Joaquim Munhoz de Mello, não apenas pela orientação na elaboração desta monografia, mas também por toda sua atenção durante os três anos em que lecionou a disciplina de processo civil.

De igual forma, agradeço a constante atenção e colaboração a mim concedida pelo Professor Sérgio Cruz Arenhart, sempre paciente e disposto a esclarecer as mais diversas dúvidas, servindo de exemplo acadêmico e profissional.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 DA EFETIVIDADE DO PROCESSO: O FAZER E O NÃO FAZER.....	4
2.1 A VONTADE DO OBRIGADO COMO ÓBICE AO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES.....	4
2.2 DIREITO PROCESSUAL X DIREITO MATERIAL: a necessidade de novas formas de tutela.....	6
2.3 TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER.....	10
3 OS ESQUEMAS TRADICIONAIS DE PROCESSO: SUA INSUFICIÊNCIA.....	17
3.1 INSUFICIÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO APRESENTADA.....	20
3.2 A EXISTÊNCIA DE OUTROS PROVIMENTOS COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA.....	23
3.3 A AÇÃO MANDAMENTAL.....	28
3.4 A AÇÃO EXECUTIVA.....	31
4 APLICAÇÃO DOS PROVIMENTOS E MEDIDAS ANALISADAS.....	36
4.1 O ARTIGO 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	36
4.2 AS “MEDIDAS NECESSÁRIAS”.....	38
4.2.1 Possibilidade de Emprego de Medidas Atípicas.....	40
4.2.2 A Escolha das Medidas e dos Efeitos.....	42
4.2.2.1 Deveres fungíveis e infungíveis.....	44
4.3 O “RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE”: as medidas sub-rogatórias.....	45
4.3.1 Medidas Sub-rogatórias Previstas no Dispositivo.....	48
4.3.2 Possibilidade de Antecipação.....	50
4.3.3 A Concretização da Medida: a escolha do nomeado e seu pagamento.....	51
5 INTERVENÇÃO JUDICIAL.....	54
5.1 ÓBICES À INTERVENÇÃO.....	56
5.1.1 O Liberalismo.....	56
5.1.2 Necessidade de Cautela.....	57
5.2 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: o direito comparado.....	58
5.2.1 O Direito Estadunidense.....	61
5.3 A INTERVENÇÃO COMO MEDIDA SUB-ROGATÓRIA PARA CUMPRIMENTO DAS PRESTAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER.....	67
5.3.1 Momento de Decretação da Medida.....	71

5.4 OBJETO E FORMAS DA INTERVENÇÃO.....	73
5.4.1 Alteração da Forma de Intervenção.....	76
5.5 A DISCIPLINA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL.....	77
5.5.1 A Escolha do Nomeado.....	77
5.5.2 Impugnação e Substituição do Interventor.....	79
5.5.3 Colaboração com o Interventor e Conseqüências.....	80
5.5.4 Período de Intervenção.....	82
5.5.5 As Funções do Interventor.....	84
5.5.6 Despesas com a Intervenção.....	85
5.5.7 Delimitação das Providências.....	86
5.5.8 Fazenda Pública como Ré	88
5.6 OBSERVAÇÕES FINAIS.....	90
6 CONCLUSÃO.....	92
BIBLIOGRAFIA.....	95

RESUMO

O presente trabalho analisa, primeiramente, as prestações de fazer e de não-fazer, tendo em vista a ineficiência da conversão destas em perdas e danos e a busca pela tutela específica. Como solução à insuficiência da classificação tradicional das ações, são apresentadas as ações mandamentais e executivas, bem como as medidas de coerção e de sub-rogação viabilizadas pelas mesmas. Dentre outros dispositivos legais que permitem tais eficácias, o artigo 461 do Código de Processo Civil as generalizada para as obrigações de fazer e de não-fazer, e o §5º deste artigo possibilita o emprego de todas as medidas que se fizerem necessárias à busca do resultado específico. Nesse sentido é que a Intervenção Judicial é analisada como medida sub-rogatória atípica viabilizada pelo ordenamento, utilizada quando o demandado é constituído por uma estrutura empresarial ou institucional e a conduta devida é complexa e não exaurível por uma só ação ou omissão. São apresentadas figuras análogas presentes no direito estadunidense, e utilizada como parâmetro a intervenção prevista na Lei 8884/94, para cumprimento das decisões do CADE. Demonstra-se a base legal para o uso da Intervenção e, assim, a possibilidade e até mesmo a necessidade da busca e do aperfeiçoamento de outras medidas, visando alcançar a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos e, em consequência, a efetividade do processo.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal preceitua que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Essa norma possui especial relevância para o Estado Democrático de Direito. Ao proibir a autotutela, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição, conferindo aos particulares o direito de ação, tomando para si o compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflitivos concretos, bem como de fornecer instrumentos processuais adequados à proteção e eficácia de direitos.

Assim, o direito de ação não pode ser entendido apenas como direito a uma sentença de mérito, nem se resume à possibilidade de acesso ao procedimento legalmente instituído, mas deve também ser compreendido como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial e, por consequência, dar efetividade ao processo.

Existe, portanto, o direito a uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, compreendendo a possibilidade de atender a todo e qualquer direito, de acompanhar as mudanças destes, da realidade social e, em especial, podendo atender as situações carentes de tutela. Tal direito reflete-se como dever e meta ao legislador e ao juiz, aquele instituindo as técnicas processuais idôneas para tanto e este compreendendo a regra processual à luz do direito fundamental à tutela efetiva e dela extraíndo a maior potencialidade possível, ou mesmo concretizando-o pela via interpretativa, no caso de omissão ou insuficiência da lei.

Cabe aqui mencionar a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

(...) há direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando for necessário, preventiva. A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e essa deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a imprescindibilidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial. Pensando-se a partir daí fica mais fácil visualizar a técnica efetiva, contribuindo-se para sua otimização e para que a efetividade ocorra de modo menos gravoso para o réu. Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela.¹

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 184.

A ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional².

É preciso delinear as tutelas capazes de responder às diferentes necessidades do direito substancial, bem como os meios de execução que o ordenamento jurídico oferece para a tutela dos direitos. Neste sentido é que este trabalho procura demonstrar a necessidade e a pertinência de diferentes espécies de tutela, em busca da efetividade dos direitos e do próprio processo, e possui como enfoque especial as prestações de fazer e de não fazer.

O presente estudo inicia-se com a análise da incoercibilidade da vontade do demandado como óbice para o cumprimento de uma obrigação, em especial quando envolvido um fazer ou um não fazer. Analisa também a insuficiência da conversão desta obrigação em perdas e danos em caso de inadimplemento. Neste sentido, expõe-se a necessidade de novas espécies de tutela, que possam atender a diversas situações e espécies de direitos, demonstrando a imprescindibilidade das tutelas diferenciadas e de um processo de resultados.

Com a idéia de um direito à prestação jurisdicional efetiva, é apresentada a importância da chamada tutela específica das obrigações, ou seja, a noção de que o demandante, ou credor, possa receber tudo aquilo que teria recebido se a obrigação não tivesse sido inadimplida, bem como se expõe a possibilidade de influência na vontade do obrigado e de substituição da conduta deste. Buscando referida efetividade, a tutela específica é de grande importância para as obrigações de fazer ou não fazer, como se verá.

O capítulo seguinte procura demonstrar que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva muitas vezes não poderá ser atendido por meio dos provimentos da tradicional classificação trinária das ações e que muitos conceitos e institutos clássicos do processo há muito tempo demonstram-se impotentes para a tutela de um grande número de direitos, como exemplo, a idéia de tipicidade de meios executivos. Por isso, são conceituados os provimentos mandamentais e executivos, e os meios coercitivos e sub-rogatórios viabilizados através dos mesmos.

² Também de acordo com Luiz Guilherme Marinoni (Ibid., p. 189).

O quarto capítulo visa demonstrar a aplicação prática destes provimentos. Busca analisar a utilização dos meios executivos por eles proporcionados, recebendo as medidas de sub-rogação um enfoque especial. Assim, revendo-se o princípio da tipicidade dos meios executivos, expõe-se acerca da utilização do parágrafo quinto do artigo 461 do Código de Processo Civil (não somente ele como se verá) como forma de possibilitar o emprego de meios típicos e atípicos de execução, respeitados os princípios processuais.

Neste sentido é que o quinto e último capítulo, objeto central do presente estudo, procura analisar a viabilidade de adoção da Intervenção Judicial como medida de sub-rogação atípica possibilitada pelo citado dispositivo legal, e também tendo como parâmetro a previsão de figura análoga para o caso específico de cumprimento das decisões do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, presente na chamada Lei Antitruste (nº 8.884/94), que busca reprimir o abuso do poder econômico. A Intervenção seria empregada na hipótese em que o demandado é constituído por uma estrutura empresarial ou institucional e a conduta devida é complexa e não exaurível por uma só ação ou omissão.

Portanto, tem-se como objetivo estudar tal medida de intervenção, verificando a compatibilidade e viabilidade da mesma em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, destinando-a a buscar a efetividade do processo, principalmente para não haver afronta à ordem constitucional, em especial ao princípio da liberdade, da legalidade e do devido processo legal. Aproveitando-se para se verificar também a possibilidade de adoção, como um regime geral, de inúmeras outras medidas como a de Intervenção, respeitadas as garantias citadas, e a contribuição que possam dar à adequada tutela jurisdicional.

2 DA EFETIVIDADE DO PROCESSO: O FAZER E O NÃO FAZER

2.1 A INCOERCIBILIDADE DA VONTADE DO OBRIGADO COMO ÓBICE AO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES

As transformações históricas resultantes das revoluções burguesas do século XVIII influenciaram, com certas características, diretamente a evolução do Direito.

Através dos ideais liberais da Revolução Francesa, atribuiu-se uma nova configuração ao Estado, fazendo deste uma figura mínima, com menor influência na vida social, dando-se maior dimensão à vontade individual, como também à liberdade dos “sujeitos de direito”. Desta forma, é evidenciada a tendência em se romper com o regime aristocrático, no qual os poderes estavam concentrados nas mãos do monarca, em detrimento dos interesses da sociedade e, em especial, da classe burguesa que, mesmo com poder econômico, via-se tolhida em sua liberdade face o regime vigente.

A normatização jurídica passa a ter como pólo central o indivíduo livre e os valores do individualismo e do liberalismo passam a ser adotados, em especial, pela teoria dos negócios jurídicos. Sendo todos os indivíduos livres para enunciar suas vontades e, assim, dispor de seus bens e contrair obrigações, o regime contratual encontrou seu apogeu na consagração do *pacta sunt servanda*. O contrato, oriundo da vontade livre do contratante, era lei a ser respeitada e cumprida, sem resistência.

Como, todavia, o sistema jurídico possuía o indivíduo em seu centro, mesmo que ele não cumprisse com o contratado, não poderia, de forma alguma, ser pessoalmente compelido a executar a prestação prometida ao credor. Com isso, o pressuposto da liberdade individual tornou-se um óbice a exigência do adimplemento do contrato.

Desta forma, a sanção legal para o descumprimento teria de recair sobre o patrimônio do obrigado, formulando-se, assim, as bases da incoercibilidade do *facere*. Tal como proclamava o artigo 2.092 do Código de Napoleão, e como explica Humberto Theodoro Júnior, “o princípio dominante era no sentido de que todo

aquele que se obriga pessoalmente fica sujeito a sofrer as conseqüências de sua obrigação sobre todos os seus bens presentes e futuros”¹.

Em se tratando de obrigações de dar, a execução proporcionada pela tutela estatal poderia ser cumprida *in natura*, pois se alcançava o bem sem a necessidade de coagir o devedor pessoalmente, bastando a determinação judicial de apreensão do mesmo e de sua entrega ao credor. No entanto, no âmbito dos deveres ligados a uma ação pessoal ou omissão do devedor, ou seja, de fazer ou de não fazer, a concepção liberal tornava-se um grande óbice, e as dificuldades e obstáculos de natureza prática foram sem dúvida mas persistentes. Ninguém poderia ser compelido, contra a sua vontade, a adotar qualquer tipo de comportamento pessoal.

Conforme expõe o mesmo autor², da antiga regra romana *nemo ad factum potest cogi*, o direito francês do século XIX exportou para todo o mundo ocidental o preceito de 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*³.

Portanto, na plenitude do liberalismo, não havia lugar, em princípio, para a execução específica das prestações de fazer e não fazer e, então, por ser intocável o devedor em sua vontade pessoal, não cumprida espontaneamente a obrigação por parte do devedor, outro caminho não restava ao credor senão conformar-se com as perdas e danos (artigo 1.142 do Código Civil Francês).

Como é sabido, o direito liberal não se preocupava com as diferenças entre os bens e as pessoas. Se as pessoas são iguais – independentemente das suas diferenças concretas – e se os bens não merecem tratamento diversificado, basta o ressarcimento em pecúnia, inexistindo razão para a tutela específica. Em uma sociedade em que não há razão para proteger determinadas posições sociais, mas apenas necessidade de manter em funcionamento os mecanismos de mercado, é suficiente a tutela que retribui em dinheiro o valor da lesão. Além do mais, se as pessoas são iguais, e assim livres para se auto-determinarem no contrato, não cabe ao Estado interferir na relação jurídica para assegurar a tutela na forma específica⁴.

Com a absoluta primazia da autonomia da vontade, não podendo o Estado interferir na esfera jurídica do particular, não há como admitir a ingerência do mesmo

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, ano 27, p. 09-33, jan./mar. 2002. p. 9.

² *Ibid.*, p. 10.

³ Toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em perdas e danos em caso de inexecução por parte do devedor.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 13.

na relação jurídica para que ocorra o adimplemento na forma específica. “(...) a desnecessidade de tutela diferenciada, que reflete um ordenamento jurídico neutro em relação às diversas posições sociais, tem como consequência a universalização da tutela ressarcitória”⁵.

2.2 DIREITO PROCESSUAL X DIREITO MATERIAL: a necessidade de novas formas de tutela

Também no liberalismo o direito processual era praticamente inexistente como ciência autônoma, apresentando-se como mero apêndice ao direito material. Nada acrescentava em termos de medidas criativas para dar maior eficácia aos preceitos da ordem substancial. Era o direito material que predeterminava os expedientes instrumentais que correspondiam aos direitos subjetivos de fundo quando descumpridos ou violados. O Poder Judiciário não possuía poderes nem liberdade para a utilização das técnicas processuais; não havia flexibilidade⁶.

Não havia maleabilidade em relação ao processo. Para as causas em geral um processo comum deveria ser seguido, e as ações especiais eram destinadas a casos típicos que não poderiam ser dirimidos na sistemática do procedimento comum.

Com o passar do tempo, e com as mudanças históricas e sociais, foi-se afastando o indivíduo do eixo central, estabelecendo-se como principal foco a sociedade e, assim, na passagem do século XX, a existência de interesses sociais reclamando atenção do ordenamento jurídico forçou-o a ampliar seus domínios para além do milenar binômio direito público – direito privado.

O Estado Social substituiu o Estado Liberal, deixando de ser mero declarador de direitos para se transformar em realizador desses mesmos direitos. Passou a ser garantidor de direitos, intervindo na vida econômica e social e, para tanto, não poderia se valer apenas dos procedimentos judiciais utilizados durante o século XIX, nos quais dominava a concepção liberal.

Lentamente foram surgindo ações de cunho coletivo para instrumentalizar direitos que nem mesmo eram conhecidos na ordem jurídica tradicional, como os

⁵ Ibid., p. 19.

⁶ Conforme ensina, Humberto Theodoro Júnior (Tutela específica ..., p. 10).

direitos da sociedade como um todo. Da mesma forma, ampliava-se a ordem jurídica material para agasalhar os direitos transindividuais ou coletivos, e concebiam-se novos procedimentos judiciais para garanti-los em juízo.

Essa nova percepção serviu para demonstrar as inúmeras situações carentes de tutela, em especial com relação aos direitos sociais, mas também para conscientização de que processo, em si mesmo, seria um instrumento tutelar da cidadania. Entendeu-se o direito de ação não mais como mero mecanismo de reação contra violação de direito subjetivo, mas sobretudo como direito cívico de acesso à Justiça, como uma das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito (hoje consagrada no artigo 5º, inciso XXXV, da CF).

A partir de então, afastou-se a concepção do processo como simples instrumento de composição dos litígios, para ligá-lo ao devido processo legal, tanto formal quanto material. A atividade jurisdicional a ser exercida através do processo vinculou-se a idéia de efetividade, de busca dos resultados que correspondessem a mais justa e melhor composição dos litígios.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, “a essência do pensamento de CHIOVENDA, que se apresenta como grande idealizador da *efetividade processual*, consiste justamente na afirmativa de que o processo, para ser efetivo, deverá apoiar-se num sistema que assegure a quem tem razão uma situação jurídica igual à que deveria ter se derivado do cumprimento normal e tempestivo da obrigação.”⁷

Através de tais constatações, deu-se relevância a teoria das tutelas diferenciadas, fundadas no processo civil de resultados, para uma adequada tutela jurisdicional. E assim, conforme afirma o mencionado autor:

Não era mais aceitável sujeitar os litigantes a poucos e inflexíveis procedimentos, um para cada tipo de ação ou pretensão, que muitas vezes se apresentavam inconvenientes e incômodos como verdadeiras camisas-de-força para partes e juízes. A principal preocupação dessa nova visão da tutela jurisdicional era não só a de criar novos procedimentos como abrir, sempre que possível, um leque de opções que permitisse, conforme conveniências da parte e de seu caso, contar com mais de uma via processual à sua disposição; e dentro de um mesmo procedimento, fosse possível inserir-lhe expedientes de aceleração e reforço de eficácia, tendentes a proporcionar ao direito material da parte a mais plena tutela conforme particularidades de cada caso⁸.

Afirma Sérgio Arenhart que:

⁷ Ibid., p. 12.

⁸ Ibid., p. 11.

No campo da efetividade do processo, destaca-se o movimento pela busca das tutelas diferenciadas. Quer-se a construção de mecanismos de tutela adequados à realidade de cada direito material sustentado no processo. O processo, se é uma ferramenta a fazer atuar concretamente o direito material, deve estar apto a cumprir essa sua missão sempre que isso se mostre necessário. Deve, por isso mesmo, estar em harmonia com a realidade concreta e com o direito material, desenhado que é para atender a essas situações, sempre atento a eventuais mutações nesses planos e sempre aberto a receber novas informações e novas dimensões de possibilidades deles.⁹

Portanto, a tutela diferenciada deve ser compreendida a partir da reaproximação entre direito e processo, configurando-se o instituto processual especificamente em função de dada situação de direito material. Busca-se, assim, adequar os procedimentos às necessidades de situações particulares de direito material e propiciar meios mais eficientes de tutela processual, tendo em vista também as particularidades dos sujeitos envolvidos. A técnica processual deve evoluir de acordo com o aparecimento de situações substanciais que demandam por tutelas adequadas.

Entende Luiz Guilherme Marinoni que “a técnica processual assume grande relevo, uma vez que para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos é necessária uma pluralidade de processos atendendo às variadas situações de direito substancial carentes de tutela. Em outras palavras, para a efetividade do processo é imprescindível o correto manejo das técnicas de construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas.”¹⁰

Ainda segundo Luiz Guilherme Marinoni:

É absolutamente fundamental, no estágio em que vive o direito processual civil, redescobrir as relações entre o processo e o direito material, que – como bem observa Denti -, a tão proclamada autonomia da ação e da relação processual acabou por obscurecer, deixando de lado a estrita dependência dos institutos do processo (de um processo em determinado momento histórico) da influência do direito substancial e, portanto, do papel que o direito hegemônico desenvolve na sociedade. Muito embora hoje seja “costume” falar em tutela jurisdicional de direitos, é preciso que se deixe claro que o jurista que estuda o processo civil na perspectiva da tutela jurisdicional tem um sério compromisso de pensar em um processo que possa responder, com efetividade, às diversas necessidades de tutela do direito material.¹¹

⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva** [coordenação Luiz Guilherme Marinoni]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v.6). p. 30

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 12.

¹¹ MARINONI, **Tutela específica...**, p. 62.

O processo passou a ser estudado como meio de valorizar e assegurar efetividade ao direito como um todo, como aspectos indissociáveis de uma única realidade normativa, de maneira que o direito processual e o direito material não possam ser visualizados isoladamente, e nem por isso restam comprometidas suas autonomias científicas¹². Valorizou-se, desta maneira a ótica jurídica processual, reconhecendo suas metas não só jurídicas, como também políticas e sociais.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, “processo de resultados” é aquele que dispõe de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar-se praticamente a utilidade das decisões. Entende também que o processo deve buscar respostas diversificadas, de acordo com as situações jurídicas de vantagens asseguradas pelo direito material, de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida¹³.

Expõe Humberto Theodoro Júnior que o ideal de tutela diferenciada começou a ser implantado no Brasil de forma tímida, com a adoção do poder geral de cautela (art. 798 do CPC), com o julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), com o procedimento sumário (arts. 275-281 do CPC), com a ampliação do rol de títulos executivos, entre outros. Mas foi com as reformas da década de 90 que recebeu ainda maior atenção, como exemplo, com a criação em caráter geral da tutela antecipada (art. 273 CPC), com a ação monitória (arts. 1102-a a 1.102-c) e com a consagração das garantias da tutela específica para as obrigações de fazer e não fazer (art. 461 CPC)¹⁴.

Quanto às obrigações de fazer e não fazer, várias e importantes inovações processuais foram introduzidas, garantindo seu cabimento e protegendo-as com variados mecanismos. Merece destaque no presente trabalho a busca da efetividade do processo no âmbito do fazer e do não fazer, em especial o importante objetivo de alcançar a tutela específica.

¹² Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior (Tutela específica..., p. 13).

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, ano 20, p. 65-76, jul./set. 1995. p. 65.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Tutela específica..., p. 14.

2.3 TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

Como no início mencionado, durante muito tempo a resistência do obrigado foi vista como limite intransponível ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, sendo a única alternativa viável a conversão em perdas e danos.

Mas a tutela pelo equivalente pecuniário é insuficiente e muitas vezes incompatível com algumas situações, especialmente as de cunho não patrimonial, que geralmente estão ligadas aos direitos fundamentais, como a vida, a honra, a intimidade, e também à questões de cunho coletivo, como em relação ao meio ambiente e aos consumidores.

Ensina Marinoni que:

Quando não se admite a tutela na forma específica, aceitando-se apenas a tutela pelo equivalente monetário, confere-se ao detentor do bem ou capital a possibilidade de transformar o direito ao bem em dinheiro. Em um sistema desta natureza, aquele que necessita do bem, e por isso realiza o contrato, jamais tem efetivamente assegurado o seu direito, enquanto que o detentor do capital ou do bem tem a possibilidade de, a qualquer momento, e inclusive em razão de uma “variação do mercado” que não lhe é benéfica, liberar-se da obrigação de entregar o bem mediante a prestação de um valor em pecúnia¹⁵.

Afirma ainda o mesmo autor que “A tutela ressarcitória em pecúnia é completamente inadequada em se tratando de direitos não-patrimoniais e de direitos patrimoniais que dificilmente podem ser precisados e quantificados em dinheiro (...) Já no que pertine às obrigações contratuais, é evidente que a tutela que confere ao autor o bem em si, ao invés do seu equivalente pecuniário, deve merecer prioridade”¹⁶.

A tutela específica é aquela que confere ao titular do direito o mesmo bem que se teria se não houvesse a transgressão, em oposição à tutela genérica, que é toda aquela que tende à obtenção de dinheiro no âmbito da responsabilidade patrimonial do devedor. É a tutela que protege de modo mais adequado o direito material, já que confere ao lesado o bem ou o direito em si, e não o seu equivalente.

Conceitua Eduardo Talamini a tutela específica como aquela que “tende à consecução de bens jurídicos outros, que não dinheiro. Mais precisamente, tutela específica (categoria que abrange – mas não se limita a – execução específica) é a

¹⁵ MARINONI, *Tutela específica...*, p. 184.

¹⁶ *Ibid.*, p. 14.

que visa ao exato resultado jurídico que se teria, se não houvesse a necessidade do processo, em todos aqueles casos em que o resultado final não consista na mera satisfação de uma dívida pecuniária¹⁷.

Ainda segundo Teori Albino Zavaski:

O processo, instrumento que é para a realização de direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação *in natura*. E quando isso é obtido, ou seja, quando se propicia, judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo que pretendia, há prestação de tutela jurisdicional específica¹⁸.

João Calvão da Silva acredita que conseguir que o credor obtenha aquilo que foi estipulado é, na verdade, o resultado perfeito e ideal que a Justiça, face ao devedor recalcitrante, pode proporcionar àquele. O cumprimento e a execução específica aparecem, antes de tudo, como uma prioridade natural e temporal, lógica e teleológica e, através deles, se satisfaz plena e integralmente o interesse do credor, alcançando-se a perfeita tutela jurídica¹⁹. Quanto à reparação dos danos e à execução por equivalente, entende o autor que

É antes um meio que acaba por limitar-se a ressarcir os danos causados pelo inadimplemento, mas que não realiza nem satisfaz o interesse primário do credor por não alcançar o resultado prático do cumprimento, proporciona-lhe apenas uma satisfação sucedânea, equivalente e aproximada. É, em suma, a actuação da responsabilidade civil do devedor pelo não-cumprimento (ou cumprimento defeituoso), em que o dever de indemnizar surge como dever secundário de prestação, em vez do dever primário²⁰.

O próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a ideia de efetividade do processo e da utilização das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado

¹⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa** (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art.84). 2.ed. ver. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.230.

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino **Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer**. **GENSIS - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 1, ano 1, p. 111-124, jan./abr. 1996. p. 111.

¹⁹ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Dissertação para exame do curso de pós-graduação em Ciências Jurídico-civis na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2. ed. Coimbra: [S.N.], 1997. p. 141/145.

²⁰ *Ibid.*, p. 146.

prático atingível pelo adimplemento²¹. Neste sentido, a tutela específica é preferível a qualquer outra.

O fator político limitador da tutela específica foi cedendo aos poucos, por obra sobretudo de pensadores como Chiovenda e Calamandrei, a partir das obrigações de prestar declaração de vontade. O Código de Processo Civil de 1939 previu a possibilidade de sentença substitutiva da vontade, capaz de conduzir à mesma situação jurídica final que deveria ter sido oferecida ao credor por ato do obrigado e não o foi (arts. 639-641 CPC vigente)²².

Afirma Cândido Dinamarco que hoje está integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou na sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo que permita a realização de atividade por outrem e a produção, mediante elas, da *situação jurídica final* a que o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer deveria ter conduzido²³. Ressalvadas as hipóteses de infungibilidade natural das obrigações, que correspondem às obrigações personalíssimas e constituem óbice à execução específica.

Ovídio Baptista da Silva expõe que

Na verdade, a tendência do direito moderno orientou-se no sentido de restringir o princípio geral da incoercibilidade do fazer humano, limitando às hipóteses em que a resistência do obrigado em cumprir a obrigação deva ser suprida por uma indenização pecuniária, de modo que o princípio da incoercibilidade do *facere* acabou sendo limitado apenas às prestações incapazes de serem executadas por terceiros. Se houver infungibilidade da prestação, como seria o caso de haver o devedor se obrigado a compor um poema, ou produzir qualquer outra obra literária ou artística, a execução específica será naturalmente impossível se o obrigado não se dispuser a prestá-la espontaneamente. Todavia, se a prestação consistir, por exemplo, na construção de um prédio, será perfeitamente possível encomendar a execução da obra a terceiros, sem qualquer violência pessoal contra o devedor, executando-se a prestação às suas expensas²⁴.

Neste sentido também se posiciona Eduardo Talamini:

Fora da hipótese de transformação do ser humano em simples objeto, as técnicas capazes de substituir a atuação do devedor ou de pressioná-lo indiretamente a cumprir o dever – estas últimas, desde que nos limites ditados pelo princípio da proporcionalidade – não são ofensivas aos valores inerentes à dignidade humana. Aliás, não diferem das técnicas adotadas para a tutela relativa aos deveres de outras naturezas. Tanto que, nos campos em que se concebe algum meio que possibilite a superação da vontade do obrigado, sem

²¹ GRINOVER, Tutela Jurisdicional..., p. 66.

²² Ibid., p. 66.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 152.

²⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.2. p. 139.

“coisificá-lo”, tal mecanismo é adotado, mesmo para os deveres de fazer *infungíveis*, sem que se cogite de ofensa à dignidade humana. É o que ocorre, por exemplo, na tutela substitutiva da declaração de vontade, em que se supera a “infungibilidade da prestação” em virtude da “fungibilidade jurídica”²⁵.

Também não há ofensa, pelas mesmas razões, quando o sujeito de direito vinculado ao dever não é pessoa física, mas estrutura instrumental a que se confere personalidade jurídica, e se empregarem técnicas que, internamente à estrutura da pessoa jurídica, conduzam-na ao cumprimento específico de dever. É o caso da intervenção judicial, que veremos adiante.

Portanto, para o uso de meios coercitivos e de sub-rogação por terceiro, desde que considerada a proporcionalidade, não há limites. Sendo formal e materialmente legítima a atribuição de um dever ao sujeito, a autonomia da vontade não serve de escudo para exonerá-lo do cumprimento²⁶.

E assim, constatou-se que para efetivação de tutela específica das obrigações de fazer e não fazer seria necessária a previsão de, entre outros, tutela preventiva, tutela antecipada, imposição de ordens ao réu, bem como de medidas substitutivas de sua vontade. A estrutura prevista no Código de Processo Civil para a execução das obrigações de fazer e não fazer não supria estas necessidades, apresentava-se, inclusive, longe do modelo ideal, eis que, para a maioria das prestações, notoriamente destituída de meios eficientes de prestar tutela específica²⁷.

No Brasil, aos poucos foram positivadas regras que expressamente asseguram a tutela específica do credor nas obrigações de fazer ou não fazer. O artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública (nº 7.347/85) prescreveu que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida, sob pena de execução específica ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”. Posteriormente e também contendo tais mecanismos, foi previsto no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), cujo dispositivo foi reproduzido no artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), e também no artigo 62 da

²⁵ TALAMINI, **Tutela relativa**..., p. 33.

²⁶ Nas palavras de Eduardo Talamini (*Ibid.*, p. 34).

²⁷ Conforme ensina Teori Albino Zavascki (*Op. cit.*, p. 111).

Lei Antitruste (Lei 8.884/94). O artigo 84 supracitado foi, finalmente, incorporado ao Código de Processo Civil, pelo artigo 461, introduzido pela reforma de dezembro de 1994 (Lei nº 8.952).

A redação do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor foi praticamente repetida ao ser inserido o artigo 461 no Código de Processo Civil pela Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994. E, assim, das relações de consumo, passou a disciplinar amplamente a tutela das obrigações específicas, abrangendo as relações privadas entre as pessoas.

Comentando referidas normas, Luiz Guilherme Marinoni afirma que, ao prevê-las, o legislador criou apenas técnicas processuais voltadas a permitir a efetividade de determinadas tutelas, que decorrem naturalmente do direito material e, portanto, “ciente das necessidades de tutela do direito material, disponibilizou técnicas capazes de permitir a prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo e adequado”²⁸.

Afirma o autor que tais normas demonstram “uma verdadeira obsessão pela tutela específica”²⁹. E acrescenta ainda que

(...) a prioridade do ressarcimento na forma específica nem mesmo precisaria estar prevista em lei, uma vez que é imposição que decorre da própria natureza dos direitos e do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. De modo que, ainda que nada estivesse presente na lei quanto à forma de ressarcimento, ao lesado sempre deveria se dar a opção do ressarcimento na forma específica, ao qual, em relação aos direitos transindividuais, nem mesmo constitui opção, mas sim obrigação³⁰, pois o legitimado à sua tutela não pode preferir dinheiro no lugar da reparação *in natura*.

O artigo 461 facilitou e tornou mais efetivo o uso da execução específica das obrigações de fazer e de não fazer. Preocupou-se em proporcioná-la sempre que possível, atribuindo caráter de absoluta excepcionalidade às perdas e danos, conforme determina a redação de seu parágrafo primeiro, e utilizando importantes e imprescindíveis mecanismos, dentre eles a tutela antecipada, a atribuição de medidas de ofício pelo juiz, os meios de coerção e os de sub-rogação. Tudo isso, sem dúvida, visando alcançar uma maior efetividade.

Visou o legislador, no novo texto do art. 461, obter medidas de tutela diferenciada, que, diante de particularidade do caso concreto, pudessem reforçar a

²⁸ MARINONI, **Tutela específica**...., p. 71.

²⁹ MARINONI, **Técnica Processual**...., p. 385.

³⁰ *Ibid.*, p. 426.

exequibilidade da prestação específica e, se necessário, abreviar o acesso à satisfação de seu direito material³¹.

Eduardo Talamini expõe que a preferência pelo resultado específico é inerente à previsão constitucional. “Como regra geral, é da essência da imposição de um dever o correlato direito ao exato bem de vida que seria concretizado com o cumprimento adequado e oportuno. Não há o que exclua desse princípio os deveres de fazer e de não fazer”. Assim, as normas do artigo 461 seriam estritamente de direito processual e não teriam inovado no âmbito do direito material³².

Segue afirmando que “com o art. 461, houve o aperfeiçoamento do sistema processual, mediante instauração de mecanismo de maior eficiência e abrangência geral. No entanto, a circunstância de antes já existirem instrumentos de tutela específica – ainda que pouco eficientes ou de restrito alcance – indica que o princípio de direito material então vigente era, basicamente, o mesmo que ora se tem: a prioridade do cumprimento específico”³³.

Cabe aqui já mencionar que o artigo 461 traz noção de “tutela específica” diversa da acima apontada, pois a separa da categoria da “obtenção do resultado prático equivalente”.

A “obtenção do resultado prático correspondente” também se enquadra na noção de “tutela específica”, como aquela que visa a obtenção do mesmo resultado que haveria se não fosse preciso o processo, e também contraposta à conversão em perdas e danos que, como visto, é relegada à excepcionalidade. Por isso, Eduardo Talamini entende que ambas as expressões podem ser identificadas com o “resultado específico” que se teria pelo cumprimento espontâneo do dever de fazer e não fazer³⁴.

Desta forma, analisando o artigo 461, deve-se ter em vista um sentido mais restrito para a chamada “tutela específica”. No artigo, a tutela específica consiste na busca do resultado final não mediante mecanismos substitutivos da conduta do demandado, mas através da própria conduta deste, e o resultado prático equivalente é alcançado através de terceiros. E assim, além do resultado alcançado, leva-se em conta também o meio de execução.

³¹ THEODORO JÚNIOR, *Tutela específica...*, p. 22

³² TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 35/36.

³³ *Ibid.*, p. 39.

³⁴ *Ibid.*, p. 232.

Marcelo Abelha Rodrigues expõe que “não pode ser olvidado que o resultado prático equivalente é forma de tutela específica em sentido lato, de modo que não seria lícito pensar que o resultado prático equivalente fosse distinto daquele obtido da tutela específica em sentido estrito, porque senão estaríamos diante de uma decisão *extra petita*, na medida em que o resultado obtido seria diverso do pleiteado”³⁵. E, no mesmo sentido, Marcelo Lima Guerra acredita não existir resultado prático equivalente ao da obrigação, que não seja seu equivalente pecuniário, que não consista na própria tutela específica³⁶.

Por todo o exposto, restou aqui demonstrada a necessidade de novos provimentos, tendo em vista a efetividade do processo, para uma tutela adequada e tempestiva. Desta forma, e imprescindível para o estudo da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, devem ser analisadas as espécies de provimentos existentes e meios de execução possibilitados pelo ordenamento. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “a preordenação da devida modalidade de sentença e dos adequados meios de execução é imprescindível para o surgimento da adequada tutela jurisdicional do direito”³⁷.

Também cabe aqui citar Sérgio Arenhart, para quem “o termo tutela é empregado como resposta do Estado, intimamente vinculado àquilo de que necessita o autor que tenha razão, envolvendo não apenas o direito de provocar a jurisdição, mas em especial o direito a uma adequada prestação jurisdicional, aí incluído o direito a um procedimento, a um provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material invocada pelo demandante”³⁸.

³⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.2. p. 231.

³⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 46.

³⁷ MARINONI, **Tutela específica...**, p. 65.

³⁸ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória...**, p. 47.

3 OS ESQUEMAS TRADICIONAIS DE PROCESSO: SUA INSUFICIÊNCIA

A doutrina tradicionalmente divide as ações e respectivas sentenças de conhecimento em três classes, baseadas nos efeitos, eficácias e conteúdo dos provimentos judiciais, quais sejam: declaratórias, constitutivas e condenatórias.

A sentença declaratória é aquela que declara a vontade da lei, limitando-se a afirmar a existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica ou a autenticidade e a falsidade de um documento. Desta forma, elimina as incertezas jurídicas das partes¹.

Segundo José Frederico Marques, pode-se definir a ação declaratória como “aquela em que se pede a incidência do direito objetivo sobre uma pretensão, para que se declare existente ou inexistente uma relação jurídica”, sendo positiva ou negativa, na medida em que declare referida existência ou inexistência². Também segundo Araken de Assis, ela “deseja tornar indiscutível, no presente e no futuro, graças à autoridade da coisa julgada, a existência ou a inexistência de relação jurídica, a autenticidade ou a falsidade de documento”³.

Importante o esclarecimento de Liebman, de que

Todas as sentenças que decidem o mérito de uma causa contêm também uma declaração sobre a relação jurídica deduzida em juízo, porque essa declaração é premissa necessária para qualquer outro provimento (condenatório ou constitutivo). A característica da ação declaratória é que ela conduz a uma sentença meramente declaratória, isto é, com a função específica e a única finalidade de declarar qual é a situação jurídica existente entre as partes⁴.

A sentença constitutiva além de possuir um conteúdo declaratório, também cria, extingue ou modifica uma relação jurídica. Segundo Liebman, “também na sentença constitutiva existe em primeiro lugar uma declaração, ou, mais precisamente, a declaração da existência das condições requeridas pela lei para que

¹ Dispõe o artigo 4º do Código de Processo Civil: “O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I- da existência ou da inexistência de relação jurídica; II- da autenticidade ou falsidade de documento”.

² MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II. p. 48/49.

³ ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 70.

⁴ LIEBMAN, Enríco Túllio. **Manual de direito processual civil** (tradução e notas de Cândido R. Dinamarco). Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 179.

possa ocorrer a modificação jurídica; e a ela acrescenta-se a decretação dessa mudança”⁵.

Por fim, a sentença condenatória tem duas funções concomitantes: a de apreciar e declarar o direito existente e a de preparar a execução, ou seja, autorizar o desenvolvimento de atividades práticas para a realização de tal direito. Desta forma, atribui ao vencedor um título executivo, podendo este recorrer ao processo de execução caso o vencido não cumpra a prestação a que foi condenado, autorizando, assim, a execução forçada. E, neste sentido, expõe Frederico Marques que “no processo condenatório, o juiz deve, primeiro, examinar o preceito primário da norma jurídica, e nisto há inteira semelhança entre a condenação e a simples declaração. Naquela, porém, há um *plus* resultante da aplicação da regra sancionadora. E com isso uma nova relação jurídica aparece: o direito do credor à execução forçada e a obrigação do devedor de a ela ser submetido”⁶.

Sérgio Arenhart afirma que referida classificação é pensada no plano estritamente jurídico, no mundo das normas, em que a atividade judicial não se projeta para o mundo concreto, sem ligação necessária e direta com a realidade física, e que a atuação concreta do provimento condenatório “é deixada para um novo processo - de execução - em que, aí sim, haverá invasão e agressão à esfera jurídica do requerido (agora ‘devedor’) para a realização do direito já afirmado”⁷.

Deve-se esclarecer que a classificação da sentença se faz pelo efeito principal do julgado, pela sua eficácia preponderante, pois na prática as sentenças podem possuir mais de uma eficácia⁸.

A exposta classificação trinária das sentenças guarda especial relação com os valores do Estado Liberal, já mencionados no início deste trabalho, assim como com os motivos que nortearam a formação da escola chiovendiana.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, referida escola, também chamada de sistemática, preocupou-se em erguer as bases de um direito processual completamente independente do direito material. Chiovenda construiu um conceito

⁵ Ibid., p. 189.

⁶ MARQUES, op.cit., p. 51.

⁷ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória**..., p. 58/59.

⁸ Pontes de Miranda sustentou a inexistência de ação ou sentença “pura”. Para ele, nenhuma ação teria somente uma eficácia e, assim, receberia o nome da eficácia que fosse preponderante. Cabe ressaltar que o autor chega a atribuir pesos (de 1 à 5) às eficácias das ações e, ainda, discorda da classificação trinária, como adiante se verá. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I. p.124).

de ação desvinculado do direito material, colocando-o no centro do seu sistema, e ao seu redor foi delineada uma classificação das sentenças fundada em critérios de ordem processual, tentando-se, desta forma, preservar a idéia de que o processo poderia viver independentemente das relações com o direito substancial⁹.

Conforme já mencionado, com o passar do tempo, demonstrou-se que o processo não pode ser compreendido à distância do direito material, exigindo-se a preocupação com a efetividade daquele e, portanto, neste mesmo sentido e como será demonstrado a seguir, entende-se que a classificação trinária das sentenças, pelo simples fato de ignorar as necessidades de direito material, não está de acordo com as tendências do direito processual.

O direito liberal não se preocupou com as formas de coerção, de participação da vontade do obrigado no adimplemento das obrigações infungíveis, exatamente como a já mencionada despreocupação com a garantia da tutela específica dos direitos, pois suficiente a tutela ressarcitória para manter em funcionamento os mecanismos do mercado. Enfim, com o fim de garantir a liberdade e a igualdade dos homens, projetou um sistema voltado para preservar a esfera jurídica privada da intervenção estatal, sem dúvida, refletindo referidas características no direito processual.

Marinoni acrescenta ainda a relação existente entre a classificação trinária das sentenças e o modelo de juiz adotado, despido de poder. Segundo o autor:

A desconfiança em relação aos juízes do antigo regime, já provocada pela venalidade e hereditariedade dos cargos públicos, e a necessidade de se manter o juiz sem poder criativo ou de *imperium*, para que ele não pudesse voltar a assumir as funções que antes da Revolução lhe eram deferidas e pôr em perigo o novo poder que se instalara, estão na base do art. 1.142 do Código de Napoleão, ou da idéia de incoercibilidade das obrigações. A necessidade de manter o juiz despido de poder, ou como ser inanimado que deveria apenas proferir as palavras que estivessem contidas no texto da lei, reflete-se sobre o direito processual civil quando se pensa na classificação trinária das sentenças e no denominado princípio da tipicidade dos meios executivos¹⁰.

Com a previsão de meios executivos típicos, deseja-se garantir a liberdade do réu, dando-lhe também segurança jurídica, e subordinar os poderes do juiz à iniciativa do credor. Retira-se do magistrado, portanto, o poder de tutelar

⁹ MARINONI, *Tutela específica...*, p. 33.

¹⁰ *Ibid.*, p.36.

adequadamente os direitos, deixando-lhe apenas a alternativa de conferir ao lesado o equivalente ao dano em dinheiro.

3.1 INSUFICIÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO APRESENTADA

As novas situações de direito material, especialmente as de conteúdo não-patrimonial, não podem ser adequadamente tuteladas através das sentenças da classificação trinária, cuja inefetividade tornou-se evidente.

Os provimentos declaratórios e constitutivos realmente foram criados somente para operar no plano jurídico, como acima analisado. Araken de Assis expõe que “quem só pleiteia declaração do juiz, e obtém êxito, dar-se-á por satisfeito, e cabalmente, desde o curso em julgado da sentença”, e também quanto a eficácia constitutiva, “não há nada para executar e o demandante se satisfaz plenamente tão só com o pronunciamento do juiz”¹¹.

Diferentemente, o provimento condenatório teria a função de operar alterações no mundo fático, mas, como foi concebido sob a mesma perspectiva das demais, mostra-se insuficiente para lidar com a realidade, com todas as espécies de interesses existentes. A estrutura condenação-execução foi projetada para a efetivação de um direito somente após a certeza de seu concreto reconhecimento.

Entende Sérgio Arenhart que

A perspectiva da ação de direito material, somada à dimensão processual da tutela jurisdicional adequada, enriquece a noção de tutela dos direitos, permitindo sua abordagem sob nova ótica, ainda pouco desenvolvida no direito processual atual brasileiro. Os influxos do direito material e, em especial, das reações que exige ele diante de cada espécie de agressão, e segundo a proteção de cada interesse específico, são absolutamente relevantes para a construção (e classificação) de tutelas jurisdicionais adequadas à realidade de cada situação carente de tutela. Nesse contexto, busca-se reconstruir a tradicional classificação dos provimentos jurisdicionais, de acordo com essas influências e segundo as exigências ditadas pelos fins do processo civil atual¹².

Segue afirmando o professor que a idéia tradicional de condenação sempre se mostrou insuficiente para lidar com qualquer espécie de prestação que não pudesse ser convertida em perdas e danos, por ser destituída de caráter impositivo, acomodando-se apenas às técnicas de execução por sub-rogação, e sendo

¹¹ ASSIS, op. cit., p. 70 e 73.

¹² ARENHART, *Perfis da tutela inibitória...*, p. 55/56.

completamente inadequada para o trato de direitos subjetivos que exijam a colaboração específica do devedor. O rito prescrito para a execução das obrigações de não fazer limita-se a gerenciar a obrigação correlata de “desfazer”, nada prevendo sobre uma forma de impor um não fazer, da mesma forma que a execução das obrigações de fazer somente consegue prestar tutela específica quando o “fazer” for fungível, já que nos demais casos a obrigação se converte em perdas e danos¹³.

Assim, a estrutura condenatória tradicional, como mera sub-rogação e ausente de ordens ao executado, é insuficiente para todas as situações carentes de tutela. Sua incomplitude é, desde o princípio, demonstrada pela necessidade de que seus atos materiais ocorram em outro processo, e fiquem adstritos à tipicidade dos meios deste, salvo adimplemento voluntário da parte condenada. Entende Ovídio Baptista que a ação condenatória “é uma categoria exclusivamente processual, concebida pelos processualistas, para legitimar a autonomia do processo de execução obrigacional”¹⁴.

O complemento da tutela, com a modificação no mundo dos fatos, só é obtido no processo seguinte, através de mecanismos de substituição da conduta do executado por atos da própria jurisdição, que, no modelo tradicional de condenação seguida de execução, são realizados por meios executivos rígidos, legalmente tipificados.

Marcelo Lima Guerra expõe que o estabelecimento de sanções e procedimentos rígidos teria como objetivo a eliminação do arbítrio judicial e a preservação da certeza e segurança jurídicas. No entanto, segundo o autor:

Não se pode mais ignorar a insuficiência dessa técnica legislativa, também no terreno da execução forçada, diante da impressionante rapidez com que surgem e se transformam as relações a serem disciplinadas pelo direito. Na realidade, constitui tarefa praticamente impossível para o legislador a de prever todas as particularidades dos direitos mercedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades¹⁵.

¹³ Ibid., p. 56.

¹⁴ SILVA, **Curso de processo...**, p. 185.

¹⁵ GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. In: **Processo de execução e assuntos afins**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.296-321.p. 306/307.

Entende Sérgio Arenhart que:

limitar os meios de 'tutela de prestação' apenas ao veículo condenatório é condenar ao ostracismo inúmeros interesses que são incapazes de ter forma adequada de proteção por essa via. Deveras, conforme já sublinhado, absolutamente inútil é tal espécie de provimento, que apenas exorta o devedor a cumprir uma obrigação, e que, acaso não espontaneamente adimplido, abre caminho a um novo processo, que tende a desaguar, geralmente, na conversão da prestação esperada em perdas e danos. Realmente incompatível com a efetividade que se busca dar à tutela de inúmeras modalidades de direito (...)¹⁶.

Se o que se pretendeu foi a proteção da liberdade e da dignidade do réu, deve-se ter em mente que, somente levando em conta seus interesses e convertendo a prestação em perdas e danos, está-se desrespeitando aos mesmos valores em relação ao autor ou até mesmo a um grande número de pessoas.

A sentença condenatória, correlacionada com a execução por sub-rogação mas sem a previsão de meios que possam atuar sobre a vontade do devedor convencendo-o a adimplir, não se presta, por exemplo, para impedir alguém de praticar um ilícito, sua repetição ou continuação, serve apenas para permitir a reparação de direito violado ou o cumprimento forçado de obrigação inadimplida, tendo apenas função repressiva e não preventiva.

Entende Luiz Guilherme Marinoni que as sentenças da classificação em análise,

Não tutelam de forma adequada os direitos que não podem ser violados, seja porque têm conteúdo não-patrimonial, seja porque, tendo natureza patrimonial, não podem ser adequadamente tutelados pela via ressarcitória. Pior do que isso, a classificação trinária, por sua inefetividade, permite a qualquer um expropriar direitos não-patrimoniais, como o direito à higidez do meio ambiente, transformando o direito em pecúnia. Na verdade, e por incrível que possa parecer, um sistema que trabalha exclusivamente com as três sentenças clássicas está dizendo que todos têm direito a lesar direitos desde que se disponham a pagar por eles!¹⁷

A inadequação da estrutura tradicional composta pelo binômio condenação e execução mostra-se com maior intensidade no âmbito dos deveres de fazer e de não fazer, e atinge grau absoluto perante estes últimos, nos quais não é possível que um terceiro se abstenha ou tolere em lugar do obrigado. Neste sentido, os mecanismos sub-rogatórios tradicionais previstos para a respectiva execução foram estabelecidos apenas para o desfazimento do resultado material da conduta indevida.

¹⁶ ARENHART, *Perfis da tutela inibitória...*, p. 83/84.

¹⁷ MARINONI, *Tutela específica...*, p. 39.

Na verdade, o dever de não fazer, de regra, só é integralmente tutelável através da prevenção, pois, se praticado o ato indevido, a violação estará cometida. A tutela preventiva também é incompatível com a estrutura condenatória - executiva tradicional, dentre outros motivos, por pressupor uma transgressão.

Portanto, o sistema classicamente pensado, como exposto, não consegue dar proteção adequada a uma ampla gama de interesses. E, assim, sob a ótica de direito material, deve-se pensar em novas espécies de tutela jurisdicional de direitos, que sejam adequadas para lidar com situações que possam imediatamente interferir na realidade, para as quais não basta apenas operar no plano normativo.

Tornou-se necessária a possibilidade de influência na vontade do demandado ou a substituição de sua atitude, e não apenas a conversão da obrigação em pecúnia, mas se elegendo como prioridade a tutela específica das obrigações. Verificou-se também ser indispensável uma forma de ação preventiva, e que seja possibilitada a antecipação de tutela.

3.2 A EXISTÊNCIA DE OUTROS PROVIMENTOS COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA.

Pontes de Miranda, defensor da chamada classificação quinária das ações, foi o teorizador das ações mandamentais e executivas no sistema jurídico brasileiro, incluindo-as no processo de conhecimento.

Ovídio Baptista da Silva defende também a existência destas duas categorias de ações, mas entende que ambas devem ser acomodadas no processo de execução¹⁸.

Desta forma, Eduardo Talamini, resguardando os provimentos declaratórios e constitutivos, apresenta em seu livro uma classificação para os provimentos que denomina “de repercussão física”, por imporem uma prestação de conduta pela parte sucumbente, e que, segundo o autor, antes eram indistintamente classificados como condenatórios:

(a) o provimento *condenatório* tem o condão de autorizar o emprego de mecanismos subrogatórios (de substituição da conduta do condenado pela de órgãos do Estado) em

¹⁸ SILVA, *Curso de Processo Civil...*, p.21.

processo subseqüente, com formas relativamente fixas, descritas na estrutura procedimental desse novo processo (“de execução” – Livro II do Código de Processo Civil);

(b) o provimento *executivo (lato sensu)* traz em sua parte dispositiva a determinação de *imediate atuação de meios sub-rogatórios*, independentemente de novo processo e sem a necessária submissão a um modelo procedimental rígido e preestabelecido;

(c) o provimento *mandamental*, em vez da predeterminação de formas substitutivas da conduta do destinatário do comando, dirige-lhe ordem cuja inobservância caracteriza desobediência à autoridade estatal e pode implicar adoção de *medidas coercitivas* (meios de pressão psicológica)¹⁹.

Ainda segundo Eduardo Talamini, a tutela propiciada pelos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* em regra depende apenas de um único processo, que reúne uma fase de conhecimento e outra de execução, e a efetivação do provimento, diferentemente da execução tradicional, se dá de forma menos rígida. Expõe que “Não existe um detalhado procedimento a ser seguido pelo juiz. Há razoável flexibilidade quanto às providências sub-rogatórias (no caso de provimento executivo) ou coercitivas (no caso do provimento mandamental) que poderão ser adotadas”²⁰.

Desta forma, o traço comum entre os dois provimentos seria a reunião de cognição e execução em um único processo, prescindindo da instauração de um novo processo de execução e da formação de uma nova relação processual²¹. Nas palavras de Nelson Rodrigues Netto, haveria um “procedimento *híbrido* ou *sincretico* (...), dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos”²².

Ovídio Baptista da Silva entende que

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. Efetivação Judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo da Defesa Econômica – CADE (Lei Federal n. 8.884/94). In: **Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante**. Coordenadores: Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1181- 1243. p. 1196.

²⁰ *Ibid.*, p. 1197.

²¹ Edson Ribas Malachini, ao comentar a respeito da eficácia mandamental preponderante de algumas das ações possessórias, expõe que a essência do ato judicial, neste casos, está no mandamento. Se a ordem não é cumprida, sobrevêm os meios de coerção e, segundo o autor, “isto já se dá num segundo momento (conquanto no mesmo processo!), como consequência do descumprimento. O conteúdo e a eficácia preponderante da sentença é o *mandamento*, que lhe traduz a *força*; nele ela se esgota; a eventual prisão da autoridade recalcitrante, ou outra sanção cabível, se insere na cadeia dos atos materiais consequentes à sentença, como a expedição do mandado que as antecede” (A eficácia preponderante das ações possessórias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, ano 18, p.13-30, jul./set. 1993. p. 20).

²² RODRIGUES NETTO, Nelson. Notas sobre as Tutelas Mandamental e Executiva Lato Sensu nas Leis 10.358/2001 e 10.444/2002. **Revista de Processo**, n. 110, ano 28, p. 196-224, abr./jun. 2003. p. 198.

O resultado tanto das ações executivas como das ações mandamentais é uma transformação da realidade. A distinção entre ambas, porém, é nítida: o ato executivo é originalmente ato privado que o juiz executa substituindo-se ao demandado; o que se ordena em virtude de uma sentença mandamental é ato essencialmente estatal que não poderia ser praticado originalmente entre particulares, fora ou antes do surgimento do Estado²³.

Marinoni acredita que “a intenção do legislador foi a de criar uma ação em que o conhecimento e a execução se misturam, e na qual é viável a tutela do direito independentemente do ajuizamento da ação de execução”.

Ada Pellegrini Grinover, perguntando qual seria a natureza jurídica da sentença que permite imediatas medidas executivas, sem necessidade de um processo *ex intervallo*, expõe que:

Não há resposta a essa indagação na visão tradicional, que classifica o processo de conhecimento, e as sentenças nele proferidas, em meramente declaratórias, condenatórias e constitutivas, uma vez que a sentença condenatória, por definição, demanda um processo de execução separado. Somente se poderia dizer que a sentença do art. 461, quando aplicadas as medidas sub-rogatórias previstas em seu §5º, é de natureza condenatória, mas atípica, pois os atos executórios são praticados no próprio processo de conhecimento. O que nada mais é do que reconhecer a existência de sentenças condenatórias imediatamente executivas ou, em outras palavras, de sentenças executivas *lato sensu*²⁴.

Fazendo uma síntese, Sérgio Arenhart expõe que

enquanto os provimentos condenatórios limitam-se a exortar alguém ao adimplemento, a tutela mandamental encaminha-se para a realização do direito, interferindo no intelecto do réu, para forçá-lo a cumprir a prestação (sob ameaça de uma sanção, em geral criminal). Já a tutela executiva adianta-se ainda mais, indo à entrega efetiva do interesse ao titular reconhecido judicialmente. Todas essas formas de tutela (exceção feita, talvez, ao provimento condenatório) destinam-se a atender a ações de direito material específicas, possuindo caracteres diversos e adaptados às peculiaridades do direito material em questão²⁵.

Diversas são as críticas feitas à constatação das referidas eficácias como categorias autônomas.

Para alguns, dentre eles José Frederico Marques²⁶, ao considerar a sentença mandamental como uma nova espécie, estar-se-ia utilizando critério distinto do das três categorias tradicionais, por não se fundar na natureza peculiar da

²³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 79.

²⁴ GRINOVER, Tutela Jurisdicional..., p. 71.

²⁵ ARENHART, *Perfis da tutela inibitória...*, p. 90.

²⁶ MARQUES, op. cit., p. 58.

prestação jurisdicional invocada, mas sim numa especial qualidade de destinatário da sentença (funcionário ou agente público).

Para outros, ambas estariam abrangidas pela sentença condenatória, apenas “com a particularidade de sua execução fazer-se na própria relação processual”, como expõe Cândido Dinamarco²⁷, ou “apenas o procedimento seria diferente e deveria ser arrolado entre os especiais, pelo fato de permitir que numa só relação processual se reúnam os atos do processo de conhecimento e os de execução”, como entende Humberto Theodoro Júnior²⁸.

Em resposta às críticas, Ovídio Baptista da Silva expõe que

Não se trata, portanto - (...) – de duas sentenças, uma condenatória e outra executiva, que se valham, por simples conveniência, do mesmo procedimento. A execução faz-se não no mesmo procedimento, e sim na mesma *relação processual*. É a relação processual de conhecimento que contém execução! Trata-se, segundo as próprias palavras do jurista, de uma sentença que, ao mesmo tempo, condena e executa.²⁹

Como também Eduardo Talamini afirma que

a classificação que acolhe as eficácias mandamental e executiva *lato sensu* toma por base exatamente o mesmo critério usado para a distinção dos três grupos de sentenças usualmente admitidos: conteúdo e eficácia. Não há, por fim, como coerentemente pretender introduzir as sentenças mandamental e executiva no âmbito das condenatórias e, ao mesmo tempo, persistir nas duas afirmações, tradicionalmente acolhidas de que: a) condenatória é a sentença que gera “título executivo”, enseja novo processo de execução; b) só há atividade executiva através de meios sub-rogatórios, e não mediante ordens conjugadas com meios coercitivos³⁰.

Acrescenta ainda que é crescente a adesão de processualistas brasileiros à classificação quinária, seja expressamente admitindo que ela é a mais adequada, seja mediante referência a provimentos “mandamentais” e “executivos”, sem qualquer ressalva quanto a alguma impropriedade terminológica. Segundo o autor, esta aceitação mostra-se com o acréscimo do inciso V ao artigo 14 do CPC, através da Lei 10.358/2001, prevendo o dever processual de “cumprir com exatidão os

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Ltda., 2002. p.112.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v 1. p. 468.

²⁹ SILVA, **Curso de Processo Civil...**, p.24.

³⁰ TALAMINI, **Tutela relativa aos deveres...**, p. 204.

provimentos mandamentais”, sancionando com multa, “sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis” (parágrafo único)³¹.

Kazuo Watanabe expõe que

Após perplexidade inicial e resistência causada pela influência da concepção predominante, a meditação e a análise a que procedemos sobre os fenômenos que ocorrem efetivamente na prática processual conduziram-nos, a final, à conclusão de que os provimentos mencionados são efetivamente distintos do provimento condenatório, pela própria natureza e também pela forma de sua atuação, e não apenas pelo momento processual em que o ato de atuação é efetivado (execução feita no próprio processo em que a cognição é estabelecida – executiva *lato sensu* e mandamental)³².

Também Ada Pellegrini Grinover defende que

o destinatário da sentença não é mais exclusivamente a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público (segundo o art. 5º, inc. LXIX da Constituição vigente), como ocorre no mandado de segurança, mas sim qualquer demandado, titular da obrigação de fazer e não fazer. O art. 84 do CDC e, agora, o art. 461 CPC demandam uma profunda revisão da crítica à existência da sentença mandamental, hoje realidade incorporada ao processo civil comum³³.

Entende Marinoni que “visto que a sentença condenatória é correlata a execução por sub-rogação, não há como enquadrar a sentença que se liga à multa dentro da classificação trinária (...) Na verdade, não é possível reunir sob o rótulo de ‘condenação’ provimentos que jamais tiveram alguma semelhança entre si”³⁴.

Cabe desde já afirmar que os provimentos ora anunciados são encontrados, dentre outros dispositivos, no artigo 461 do CPC, estudado de forma mais detalhada no capítulo seguinte. Referido dispositivo previu tais provimentos visando dar a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer ou não fazer, possuindo como prioridade, como já mencionado, a tutela específica de tais obrigações.

Segundo Nelson Rodrigues Netto, as ações visando a obtenção de provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* não eram desconhecidas do ordenamento processual, mas eram relegadas a “procedimentos especiais”, como o interdito proibitório e a ação de despejo. Segundo o autor, o grande mérito atribuído

³¹ Ibid. p. 208.

³² WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: **Reforma do Código de Processo Civil**. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 22.

³³ GRINOVER, Tutela jurisdicional...p. 73.

³⁴ MARINONI, Tutela específica...p.41.

ao artigo 461 do CPC “reside no fato de que referidas tutelas foram adotadas como norma geral para as pretensões fundadas em obrigações de fazer e não fazer”³⁵.

Ainda segundo o autor,

É oportuno recordar que o art. 461 é praticamente reprodução integral do art. 84 criado para o microssistema ou subsistema do Código de Defesa do Consumidor. Era inevitável, como veio realmente a acontecer, que a referida regra privilegiando a tutela específica fosse sendo gradativamente transplantada para outras leis esparsas (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 213; Lei Antitruste, art. 62) até atingir patamar de *norma geral* no sistema processual pátrio.³⁶

Assim, cabe ressaltar que igual previsão de referidos provimentos e medidas também é encontrada em diversas leis especiais como a Lei de Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste. Pode-se dizer que o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor é aplicado ao direito coletivo, enquanto o artigo 461 seria dirigido às demandas individuais. Tendo em vista seu caráter genérico, e também como forma de melhor e mais fácil desenvolvimento do trabalho, o artigo 461 será usado como parâmetro ao longo deste, para a análise dos provimentos e, em especial, das medidas por ele possibilitadas.

3.3 A AÇÃO MANDAMENTAL

Pontes de Miranda entende que:

Na sentença mandamental, o *ato* do juiz é junto, *imediatamente*, às palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito *imediato*. Não é *mediato*, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é *incluso*, como o ato do juiz na sentença constitutiva (...) Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o “mandado”. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o *ato* do juiz, fazendo, não o que deveria ser feito pelo juiz *como juiz*, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a *solução* final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, *forçando*.³⁷

As sentenças mandamentais contêm ordem para o réu, a ser atendida sob pena de se caracterizar afronta à autoridade estatal e, eventualmente, crime de

³⁵ RODRIGUES NETTO, op. cit., p. 199.

³⁶ Id.

³⁷ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 211.

desobediência. O provimento mandamental em regra está acompanhado de ameaça de imposição de alguma outra medida processual coercitiva, como a multa ou a prisão civil, além daquelas primordialmente postas como mecanismo de censura à desobediência, como as sanções penais ou administrativas. Isso tudo para compeli-lo a realizar a prestação exigida e, portanto, vai-se além de uma simples ameaça de invasão ao patrimônio do réu.

Assim, a ordem emitida pelo juiz é acompanhada de mecanismos coercitivos, passando a operar efeitos concretamente. O § 4º do artigo 461 autoriza expressamente a imposição de multa diária, até de ofício, para o caso de descumprimento do comando judicial contido na decisão. Trata-se de instrumento destinado a induzir o réu ao cumprimento, não tendo caráter ressarcitório nem compensatório.

Portanto, ela ordena, manda, não se limitando apenas a condenar. A coerção induz a conduta de seu destinatário e serve também para chancelar a autoridade estatal do ato que a veicula, pois a ordem é revestida desta autoridade. Ademais, e como já mencionado, a efetivação da ordem de regra ocorrerá no próprio processo em que foi proferida a sentença, e não em um subsequente.

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à tutela de direitos difusos ou coletivos, como disposto no artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, e o artigo 461 do Código de Processo Civil, aplicável à tutela de direitos individuais, permitem que o juiz ordene sob pena de multa na decisão final ou antecipatória

Nos termos do artigo 461, o provimento que concede a “tutela específica” veicula uma ordem para o demandado, uma direta determinação para que cumpra o fazer ou o não fazer, pois o que se quer é o resultado através da sua própria conduta.

O mandamento aqui contido é muito diferente da comunicação do preceito executivo estabelecida no procedimento “da execução das obrigações de fazer e não fazer” previsto nos artigos 632 a 645 do CPC. Nesta espécie de processo executivo, cita-se o devedor para que cumpra uma prestação. No entanto, se a prestação não for satisfeita, somente restará a via do cumprimento por terceiro às custas do devedor ou a indenização em perdas e danos. Ademais, o referido processo executivo não abrange as obrigações de não fazer, que são adequadamente tuteladas através da eficácia mandamental.

A tutela mandamental é sem dúvida imprescindível para a consecução da tutela específica, não sendo suficiente apenas a previsão de medidas subrogatórias, mesmo porque muitas vezes o resultado só se obtém com a própria conduta do réu, como nas obrigações de fazer personalíssimas e nas de não fazer, ou também pela excessiva onerosidade daqueles mecanismos.

Como adiante de demonstrará, a tutela mandamental serve para o cumprimento de obrigações de fazer fungíveis e também as infungíveis, bem como para as obrigações de não fazer.

Marinoni diferencia a sanção estabelecida na sentença mandamental e na condenatória, expondo que aquela estaria limitada a forçar o réu a adimplir, não garantindo a realização do direito independente de sua vontade. Já a sentença condenatória, conferiria ao autor um adimplemento que se realiza por força do binômio condenação-execução forçada, viabilizando a realização do direito independentemente da vontade do réu, não apenas limitando-se a tentativa de convencê-lo³⁸.

Portanto, o provimento mandamental não conduz, por si só, à realização do direito, e por tal motivo a execução é chamada de indireta. Não há aqui atividade executiva, como forma de sub-rogação. Ao contrário da sentença condenatória, que apenas abre a oportunidade para a execução, não executando nem mandando, a sentença mandamental manda que se execute mediante coerção indireta. Desta forma, ao ordenar sob pena de multa, utiliza a força do Estado, ao passo que a sentença condenatória apenas abre oportunidade para o uso desta força.

Segundo Marinoni, “só há mandamentalidade quando o juiz, na sentença, manda forçando; não há sentença mandamental quando o mandado destina-se apenas a servir de ‘meio de execução’ de uma sentença constitutiva (execução imprópria)”³⁹.

O maior exemplo de eficácia mandamental pode ser encontrado na sentença de procedência do mandado de segurança. Para alguns ela está presente também no *habeas corpus*, no provimento liminar, no interdito proibitório, na ação de manutenção de posse, na nunciação de obra nova, na decisão que obriga o pagamento de pensão alimentícia, sob pena de prisão, entre outras.

³⁸ MARINONI, *Tutela específica...*, p.42.

³⁹ *Ibid.*, p.45.

3.4 A AÇÃO EXECUTIVA

Além do provimento mandamental, o juiz poderá determinar, no próprio processo de conhecimento, o emprego de medidas materiais destinadas a obter, independentemente da vontade e colaboração do demandado, o mesmo resultado prático que o cumprimento voluntário geraria, o denominado “resultado prático equivalente”. Exatamente desta forma permite o artigo 461 do Código de Processo Civil, assim como o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, referido provimento, seja na sentença ou antecipadamente, é revestido de eficácia executiva *lato sensu*.

Assim, também se apresenta aqui outra espécie de provimento que não se confunde com o condenatório, e que se efetiva no próprio processo em que foi emitido, através de medidas sub-rogatórias.

Ao exemplificar a sentença que decreta o despejo como executiva, Kazuo Watanabe comenta sobre sua forte carga de executividade, não formando título executivo, como na condenatória, mas sendo executável no próprio processo em que foi proferida, até mesmo antecipadamente. Não sendo cumprido o comando judicial espontaneamente, os auxiliares do juízo efetivam os atos executórios e asseguram a efetiva desocupação do imóvel, “se necessário com emprego de força, inclusive arrombamento”. Portanto, o demandante não se limita a pedir que o juiz declare rescindido o contrato de locação e reconheça o direito de recobrar a posse da coisa locada para posterior execução. Argumenta o autor que isso sempre foi aceito sem qualquer questionamento mais expressivo, evidenciando que “estamos diante de um tipo de provimento judicial com o qual está familiarizado, há muito tempo, o nosso legislador processual”⁴⁰.

Opera-se a substituição da conduta do réu pela do próprio Estado, através de seus agentes, para a realização pronta do direito. Haveria, desta forma, coerção direta. Araken de Assis⁴¹ entende que por meio da execução direta atuam os meios

⁴⁰ WATANABE, op. cit., p. 23/24.

⁴¹ ASSIS, op. cit., p. 111.

“sub-rogatórios”, que são genericamente assim denominados os meios que abstraem a participação do executado⁴².

Entende Eduardo Talamini que

As sentenças condenatórias e executivas *lato sensu* ensejam “atuação executiva” – na acepção adotada pela doutrina dominante, de efetivação de uma sanção independentemente da participação do sancionado. Essa mesma doutrina vai além. Pretende restringir o conceito de sanção à adoção de medidas que prescindam da conduta do sancionado (medidas de sub-rogação ou sujeição) (...) Assim, há sub-rogação na execução monetária típica, em que penhora, expropriação e satisfação do credor constituem um *iter* do qual o devedor não participa. Há sub-rogação por ocasião do desapossamento da coisa devida e da sua entrega ao credor, sem participação do devedor. Igualmente, a realização da obra por terceiro, às custas do devedor, quando este não cumpre a obrigação, é exemplo típico de utilização de medida sub-rogatória⁴³.

As sentenças executivas e as condenatórias não possuem como objetivo maior a destinação de uma ordem para o réu, mas serão efetivadas através de medidas substitutivas da atuação do condenado. O inverso ocorre nas mandamentais, em que uma ordem é dirigida ao réu para que cumpra a obrigação ou a abstenção que lhe foi imposta, sob pena de sofrer consequências desfavoráveis, e que normalmente é acompanhada de meios coercitivos, de pressão psicológica, que incidem sobre o patrimônio e até mesmo sobre a pessoa do devedor.

Entende Sérgio Arenhart que “nos provimentos executivos *lato sensu*, o que importa realmente é a realização efetiva do direito, preponderando a atividade material sobre a intelectual. Se na ordem mandamental interessa o atuar sobre o intelecto do réu, impondo-lhe certa conduta, aqui isto se mostra desnecessário, já que o que concretamente importa é a satisfação real do interesse, mediante sua plena realização”⁴⁴. Apesar de tal diferença, o autor entende que os dois provimentos possam ser agrupados em uma só categoria: a das tutelas de prestação concreta, variando apenas o meio utilizado para se obter o resultado⁴⁵.

Eduardo Talamini ensina que “a simples junção, na mesma relação processual, da fase cognitiva com uma fase executiva operada nos moldes do Livro

⁴² Luiz Guilherme Marinoni não faz perfeita correlação entre meios sub-rogatórios e execução direta. Segundo o autor, quando a execução substitui a vontade da parte, há sub-rogação, e quando a atividade executiva não substitui a prestação devida, por ser esta inexistente, há coerção direta. (*Técnica processual...*, p. 132).

⁴³ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres...*, p. 192/193

⁴⁴ ARENHART, *Perfis da tutela inibitória...*, p. 89.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 99.

II do Código não basta para caracterizar o provimento principal proferido nesse processo como executivo *lato sensu*⁴⁶.

Segundo o autor, não seria esta a única diferença deste provimento em relação ao condenatório, que enseja atividade executiva em processo subsequente. Haveria diferença significativa entre as duas no tocante aos poderes dos sujeitos processuais. Na execução provocada pela condenação, o juiz submete-se a formas relativamente fixas descritas na estrutura procedimental do processo executivo, enquanto a atuação executiva *lato sensu* não se subordina a modelo rígido e preestabelecido. Segundo o autor, "não é casual o marcante contraste entre as pormenorizadas regras dos vários processos do livro II do Código e as fórmulas genéricas adotadas para disciplinar a execução de provimentos no próprio processo em que proferidos". Destaca-se ainda a possibilidade de oposição de embargos à efetivação do provimento condenatório, faculdade de que não pode se valer o executado quando atingido por medidas de execução⁴⁷.

A eficácia executiva é muito importante para a tutela dos direitos em que não basta o mero ressarcimento em caso de violação. Um ilícito continuado, por exemplo, deve ser removido rapidamente, não sendo possível aguardar a demorada ação de execução. Ademais, não haverá uma prestação a ser cumprida, não sendo cabível a execução, mas sim a prática de atos materiais para a remoção do ato declarado ilícito pela sentença.

São exemplos de ações que visam a sentença executiva o despejo, a reintegração de posse, a demarcação, a divisão, a reivindicatória, a busca e apreensão de bem fiduciariamente alienado, a nunciação de obra nova quanto ao efeito executório da demolição, a imissão de posse, dentre outras.

Eduardo Talamini expõe que, em alguns casos, há explícita indicação na norma das características que peculiarizam a eficácia preponderante executiva *lato sensu* ou mandamental, como o mandado de segurança, cujo nome já evidencia tratar-se de uma ordem; a nunciação de obra nova, cujas normas veiculam expressões como "impedir", "embargar", "mandar afinal" (art. 934 e ss.); a exibição de documento, o juiz "ordenará", e se não atendido, expedirá mandado de apreensão (art.362). Em outras hipóteses, o reconhecimento da força preponderante

⁴⁶ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres...*, p. 194.

⁴⁷ Id.

mandamental e executiva é facilitado pelas origens históricas da medida, como é o caso das ações possessórias, vinculadas aos antigos interditos. Por fim, há casos em que as próprias exigências de tutela, contidas na situação substancial para a qual a medida foi especificamente concebida, presta-se a indicar a presença da eficácia, como, por exemplo, não se poderia conceber o habeas corpus sem que revestido de ordem⁴⁸.

Por fim, deve-se destacar que os provimentos analisados sempre foram conhecidos pelo ordenamento processual, a diferença é que eram somente procedimentos especiais, como o interdito proibitório, cuja pretensão visa a uma tutela mandamental, e a ação de despejo, cuja satisfação do demandante, no plano dos fatos, se dá por meio de provimentos executivos, independentemente da atividade do demandado, após a cognição da ação, no mesmo processo e perante a mesma relação processual.

Cabe também citar as observações feitas por Kazuo Watanabe ao analisar a importância dos provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, e da conjugação deles com demais provimentos para a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer. Para o autor, não faltarão pessoas, certamente, que procurarão combater a ampliação dos poderes do juiz para a obtenção de tal tutela. Expõe que

Não se pode esquecer, porém, que o nosso sistema admite soluções tão ou mais draconianas para a tutela de direitos patrimoniais, como a ação de despejo, cuja sentença é executada inclusive com a remoção de pessoas, sejam adultas ou crianças, possuam ou não outro imóvel para habitação. E semelhante demanda é tradicional em nosso sistema e aceita por todos como a solução natural e de excelente efetividade. Por que, então, não aceitar que, para a tutela de direitos não patrimoniais, mais relevantes que os patrimoniais, quais os ligados aos direitos da coletividade à qualidade de vida ou aos direitos absolutos da personalidade (como os direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à liberdade, ao nome, à intimidade etc.), possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer?⁴⁹

Segundo o autor, com a remoção de pessoas certamente é atingida a liberdade das mesmas, mas esta é protegida enquanto estiver em conformidade com o direito. Ela é desconsiderada na ação de despejo para a tutela do direito patrimonial, e também será, se desconforme ao direito, na tutela das obrigações de fazer ou não fazer, enquanto for prática e juridicamente possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, admitindo-se a atuação do comando

⁴⁸ Ibid., p.209/210.

⁴⁹ WATANABE, op. cit., p. 45/46.

judicial através dos meios de atuação determinados pelo juiz e executados por seus auxiliares ou por terceiros, a não ser quando o resultado pretendido só puder ser atingido por ato do devedor (como acima visto). Portanto, o princípio da intangibilidade da liberdade pessoal deve ser contido nos devidos limites⁵⁰.

⁵⁰ Ibid., p. 46.

4 APLICAÇÃO DOS PROVIMENTOS E MEDIDAS ANALISADAS

4.1 O ARTIGO 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Constatou-se que, no âmbito das obrigações de fazer e não fazer, para possibilitar a tutela específica, ou seja, para dar ao titular do direito exatamente aquilo que ele obteria se tivesse ocorrido o adimplemento, seriam necessários diversos mecanismos, como a tutela preventiva, a antecipação da tutela, a emissão de ordens ao réu e ainda outras medidas que se mostrassem necessárias. A estrutura contida no Código de Processo Civil, compreendendo processo de conhecimento seguido de execução, não se mostrava suficiente.

Foi estabelecido o artigo 461 do CPC como uma nova via de tutela para as pretensões de fazer e não fazer, possibilitando-se de forma generalizada a tutela mandamental e executiva, bem como a efetivação das respectivas medidas dentro do próprio processo de conhecimento.

Entende Eduardo Talamini que

As medidas para a obtenção do cumprimento pelo próprio réu, a que o §5º alude, pressupõem eficácia mandamental. Nesse sentido, tal regra funciona como prova de que o provimento *ex art. 461 contém uma ordem* (sejam ou não adotadas, no caso concreto, medidas destinadas a efetivar tal ordem). A ordem, portanto, é da *essência dessa decisão* (...) não é algo que simplesmente possa vir a ser expedido pelo juiz como mera "medida de apoio" para a efetivação da decisão. Não é óbice ao reconhecimento da força mandamental a ausência, nas regras do art. 461, de explícita e textual afirmação dessa eficácia (...) os aspectos que permitem qualificar um provimento como mandamental vão além da mera letra da lei que o disciplina¹.

Ainda segundo o autor está presente também outra característica freqüente na eficácia mandamental, a imposição concreta da ordem ao demandado se opera no mesmo processo em que se concede a tutela.²

Comenta Marcelo Lima Guerra que

A recente reforma do CPC, francamente inspirada na efetividade do processo, não poderia deixar de mostrar-se sensível à insuficiência de meios adequados a proporcionar tutela executiva, através de meios sub-rogatórios, às obrigações de fazer e não-fazer. Essa insuficiência, própria de sistemas como é o brasileiro, regido pelo princípio da tipicidade dos meios executivos, revela-se uma lacuna grave e *intolerável*, na perspectiva do direito

¹ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 234.

² *Id.*

fundamental à tutela efetiva e da exigência, aí contida, por um sistema completo de tutela executiva. À luz da exigência de prestação efetiva de tutela executiva, como conteúdo de um *direito fundamental*, é que se pode dimensionar a importância da regra contida no §5º do art. 461 do CPC, introduzida com a mencionada reforma processual³.

O artigo 461 do Código de Processo Civil disciplinou instrumentos típicos e atípicos para a busca do resultado específico, contemplou os provimentos mandamentais e executivos, possibilitando ainda a prevenção e a antecipação de tutela. Desta forma, todos estes elementos previstos têm a finalidade de estabelecer uma tutela integral, adequada e específica dos deveres de fazer e de não fazer.

O §5º do artigo 461 procura dar todos os meios possíveis para que o autor possa obter o mesmo resultado que teria caso a utilização do processo fosse desnecessária pelo cumprimento voluntário da obrigação, ou seja, a tutela específica, e assim o faz conferindo ao juiz poderes para fixar os meios executivos mais adequados aos direitos a serem tutelados, como adiante se verá. Para o ilustre e citado autor, referido dispositivo legal “funciona como verdadeira *norma de encerramento* do sistema de tutela executiva, da mesma maneira que o é, com relação à tutela cautelar, o art. 789 do CPC”⁴.

Kazuo Watanabe defende que o §5º do artigo 461 não apenas enumerou exemplos de “medidas de apoio” para a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, mas também procurou “deixar explícito que novos tipos de procedimentos jurisdicionais estão sendo adotados, além do provimento condenatório com a feição e o alcance admitidos pela concepção tradicional, e que para sua atuação o juiz fica com poderes ampliados, a serem exercidos com equilíbrio, ponderação e perfeita adequação ao caso concreto”. Complementa ainda o autor que semelhante conclusão não se extrai somente do §5º, mas também de todo teor do artigo, “considerados principalmente o disposto em seu *caput* e sua conjugação com o real alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que assegura, conforme acima anotado, tutela adequada, efetiva e tempestiva de direitos”⁵.

³ GUERRA, Inovações na execução..., p. 312/313.

⁴ Ibid., p. 313.

⁵ WATANABE, op. cit., p. 21.

4.2 AS “MEDIDAS NECESSÁRIAS”.

Dispõe o § 5º do artigo 461:

“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” (redação conforme Lei 10.444/2002).

Desta forma, referida norma autoriza o emprego de medidas sub-rogatórias da conduta do demandado, para a obtenção do resultado prático equivalente, e de mecanismos de coerção, destinados a acompanhar a ordem dirigida ao réu, para que ele cumpra o “fazer” ou o “não fazer”, ambas inclusive antecipadamente, de acordo com o §3º do mesmo artigo.

Marcelo Lima Guerra expõe que

qualquer que seja o direito a ser satisfeito, as partes envolvidas etc., os meios executivos, isto é, o conjunto de providências jurisdicionais adotadas para prestar a tutela executiva, ou são meios sub-rogatórios ou coercitivos. Diz-se, assim, que a execução forçada, segundo o critério do meio executivo empregado, ou é *direta*, quando se vale de medidas executivas sub-rogatórias, ou é *indireta*, quando se vale de medidas executivas de coerção⁶.

Não só a multa, prevista especificamente no § 4º do referido artigo é exemplo de meio de coerção, até mesmo porque ela pode se mostrar insuficiente ou inadequada por diferentes razões, envolvendo muitas vezes a capacidade econômica e financeira do réu, a possibilidade de resistência ou até a vantagem com o descumprimento, devendo-se, com isso, ou porque desde o início se mostrem mais adequadas, recorrer a outras formas de pressão. Pode-se citar, como exemplo, a divulgação diária em veículo de comunicação de nota emitida pelo juiz, informando que o réu está descumprindo ordem judicial.

Sérgio Arenhart entende ser possível a interdição de direitos como forma de coerção, a exemplo da vedação de contratação com o poder público, ou da cassação de licença especial, podendo ser usados desde que não violem garantia constitucional absoluta, e que a legislação brasileira contém várias previsões de

⁶ GUERRA, Inovações na..., p. 304.

medidas coercitivas, como as arroladas no artigo 24 da lei 8.884/94⁷. Prevê este artigo a inscrição em cadastro específico, a cisão de empresas, a retirada de vantagens tributárias, entre outras.

São inúmeras as medidas sub-rogatórias possíveis de serem aplicadas, como adiante se verá, e é a elas que se dará maior destaque no presente estudo. Cabe apenas mencionar que não se está tratando aqui da sub-rogação comum, que é a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos, mas sim da sub-rogação propiciadora do resultado específico da obrigação de fazer e não fazer.

Os meios coercitivos e sub-rogatórios autorizados pelo §5º do artigo 461 recebem a denominação pela doutrina de “medidas necessárias”, retirada tal expressão do próprio dispositivo. Alguns ainda as chamam de “medidas de apoio”.

Referidas “medidas necessárias” serão adotadas pelo juiz no próprio processo em que se proferiu o provimento concessivo da tutela antecipatória ou final. Esse já era o entendimento que vinha sendo dado ao §5º do artigo 461, e que a nova redação dada ao artigo 644 do CPC pela Lei 10.444/2002 só veio a confirmar⁸.

Entende Eduardo Talamini que as medidas autorizadas pelo dispositivo destinam-se à própria realização da tutela pretendida. E, assim,

São mecanismos ‘para a efetivação’ do resultado específico (com ou sem colaboração do réu) – e não meras medidas conservativas. Deve ser adequadamente compreendida a expressão ‘medidas de apoio’ que a doutrina tem empregado para designar as providências em exame. A rigor, são medidas tendencialmente satisfativas. São de ‘apoio’ no sentido de que, obviamente, não constituem em si mesmas a tutela, mas servem de instrumento para a produção do resultado pretendido⁹.

Neste sentido, Cândido Dinamarco utiliza a expressão “medidas de apoio”, expondo que são medidas que devem ser prudentemente desencadeadas pelo juiz em casos tão extremos quanto a gravidade de cada uma. Entende o jurista que:

Estas não são medidas de antecipação de tutela, mas de resguardo à eficácia das decisões judiciais. Aplicam-se tanto para a efetivação da tutela concedida em caráter definitivo (sentença, acórdão) como em antecipação (art. 461, §3º). A irreversibilidade da situação a ser criada pela imposição dessas medidas deverá servir de freio à sua concessão, pela reiterada razão de que o processo não pode ser visto somente pelo lado do interesse do

⁷ ARENHART, **Perfis da tutela...**, p. 384.

⁸ Art. 644. “A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo”.

⁹ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 270.

autor como se fosse instrumento criado pela lei para o seu conforto e desfrute. É necessário dar equilíbrio à situação de ambos os litigantes no processo, dimensionando riscos de modo adequado¹⁰.

4.2.1 Possibilidade de Emprego de Medidas Atípicas

As denominadas “medidas necessárias” previstas no parágrafo 5º do artigo 461 são meramente exemplificativas, podendo o juiz determinar outras, desde que de acordo com os princípios da efetividade e da necessidade. A expressão “tais como” contida no dispositivo, por si só, já demonstra este caráter não exaustivo.

Para a escolha, segundo Kazuo Watanabe, o juiz usará do poder discricionário que a lei lhe concede, mas este poder não se confunde com a adoção arbitrária de qualquer medida, e sim as adequadas e necessárias à tutela específica da obrigação ou à obtenção do resultado prático equivalente¹¹.

Assim, tendo em vista a prestação da melhor tutela jurisdicional possível, o juiz não fica vinculado à medida que eventualmente o autor pleiteie, até mesmo porque pode adotá-las de ofício, conforme dispõe o *caput* do artigo 461. Mas também não possui poder ilimitado, afastando-se, por exemplo, a adoção de qualquer medida que o ordenamento vede.

Eduardo Talamini afirma que:

Mesmo no universo de medidas em tese admissíveis, terão de ser considerados os princípios gerais da proporcionalidade e razoabilidade, que norteiam toda a atuação estatal. As providências adotadas devem guardar relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário. O art. 620 nada mais é do que expressão dessas diretrizes no processo executivo. Daí que a formulação contida nessa norma é por igual aplicável no processo do art. 461 – não propriamente “por analogia”, mas pela direta incidência daqueles princípios¹².

Tende a ser delicada a adoção das medidas coercitivas mediante os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por ser da essência do mecanismo coercitivo uma certa desproporção entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado. Para esta medida ser eficaz deve-se impor algum sacrifício ao réu, sob certo aspecto, maior do que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe. Portanto, ao mesmo tempo em que se deve respeitar a razoabilidade e a

¹⁰ DINAMARCO, A reforma..., p. 160

¹¹ WATANABE, op. cit., p. 45

¹² TALAMINI, Tutela relativa..., p. 270.

proporcionalidade, deve-se fazer da medida de coerção uma verdadeira ameaça ao réu, capaz de fazê-lo desistir da intenção de transgredir.

Como exemplo, podem ser citadas as decisões do STF que consideraram inconstitucionais a adoção de medidas coercitivas indiretas para o pagamento de tributos, entendimentos previstos nas Súmulas 70, 323 e 547¹³.

O problema estaria na incompatibilidade com o fim visado pela medida, pois se pretendia impedir a atividade profissional ou empresarial do contribuinte em débito e, assim, com tal imposição estar-se-ia afastando ainda mais a possibilidade de cumprimento do visado pagamento. Ademais, não seria justificável a restrição de um direito constitucional ao exercício da profissão ou atividade econômica apenas para satisfazer uma cobrança patrimonial, acarretando um desequilíbrio qualitativo, pois o valor jurídico visado pela medida coercitiva teria menor relevância do que aqueles afrontados.

Portanto, para a adoção de medidas coercitivas atípicas deve-se ter em vista que não se pode inviabilizar o cumprimento, pelo réu, do dever de fazer e de não fazer, mesmo porque o objetivo visado com as mesmas é justamente o contrário, assim como não se prestam tais medidas a servirem como forma de penalidade. Como exemplo, pode-se citar a impossibilidade de suspensão da licença de um construtor inadimplente na finalização da obra ou de suspensão do registro do inadimplente por meio de seu Conselho Profissional. Também não pode a medida sacrificar bem jurídico substancialmente mais relevante do que o bem protegido, como no exemplo já visto.

Talamini entende que:

Na maioria dos casos, seria desproporcional e desarrazoada a ameaça de fechamento de uma empresa (com todas as graves consequências sociais), caso ela não cumprisse ordem judicial de prestação de serviço contratualmente assumido dentro de determinado prazo. No entanto, semelhante expediente, tal como o lacre do maquinário, poderia tornar-se eventualmente justificável, caso o interesse tutelado pela providência diga respeito ao meio ambiente ou à saúde pública. (Note-se que, neste exemplo, a medida tende a assumir caráter dúplice – funcionando como instrumento de coerção e também como providência sub-rogatória, quando servir, por exemplo, para sustar a continuidade do resultado danoso ao meio ambiente ou à saúde pública).

¹³ Súmula 70: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo”. Súmula 323: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. Súmula 547: “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

A proporcionalidade e a razoabilidade, bem como o menor sacrifício do réu devem ser observados também na aplicação das medidas sub-rogatórias. Antes da adoção de qualquer delas, deve o juiz ouvir as partes, a não ser nos casos em que seja necessária urgência para a efetivação do provimento antecipado. Além do réu, importante a possibilidade do contraditório prévio também para o autor, que pode ter sugerido medida diferente da apresentada pelo magistrado.

Deve ser fundamentada a decisão que define tais medidas, em especial as atípicas. Poderá haver recurso por ambas as partes.

4.2.2 A Escolha das Medidas e dos Efeitos

A escolha entre a “tutela específica” e o “resultado prático equivalente” deve ser feita no caso concreto, tendo em vista os valores neste envolvidos e de acordo com os princípios da proporcionalidade, da máxima efetividade jurisdicional e do menor sacrifício ao réu, conforme artigo 620 do CPC. Não existe hierarquia prévia entre coerção e sub-rogação, não haveria motivos para imaginar que uma seja excepcional, só aplicável quando não cabível outra¹⁴.

E assim, a providência adotada deverá guardar relação de adequação, utilidade e proporcionalidade com o fim perseguido, não acarretando na esfera jurídica do réu maior sacrifício do que o necessário. Como visto, não deverá o juiz se restringir à medida pleiteada pelo autor, poderá escolhê-la de acordo com os princípios expostos, tendo em vista a máxima efetividade do direito.

Nesse sentido, afirma Marcelo Lima Guerra que:

sendo a obrigação de fazer *fungível*, não é possível pré-determinar se prestação da respectiva tutela executiva dar-se-á, de maneira mais eficaz, através de medidas coercitivas ou sub-rogatórias. A opção entre uma ou outras das modalidades – ou mesmo a utilização conjunta de ambas as espécies de medidas – só pode ser determinada através de um *juízo de proporcionalidade* que leve em consideração as *circunstâncias concretas de cada caso*¹⁵.

Como também sustenta Talamini: “As eficácias mandamental e executiva estarão presentes no provimento antecipatório e final ex art. 461. No entanto, o

¹⁴ Cabe ressaltar que alguns autores defendem uma predeterminação entre as medidas. Marcelo Abelha Rodrigues entende que a preferência do legislador (que poderia ser alterada por opção do autor) seria pela tutela específica e, se esta não fosse possível, tentar-se-ia obter o resultado prático equivalente (Op. cit., p. 231).

¹⁵ GUERRA, Inovações na..., p. 305.

efetivo emprego de cada uma dessas eficácias – a transformação da *eficácia* (potencialidade de produção de efeitos) em *efeitos* – dependerá das circunstâncias concretas”¹⁶.

Em algumas circunstâncias, já se sabe de início qual o mecanismo certo a ser escolhido. Só poderão ser adotadas medidas de coerção para os deveres infungíveis, pois a obtenção do resultado prático equivalente seria materialmente impossível. Também deve ser adotado mecanismo de sub-rogação quando for este o modo mais fácil, imediato e direto do resultado que se almeja, caracterizando ofensa aos princípios acima citados a adoção de meio de coerção existindo medida sub-rogatória capaz de alcançar o resultado de forma mais rápida e barata. E o entendimento inverso também é verdadeiro, desde que se mostrem mais adequados, deverão ser empregados primeiramente mecanismos de coerção.

Os mecanismos sub-rogatórios e coercitivos poderão até mesmo ser adotados simultaneamente. E deverão ser desta forma adotados sempre que viável, em razão da absoluta preferência pelo resultado específico. Marcelo Abelha Rodrigues comenta que “Nada impede (ao contrário recomenda-se) que todos os meios (§§ 3º, 4º, e 5º do art. 461 do CPC) sejam utilizados ao mesmo tempo para a obtenção da efetivação da tutela específica”¹⁷.

Pode ainda haver o complemento ou troca entre tais mecanismos, quando, por exemplo, de início somente um foi empregado e, mostrando-se insuficiente, adota-se outro em seu lugar ou simultaneamente. Portanto, é possível a redefinição das medidas escolhidas, mesmo que em sentença, não existindo ofensa à coisa julgada.

Essas constatações permitem verificar a exata dimensão da atenuação que sofre o princípio da congruência entre o pedido e o provimento concessivo da tutela. O pedido do autor é vinculante para o juiz – e, nesse ponto, vigora o princípio da congruência -, no que tange à tutela mediata: a obtenção do resultado específico. A flexibilidade instaurada pelo regime ex 461 concerne aos mecanismos da tutela imediata (a eficácia do provimento – mandamental executiva *lato sensu*; os instrumentos de realização concreta de tais eficácias)¹⁸.

¹⁶ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 284

¹⁷ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 232.

¹⁸ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 287

4.2.2.1 Deveres fungíveis e infungíveis.

Será viável a adoção tanto de mecanismos de coerção como de mecanismos de sub-rogação quando o dever de fazer for fungível, isto é, quando puder ser executado por terceiro, pois importa o resultado prático a ser obtido e não a pessoa do demandado.

Assim, ambas as providências aplicam-se aos deveres fungíveis, não existindo a plena preferência pelos mecanismos sub-rogatórios, até mesmo porque, por vezes, estes são acompanhados de dificuldades práticas, como o alto custo e a demora.

No entanto, a infungibilidade do dever afasta a possibilidade de consecução do resultado específico sem a participação do réu, ou seja, da busca pelo “resultado prático equivalente”.

Infungível, considerado objetivamente, é o dever que só pode ser cumprido pela própria pessoa escolhida, e não poderia ser a ele equiparado se cumprido por terceiro, levando-se em conta diferentes critérios, dentre eles, econômicos, culturais, artísticos, podendo ser citada como exemplo a obrigação de pintar um quadro por um pintor escolhido devido ao seu especial talento, ou ainda por ter sido estabelecido contratualmente o dever exclusivamente atribuído a determinada pessoa.

Assim, para os deveres infungíveis não cabem medidas sub-rogatórias, somente provimentos mandamentais, pois a prestação é personalíssima, somente podendo ser cumprida pelo obrigado. Interessa apenas o ato deste e, desta forma, não somente o resultado, mas também a pessoa do obrigado.

Marinoni entende que

Não se encontra, nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, nenhuma restrição ao uso da técnica mandamental. Entretanto, se não é possível negar o seu uso diante das obrigações infungíveis, notadamente daquelas que são fundamentais para a tutela de um direito de conteúdo não patrimonial, há que se ter cautela quando da sua utilização em relação a obrigações de conteúdo artístico, ou a obrigações que exijam do devedor algo que não é só pessoal, mas que também não é passível de controle por ele próprio, como a inspiração para cantar ou pintar um quadro. Na verdade, o devedor de uma obrigação deste porte pode invocar indisposição momentânea para se furtar não só à responsabilidade pelo inadimplemento como também à própria tutela específica¹⁹.

¹⁹ MARINONI, *Tutela específica...*, p. 72/73.

A infungibilidade é apenas aparente quando o que realmente importa é o resultado prático equivalente ao ato, que pode ser produzido por terceiro, e não o ato em si, que deveria ser praticado pelo obrigado. Aí seria possível o emprego de medidas sub-rogatórias. Exemplo disso é a obrigação de prestar declaração de vontade que, segundo Marcelo Abelha Rodrigues, “embora seja originalmente infungível, não o é sob o ponto de vista jurídico, vez que a sentença emitida constitui a situação jurídica final que deveria ter sido oferecida ao credor por ato do obrigado e não o foi (arts. 639 e 641 do CPC)”²⁰.

Cabe aqui ressaltar ainda que os deveres de não fazer são considerados infungíveis²¹. O resultado a ser obtido com uma abstenção ou tolerância só será conseguido por uma atitude negativa da própria pessoa e não de terceiro.

Diferentemente entende Eduardo Talamini:

Quanto aos deveres de não fazer, nem sequer se põem limites éticos-jurídicos à imposição direta de meios de sujeição (“sub-rogatórios”). Seria contra-senso afirmar que existe um tal limite que impeça o Estado de, sendo possível, impedir que o sujeito mate, viole direitos da personalidade, ofenda posse alheia. Daí não se negar a possibilidade de que se imponha a observância de deveres de não fazer, diretamente e mediante providências materiais (e não por meio de pressão psicológica), mesmo contra a vontade do sujeito passivo²².

Neste sentido também entende Luiz Guilherme Marinoni, para o qual “Na hipótese de obrigação de não-fazer, será possível, embora em casos raros, o uso da coerção direta”.²³

4.3 O “RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE”: as medidas sub-rogatórias

Cândido Dinamarco entende que, para dar solução à dificuldade de se chegar de modo completo e exauriente ao ideal de perfeita substituição do adimplemento pelas atividades jurisdicionais, possibilitou-se ao juiz ditar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento”.

Segundo o autor:

²⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 229.

²¹ Para alguns autores, esta afirmação deve ser entendida com cautela, uma vez que os comandos negativos geralmente podem ser substituídos por positivos, ou seja, na obrigação de repor o estado anterior. Dentre eles Ada Pellegrini Grinover (Tutela Jurisdicional..., p. 67).

²² TALAMINI, Tutela relativa..., p. 35.

²³ MARINONI, Técnica processual..., p. 399.

Não se trata de criar ou determinar a criação de uma *situação final* diferente daquela que desde antes já constituía o objeto da obrigação de fazer ou de não-fazer: determinar em sentença um resultado que não estava na obrigação significaria obrigar o réu fora dos limites da lei e do contrato (Const., art. 5º, inc. II), além de, provavelmente, transgredir os limites do objeto do processo (CPC, arts. 128 e 460). Ao determinar essas *providências* o juiz deve ater-se rigorosamente aos limites do pedido feito pelo autor na inicial, sempre tendo em mira o *resultado final* a que ele tinha direito. Essas *providências* destinam-se sempre à obtenção de tal resultado, e sempre dele apenas, sob pena da dupla ilegalidade acima denunciada (processual e substancial)²⁴.

Como visto, as medidas sub-rogatórias são mecanismos de cumprimento da ordem judicial que dispensam a colaboração do réu, sendo atribuída sua realização a terceiro de tarefa que o réu se obrigara a fazer e não o fez, e que possibilitará exatamente o resultado idêntico ao cumprimento originariamente previsto.

O direito anglo-americano serve de inspiração para essas figuras. Especialmente nos Estados Unidos há a entrega de determinadas tarefas à terceiros, que operam na qualidade de *officers of the Court*, figuras estas analisadas no último capítulo do presente trabalho.

Mesmo se tendo visto que não há preferência nem hierarquia entre os meios de coerção e as medidas sub-rogatórias, pode-se reconhecer que estas sejam o caminho mais efetivo e rápido para a tutela de alguns interesses, dentre outros fatores por não haver a necessidade de se estimular a vontade do demandado, ou também por gerar menos prejuízo a este, pois, quando comparado com a coerção, pode representar medida menos agressiva à sua esfera jurídica.

Importante, em certos casos, a busca do resultado específico através de medidas sub-rogatórias quando a multa, ou qualquer sanção pecuniária, não consiga coagir o réu, que, por exemplo, pode ser fornecedor de produtos e serviços e acabar repassando o preço a estes.

Muitas podem ser as formas e as oportunidades de aplicação das medidas sub-rogatórias, dependendo da criatividade daquele que pede ou do juiz, claro que dentro dos princípios já citados e dos limites da lei.

Dentre elas, pode-se citar como exemplo: a interdição de uma fábrica que está poluindo o meio ambiente, que é efetivada por oficial de justiça com o auxílio de força policial, ou por estar construída em local proibido por lei; o desfazimento por terceiro de obra que não poderia ter sido feita; a busca e apreensão de produtos à

²⁴ DINAMARCO, A reforma..., p. 155/156.

venda em desacordo com a lei, seja porque nocivos à saúde do consumidor, ou pelo uso indevido de marca de outrem, ou ainda pela violação de direito à invenção; o lacre de equipamento poluente, diante da inércia do réu em instalar filtros; ou a retirada de cartazes publicitários que configuram concorrência desleal. Todos os casos citados referem-se a ações continuadas.

Mas também é possível o emprego das medidas em análise para impedir a prática ou a repetição de uma violação de caráter instantâneo, como a nomeação de administrador para evitar que a empresa ré, em sua próxima atividade, descumpra norma destinada a evitar dano ambiental, ou a designação de oficial de justiça, auxiliado por força policial, para impedir que o réu viole um direito ou um contrato. Portanto, é possível uma tutela executiva de forma preventiva.

Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar da coerção direta, ensina que “uma vez que a tutela que atua antes da prática da violação, da norma ou do contrato pode pôr em risco o direito de liberdade, o uso da coerção direta, neste caso, deve ser visto com muita cautela”. Segundo o autor, o mesmo cuidado não precisa ser tomado no caso de ilícito continuado: “nesta hipótese, estando o ilícito positivado, não há por que temer o uso da coerção direta para eliminar a situação de ilicitude”²⁵.

O uso da coerção direta de forma preventiva mostra-se adequada quando se percebe que o réu não irá se quedar diante da ameaça, ou quando o demandado não possui patrimônio e, com isso, a multa seria inócua. Deverá ser imposta de modo a causar o menor prejuízo ao demandado, utilizando-se aqui também como embasamento o artigo 620 do CPC.

Assim, referida prevenção poderá ser usada para evitar uma ação ou para impedir uma omissão, podendo-se fazer necessária a antecipação da tutela, pois em alguns casos somente com ela se poderá alcançar o resultado desejado, não sendo possível esperar o tempo necessário da prolação da sentença.

Pode-se ainda buscar o “resultado prático equivalente” não só por um ilícito, mas também pelo descumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer decorrente de um contrato, ou quando se teme a violação da obrigação ou a reiteração desta violação, ainda que em casos raros. Sendo possível o cumprimento de uma obrigação inadimplida quando ainda for interesse do credor.

²⁵ MARINONI, *Tutela específica...*, p.78.

Há a probabilidade do inadimplemento, por exemplo, quando uma rede de televisão obrigou-se a não veicular os jogos de um campeonato, podendo-se determinar que um oficial de justiça proíba a entrada dos funcionários e equipamentos da rede que pretende não cumprir o pactuado. Também quando há a probabilidade de reiteração do inadimplemento, pode-se nomear um administrador para que se consiga cumprir a obrigação.

Cabe ainda ressaltar que a realização do resultado prático equivalente, na maioria das vezes, não se faz de modo instantâneo, mas mediante atividade complexa, que depende de atos preparatórios. Enquanto a respectiva efetivação não tiver chegado ao fim, nem a um estágio em que seria desproporcional a sua cessação, pode o réu realizar o cumprimento, mas terá que arcar com todas as conseqüências advindas do atraso e com os custos despedidos com os meios sub-rogatórios.

Mas quando além da atividade ser contínua o resultado também o é, pode o réu a qualquer tempo passar a cumprir, tornando-se desnecessárias as medidas que substituíam a conduta.

4.3.1 Medidas Sub-rogatórias Previstas no Dispositivo

O artigo 461 do CPC enumera a multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva e ainda possibilita a requisição de força policial se necessária.

A busca e apreensão é exemplo de mecanismo de sub-rogação. No direito inglês, o seqüestro, como sanção ao *civil contempt of court*, tem caráter coercitivo, ele dura até o cumprimento da decisão desrespeitada. Mas em nosso sistema tal entendimento não é possível, pois a apreensão de um bem alheio àqueles diretamente relevantes ao resultado específico poderia caracterizar ofensa ao devido processo legal.

Talamini observa que o réu pode estar na posse de um bem corpóreo que seja instrumento necessário para o desenvolvimento de meios sub-rogatórios destinados à consecução do fazer, como exemplo equipamentos que só ele possui ou projetos. Ou também o bem pode ser resultado do próprio resultado material do

cumprimento do dever de fazer, como um móvel não finalizado, que o artesão se obrigou a construir, ou medicamentos a serem fornecidos pelo Estado, no cumprimento de seu dever de prestar assistência à saúde. Não se usará o procedimento de execução para entrega de coisa, mas sim, no próprio curso do processo, a busca e apreensão prevista no § 5º do artigo 461²⁶.

Tal diferença é irrelevante atualmente com a disposição do artigo 461-A, no qual o regime de efetivação dos deveres de entrega de coisa é equiparável ao artigo 461. Mas antes era necessário o emprego do procedimento previsto nos artigos 621 e seguintes para a execução de entrega de coisa.

A remoção de coisas não é destinada a tomada física de um bem corpóreo que é componente da produção do resultado específico, mas sim para a retirada forçada de algo que é obstáculo para a produção deste resultado, ou seja, impede o credor de exercitar seu direito. Pode ser citada, como exemplo, a retirada de placa que afeta indevidamente a fachada de prédio histórico, de um equipamento poluente, de painéis publicitários ofensivos a regras legais ou contratuais de concorrência, dentre outros.

Da mesma forma há a previsão de remoção de pessoas, que não é figura inédita em nosso sistema, pela existência, por exemplo, do despejo e da reintegração de posse, mas estas estão ligadas estão vinculadas à entrega do imóvel, como também a imissão de posse, para bens móveis ou imóveis. Pode-se dar como exemplo a remoção de grevistas que se recusam a deixar o recinto de trabalho, ou no empreiteiro que não retira seu pessoal da obra cuja continuidade foi adjudicada a outrem.

Entende Eduardo Talamini que

Outro é o papel da remoção de pessoas na tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. Destina-se, sobretudo, a conseguir o “resultado prático equivalente” de deveres que dependam de uma abstenção física. É, assim, uma “medida repressiva direta”, que pressupõe significativa carga mandamental no provimento. Tome-se como exemplo a tutela jurisdicional pleiteada pela administração de um hospital para impedir ou dissolver manifestação pública a realizar-se em logradouro ao lado do estabelecimento médico²⁷.

²⁶ TALAMINI, Tutela relativa..., p.273.

²⁷ Id.

O desfazimento de obras é destinado a eliminar os resultados materiais de uma atividade indevida. Não se submeterá, necessariamente, ao procedimento previsto nos artigos 634 e seguintes do CPC.

A requisição de força policial não é medida autônoma, mas providência instrumental as outras. A possibilidade de requisição de tal providência é inerente à autoridade do juiz, constando expressamente no dispositivo em análise apenas como forma de ênfase.

4.3.2 Possibilidade de Antecipação.

Uma leitura errada do que dispõe o *caput* do artigo 461 poderia levar ao entendimento de não caber a antecipação do resultado prático equivalente, pois parece condicionar este à “procedência do pedido”²⁸.

Talamini explica que tal condicionamento não concerne ao momento processual para a adoção daquela providência, mas sim ao seu pressuposto material. Assim, quer indicar que o direito à obtenção do “resultado prático equivalente” não tem existência autônoma, seria um modo de realização do cumprimento do dever de fazer ou de não fazer. Portanto, só cabe sua determinação quando existir o direito ao cumprimento específico, o que a lei considera “se procedente o pedido”. A verificação da existência deste direito é feita mediante cognição sumária ou profunda, que corresponde ao momento processual de efetivação da tutela: antecipada ou final²⁹.

Para Thereza Alvim, “o texto legal simplesmente deixa claro que as providências a assegurar o resultado prático da demanda serão tomadas se, procedente o pedido, o réu não cumprir sua obrigação. Ora, pela liminar se pode adiantar o *decisum*, todo ele, mas de maneira provisória”³⁰.

É clara a possibilidade de antecipação. O § 3º prevê a antecipação da “tutela”, sem fazer distinção, ou reservá-la à “tutela específica”, na terminologia da lei. Ademais, pode-se defender a possibilidade de antecipação apenas tendo em

²⁸ Assim entende Marcelo Abelha Rodrigues, mas defendendo a efetivação do resultado prático equivalente desde o início quando demonstrada a inviabilidade da tutela específica *stricto sensu*. (Op. cit., p. 232).

²⁹ TALAMINI, Tutela relativa..., p. 294.

³⁰ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 80, ano 20, p. 103-110, out./dez. 1995. p. 108.

vista a primazia do artigo 461 pelo resultado específico, e a previsão genérica de tutela antecipada feita no artigo 273 do CPC.

4.3.3 A Concretização da Medida: a escolha do nomeado e seu pagamento

Não basta a simples autorização para que se desenvolva a atividade subrogatória, o juiz deverá escolher e nomear um terceiro, que atuará como auxiliar do órgão jurisdicional, e que receberá um pagamento para realizar a tarefa a que o réu estava obrigado.

O processo de execução “das obrigações de fazer e de não fazer” previsto nos artigos 632 a 645 do CPC possui uma estrutura procedimental bastante rígida e complexa. Prevê processo de licitação para a escolha o terceiro que prestará o fato no lugar do devedor após um perito ter avaliado o custo da prestação de fato (art. 634), mas o credor, nas mesmas condições da oferta vencedora, poderá “executar ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessário à prestação do fato” (art. 637), prevê também o adiantamento das quantias por parte do credor (art. 634, §7º), cujo respectivo reembolso é feito por meio de execução por quantia certa (art. 633).

No artigo 461, a obtenção do resultado opera-se no próprio processo de conhecimento, mas não há previsão quanto à escolha do nomeado, nem quanto ao pagamento deste.

Certo, e sem dúvida mais justo, é que custo da medida deverá recair sobre o réu, e que as partes devem ser ouvidas no procedimento de escolha do terceiro encarregado.

A demorada execução por quantia certa é incompatível com a essência do artigo 461, que justamente veio a dar uma nova alternativa para o procedimento acima citado, buscando uma tutela efetiva, tempestiva e adequada. Como visto, o §5º deste artigo prevê a possibilidade de medidas atípicas para a obtenção do resultado específico e, então, poderia-se também promover o mais ágil levantamento de quantia para o pagamento do encarregado. Assim deverá ser feito quando possível, caso contrário, será adotada a execução por quantia certa.

Poderia haver, por exemplo, bloqueio de valores do demandado depositados em banco, apreensão de receitas por ele geradas, entre outros.

Segundo Thereza Alvim, somente não sendo possível fazer com que o réu arque com o pagamento da medida, deverá o autor adiantar os valores, para posterior cobrança³¹.

Entende Talamini que

Na doutrina estrangeira, já se constatou que a “execução de obrigação de fazer ou de não fazer” – desenvolvida mediante atividade de terceiro, arcada economicamente pelo credor, com posterior reembolso junto ao devedor – tem, muitas vezes, caráter antes de *liquidação* e *ressarcimento* do dano, do que de verdadeira execução específica. Portanto, se a produção do “resultado prático equivalente” seguisse tal forma de proceder (credor arcando com as despesas; reembolso através de execução monetária), estar-se-ia diante de mera tutela ressarcitória (“perdas e danos”). Não é esta, todavia a função que a lei expressamente atribui ao atingimento do “resultado prático equivalente”, quando o contrapõe à conversão em perdas e danos (art. 461, §1º)³².

Segue afirmando o autor que, mesmo reconhecendo que a efetivação do artigo 461 não se submeta diretamente à disciplina do art. 632 e seguintes, será geralmente necessária a seleção do terceiro em certame licitatório, ainda que em procedimento simplificado, pois o terceiro praticará atos estatais sub-rogatórios, na condição de auxiliar da justiça. Assim, a exigência de licitação decorre da Constituição. A licitação somente não seria necessária quando na hipótese de urgência na produção do “resultado prático equivalente”, quando a tarefa a ser desenvolvida exigisse especiais peculiaridades técnicas e artísticas, uma atuação profissional especializada, ou ainda a efetivação das providências sub-rogatórias puder ser desenvolvida por servidores públicos auxiliares da justiça ou órgãos e agentes da Administração Pública³³.

Luiz Guilherme Marinoni possui entendimento diverso. Acredita que a sentença deva, desde logo, indicar a pessoa habilitada para o fazer, procedendo-se à sua intimação para apresentar o projeto de cumprimento e o preço, que deverá ser, ainda que parcialmente, depositado pelo réu, pois além de estar praticando o ilícito, está desrespeitando a decisão do Poder Judiciário. Caso não deposite, o autor poderá fazê-lo ou requerer ao juiz que ordene o réu a depositar sob pena de multa³⁴. Entende que “Não é justo obrigar o autor a adiantar as despesas necessárias ao fazer quando é o réu que deve; obrigar o autor a pagar, reservando-

³¹ Ibid., p. 110.

³² TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 294.

³³ Ibid., p. 298.

³⁴ MARINONI, *Tutela específica...*, p. 150.

se a ele o direito ao ressarcimento da quantia adiantada, implica uma completa descon sideração do princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão”³⁵.

Afirma também o autor não haver razão para a observação do previsto nos artigos 632 e seguintes do CPC, servindo este apenas para a sentença condenatória, e que o tempo gasto na demorada licitação prejudica o direito que merece tutela. O réu tem o direito de impugnar o projeto de cumprimento e o valor estabelecido.

Por fim, cabe aqui afirmar que é crescente o surgimento de novas prestações obrigações de fazer e de não fazer consideradas merecedoras de tutela específica, cujo conteúdo corresponde a uma prestação complexa, que na sistemática tradicional se revela insuficiente, e ainda mais naquelas situações em que o devedor é uma pessoa jurídica e a prestação devida depende da interferência, em alguma medida, no seu funcionamento ou organização interna.

Desta maneira, o próximo capítulo expõe acerca da intervenção judicial em empresa, como espécie de medida sub-rogatória, e como forma de solução ao problema acima apontado, tendo como base a atipicidade proporcionada pelo §5º do artigo 461.

³⁵ Ibid., p. 75.

5 INTERVENÇÃO JUDICIAL

A intervenção judicial constitui-se em um tema de grande importância. Tal medida pode ter diversos e bem diferentes objetivos, nas suas variadas modalidades. Na maioria dos casos é classificada como cautelar, com razão ou de forma errada. Muitas vezes, sob o manto cautelar, abrigaram-se demandas que de cautelar nada tinham, pois satisfativas, antecipatórias do provimento final buscado, e não assecuratórias de um resultado útil ao processo final.

Antes da reforma do Código de Processo Civil do início da década de 90, como todos os provimentos de urgência, a nomeação e a destituição de administrador judicial sempre foram entendidas como cautelares, em razão da ausência de previsão específica para as pretensões antecipatórias, satisfativas, exceto nas hipóteses de intervenção especificamente previstas em lei, como em caso de falência.

Com base no artigo 799, Galeno Lacerda trata, entre outras medidas, da “suspensão cautelar de diretor ou administrador”, que seria cabível

sempre que a diretoria, ou determinado diretor ou administrador, locupletar-se com os bens sociais, dissipá-los, aliená-los fraudulentamente, negligenciar de modo grave seus deveres em prejuízo da sociedade, ou usurpar as funções mediante eleição ilegal. A cautela completar-se-á com nomeação provisória, pelo juiz, de administrador, que assumirá as funções da diretoria ou do diretor suspenso, até decisão definitiva da ação principal (de destituição, de dissolução da sociedade ou outra análoga).¹

Como também Ovídio Baptista da Silva tratou da ação cautelar de “remoção de administradores de empresas comerciais”:

(...) quer porque contra estes se pretenda propor ação visando à anulação das assembleias que os elegeram, quer porque penda já, ou se prepare, demanda de destituição de administradores com base na conduta lesiva aos interesses sociais a estes imputada, sendo, nessas hipóteses, plenamente compreensível a necessidade de intervenção enérgica do magistrado, para segurança dos direitos cuja proteção se demanda na ação cautelar².

O mesmo autor, ao tratar da “intervenção em bens litigiosos”, referiu-se a cautelares com possibilidade de substituição provisória dos afastados

¹ LACERDA, GALENO. **Comentários ao Código de Processo Civil**: lei n. 5.869, de 11 de de 1973. VII v. tomo I. arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.169

² SILVA, Ovídio Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 447.

administradores da empresas, por administradores judiciais, que teriam a administração da coisa litigiosa, também como preparatórias de ações que versassem sobre domínio ou direitos obrigacionais.³

Em sua outra obra, *Do processo cautelar*, ao elencar as medidas cautelares inominadas, Ovídio Baptista da Silva tratou da suspensão cautelar de administradores de sociedades civis e comerciais, estabelecendo que a mesma pode ser considerada como uma espécie do gênero *Intervenção judicial em sociedades* que o Direito Argentino prevê no artigo 113 da *Ley General de Sociedades*, de 1972⁴.

Após a referida reforma, sobrou à ação cautelar um campo restrito de atuação, uma margem residual pequena, de segurança da ação. Cabe ressaltar aqui a efetiva existência de intervenção de natureza cautelar, mas que não será analisada no presente trabalho.

Com o novo artigo 461 do Código, possibilitando-se as tutelas mandamental e executiva, em especial a produção do resultado prático equivalente independente da participação do réu, e com fundamento em seu §5º, importantes autores, dentre eles Eduardo Talamini⁵ e Kazuo Watanabe⁶, julgaram possível a nomeação de auxiliar do juízo como interventor temporário em empresa, para dar cumprimento a decisão judicial descumprida pelo seu administrador.

Será este enfoque da intervenção, a nomeação de administrador judicial provisória como forma de cumprimento de decisão judicial, o objeto central do presente capítulo. Medida sub-rogatória esta que é pouco debatida pela doutrina e que ainda não recebeu a atenção merecida pela jurisprudência, ignorando-se a importância e a seriedade com que o tema deveria ser tratado.

Segundo Luiz Fernando C. Pereira,

a agressão à sociedade privada que representa a destituição e a nomeação de um administrador judicial (não eleito pela assembléia e, por vezes, sequer acionista); o interesse tutelado na medida; a ausência de previsão legal nesse sentido (ao contrário de exemplos do direito comparado); as variadas formas de intervenção; a legitimidade para a propositura da medida; a natureza do provimento; os limites da intervenção; enfim, toda uma série de questões que são debatidas com profundidade no direito comparado e que no

³ Ibid., p. 436/437

⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.

⁵ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 275 et seq.

⁶ WATANABE, op. cit., p. 45 et seq.

Brasil não encontram qualquer espaço, embora a jurisprudência venha consagrando a hipótese.⁷

5.1 ÓBICES À INTERVENÇÃO

5.1.1 O Liberalismo

Perspectivas liberais são invocadas, da mesma forma como visto no capítulo inicial deste trabalho, como óbice às intervenções na vida das empresas, tanto na modalidade em análise como em outras.

Os homens seriam iguais e livres para pactuarem, determinarem seus contratos e, por conseqüência, os estatutos e contratos sociais, não cabendo ao Estado interferir nesta relação jurídica. A autonomia privada seria ainda mais acentuada quando empregada na atividade econômica, por não ser suscetível de disciplina rígida, sendo também impensável uma regulação jurídica total da atividade empresarial, que é caracterizada pelo grande dinamismo. Como o legislador só regularia situações limites, e tendo em vista o princípio da legalidade, só haveria intervenção para solucionar conflitos já instaurados, que resultassem de descumprimento de contrato ou de violação de norma cogente.

No Brasil, parecem ser fortes as posições favoráveis à não-intervenção, quer na doutrina ou na jurisprudência, contrariamente ao que se revela na Europa e nos Estados Unidos, onde a intervenção constitui uma verdadeira tradição. Mas a tendência moderna é a do intervencionismo jurídico. Em diversas situações foram aqui nomeados administradores judiciais, como para as instituições financeiras (com base na Lei 6.024/74) ou no caso de falência, hipóteses que serão adiante tratadas.

Segundo Luiz Fernando C. Pereira,

não há, é possível concluir, intervenção no domínio econômico com a nomeação de interventor – em qualquer de suas modalidades – em sociedades anônimas, assim como não há intervenção no domínio econômico quando se faz valer uma decisão judicial com o uso da força policial ou de outras formas previstas no Código. Também no âmbito societário, o que a intervenção geralmente significa é tão-somente uma forma de atuação de suas decisões judiciais. Nada além disso.⁸

⁷ PEREIRA, Luiz Fernando C. **Medidas Urgentes no direito societário** [coordenação Luiz Guilherme Marinoni]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Coleção temas atuais de direito processual civil; v.5). p. 208.

⁸ Ibid., p.211.

5.1.2 Necessidade de Cautela

Mesmo que afastadas as posições radicais quanto à não-intervenção, todo cuidado é pouco no uso da medida. Reconhecer qualquer espécie de intervenção como legalmente possível não significa poder utilizá-la indistintamente. Deve-se sempre ter em conta ser tal medida extrema e apenas excepcional.

Luiz Fernando Pereira (2002, p. 211) refere-se em seu livro a Eduardo Gaggero, que entende que

todo ello, impone la adopción de medidas que impidan la desintegración del ente colectivo. Pero, paralelamente, esa intervención provoca um verdadero impacto sobre la estructura de la persona jurídica, de mayor o menor significación según el grado y alcance de la medida adoptada (...) En consecuencia, los riesgos apuntados, imponen al juez, extremar la prudencia y mesura al decretar una medida como la descripta; deberá ser esencialmente asegurativa y necesariamente transitoria, buscando la normalización de la vida social y la recomposición de la empresa, instrumento imprescindible para la eficaz conjunción del capital y del trabajo⁹.

Ressalvadas as posições que afastam o controle do Poder Judiciário da estrutura empresarial, para o emprego da intervenção é necessário que a ciência do impacto que a medida causa sobre a vida da empresa norteie a aplicação da mesma pelos juízes, que deverão agir com moderação.

Pode ser mencionado o entendimento de Ovídio Baptista da Silva, mesmo tratando da intervenção em sociedades comerciais como medida cautelar. Para ele, a intervenção deve ser usada com extrema parcimônia, tendo em vista os perigos de entorpecimento da atividade empresarial que uma gestão judicial invariavelmente acarreta. Afirma ainda que, sempre que a medida se recomende, seria prudente que o magistrado interferisse na gestão administrativa da entidade comercial por meio de uma forma de co-gestão, sem afastar completamente os administradores naturais, a não ser nos casos em que esta forma mais branda fosse de todo inconveniente¹⁰.

⁹ GAGGERO, Eduardo D. *Intervención judicial de sociedades comerciales*. Montevideo, 1973. p. 17.

¹⁰ SILVA, Do processo..., p. 121.

5.2 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: o direito comparado

A maioria dos ordenamentos prevê a intervenção como medida cautelar típica ou em outras hipóteses, e nem sempre como a intervenção em questão.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 (artigo 727,2)¹¹ prevê a intervenção ou a administração judicial como medida cautelar específica, providência esta já admitida, com base no poder de “medidas cautelares indeterminadas” previsto na *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 (artigo 1428). Intervenção esta também possível na França sob amparo das *référé*s (artigos 57 e 158 da Lei 24 de julho de 1966).

No direito português, há o processo de destituição judicial do administrador, a requerimento do sócio (artigos 1484 e 986 do Código Civil e 154 do Código Comercial), mas a destituição é mera consequência pois o dispositivo é destinado a revogar a cláusula do contrato social que atribua a administração.

Na Bolívia também há a previsão específica (artigo 2º, Decreto Lei de 28 de abril de 1938), no caso de fraude dos administradores contra o Estado ou contra os demais sócios.

Na Argentina, há medida cautelar típica de intervenção judicial, para a arrecadação de bens ou para a fiscalização dos bens ou atividades objeto do processo (artigo 1684 para a sociedade civil, e artigos 113 a 117 da Lei 19.550 para a sociedade comercial).

Na Itália, o artigo 2409 do Código Civil prevê a nomeação de administrador judicial para a sociedade por ações, na hipótese de haver graves irregularidades no cumprimento dos deveres dos administradores e síndicos.

Também na Itália, mesmo sem previsão legal, a intervenção judicial é defendida por parte da doutrina e presente em algumas decisões judiciais, para a efetivação da tutela voltada à recondução ao posto de trabalho.

No Brasil, solução semelhante àquela estabelecida no Código Civil italiano já era defendida, no âmbito dos conflitos societários, com base no poder geral de

¹¹ Dispositivos legais citados por Eduardo Talamini, *Tutela relativa...*, p. 277, e por Luiz Fernando C. Pereira, *op. cit.*, p. 213/218.

cautela, como já mencionado, e para resguardar o estado de fato da instituição (patrimônio, direito dos sócios) até provimento final.

O ordenamento brasileiro conhece formas diferentes de intervenção e de interventor, mas que não representam a medida em exame, pois não possuem como principal fim o cumprimento de prestações de fazer ou não-fazer.

É o caso, no direito falimentar, da nomeação de síndico no processo de falência, que assume a administração desta no interesse dos credores, conforme previsto no Decreto-Lei nº 7.661, de 1945. O Anteprojeto da nova Lei de Falências mantém a figura do interventor, denominando-o de administrador, mas voltada para a tendência moderna de recuperação da empresa, recompondo-se o equilíbrio do mercado, mais preocupada com o interesse social.

De igual forma, há a previsão de intervenção pela Lei 6.024 de 13.03.1974, em que um interventor é nomeado pelo Banco Central para as instituições financeiras, com o fim de corrigir erros de má-administração e eliminar riscos que podem advir para os credores.

Também há expressa previsão nos artigos 677 e 678 do Código de Processo Civil de nomeação judicial de administrador no âmbito das formas especiais de penhora de empresas e outros estabelecimentos. No entanto, o depositário-administrador tem incumbência meramente instrumental à concretização de uma execução genérica. Cabe a ele apenas administrar o empreendimento, de modo a preservá-lo para sua posterior alienação judicial ou a produzir rendimentos suficientes para satisfação do crédito. “Por semelhantes razões, tampouco a figura do síndico, na falência, é equiparável ao auxiliar judicial de que ora se cogita”¹².

A hipótese legalmente tipificada de intervenção judicial que se identifica, quanto à função, à providência atípica em exame é a prevista para a execução judicial específica das decisões do CADE (Conselho de Administração de Defesa Econômica), a fim de reprimir abuso do poder econômico. Trata-se do previsto na chamada Lei Antitruste, Lei nº 8884 de 11 de junho de 1994, nos artigos 63 e 69 a 78, e constitui técnica inovadora no direito processual brasileiro, pois permite o emprego do administrador judicial para a produção do resultado específico.

Leciona João Bosco Leopoldino da Fonseca que

¹² TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 277.

Assim como o síndico na falência, o administrador da empresa no anteprojeto de legislação falimentar e o interventor do Banco Central, também o interventor nomeado pelo Juiz Federal para executar a decisão do CADE, tomando concreta a obrigação de fazer ou de não fazer, tem a elevada atribuição de substituir os administradores da empresa executada para eliminar as situações de infração contra a ordem econômica e restabelecer a condição de ordem e equilíbrio no mercado¹³.

Dispõe o artigo 69 da citada lei que “O juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor”.

Segundo Eduardo Talamini, caberá a aplicação subsidiária das regras da lei 8884/94 à intervenção determinada com base no artigo 461, §5º, “mesmo porque muitas daquelas normas apenas refletem os próprios atributos essenciais da medida”¹⁴.

Também segundo leciona Kazuo Watanabe

O modelo desta última lei sugere a possibilidade de adoção de medidas assemelhadas àquelas adotadas pelo sistema norte-americano, que prevê as figuras do *receiver*, *master*, *administrator* e *committees*. As medidas enumeradas no §5º do art. 461 são apenas exemplificativas. Portanto, outras podem ser adotadas, desde que atendidos os limites da adequação e da necessidade.¹⁵

Expõe Luiz Fernando C. Pereira, ao comentar a ausência de previsão legal expressa de medida de intervenção no ordenamento brasileiro como figura genérica, que “não apenas por analogia, mas também como parâmetro operativo poderá ser invocada a previsão constante na Lei Antitruste”¹⁶.

Importante citar o caso da Itália, em que, apesar de existir previsão específica no artigo 2.409 do Código Civil, como acima visto, muitas vezes é usado como fundamento para as intervenções o artigo 700¹⁷, que prevê o poder geral de cautela, como cautelar inominada, nos casos em que a medida não se enquadra nos exatos termos daquela.

¹³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.172.

¹⁴ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa...**, p. 277

¹⁵ WATANABE, op. cit., p.45.

¹⁶ PEREIRA, op. cit., p. 216.

¹⁷ Art. 700. “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo ocorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza che appoiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli affetti della decisione sul merito”.

Parece ser possível usar como parâmetro o direito comparado e entender que também aqui, mesmo na ausência de previsão específica, no mínimo o poder geral de cautela autoriza a intervenção.

No entanto, muitos autores entendem, como já mencionado, que não só como medida cautelar poderá ser decretada a intervenção, mas também com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil. Ganhando ainda mais força tal argumento, quando aplicado referido dispositivo tendo como base a figura da intervenção prevista na lei 8884/94.

Marcelo Lima Guerra acredita ser oportuna a referência ao direito dos Estados Unidos para melhor compreender as recentes evoluções do direito brasileiro. Isso porque, segundo o autor, “foi adotado no direito brasileiro um modelo de tutela executiva (das obrigações de fazer e não fazer) idêntico, no seu princípio fundamental, àquele do direito norte-americano, atribuindo-se ao juiz, no §5º do art. 461 do CPC, poderes indeterminados para a fixação dos meios executivos (subrogatórios e coercitivos) mais adequados ao conteúdo do direito a ser satisfeito”¹⁸.

5.2.1 O Direito Estadunidense

Michele Taruffo¹⁹ escreve sobre a tendência das Cortes, sobretudo nos Estados Unidos, de confiar a execução da sentença, ao invés de ao obrigado, a encarregados que operam na qualidade de *officers of the Court*, e que têm a função de desenvolver diretamente, ou de controlar o desenvolvimento a cargo de terceiros, as atividades necessárias para implementar tal execução, quando a mesma comporta uma série de atividades complexas e diversificadas, ou o desenvolvimento e o controle de atividades continuadas ou destinadas a durar no tempo.

Elisabetta Silvestri expõe que “si verifica così il ricorso a diverse figure di *judicial officers* con funzioni di controllo, di vigilanza e, nello stesso tempo, con funzioni tipicamente ausiliarie della parte obbligata, alla quale si affiancano o si sostituiscono nell’attuazione del *decree*”, que têm a função de interpor “tra corte ed

¹⁸ GUERRA, Inovações na..., p. 312.

¹⁹ TARUFFO, Michele. A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparatísticos. (Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto), **Revista de Processo**, São Paulo, n. 59, ano 15, p. 72/97, jul./set. 1990. p.75.

obbligato un organo che sia insieme *longa manus* della prima e collaboratore e consulente del secondo²⁰.

Em outro artigo seu, datado de 1988, ao analisar o tema das execuções forçadas de fazer e não fazer nos Estados Unidos, Silvestri afirma que:

i più recenti ed interessanti sviluppi delle tecniche di esecuzione dei "non money judgments" riguardano la nomina di speciali ausiliari del giudice (*masters, monitors, administrators*), investiti della funzione di sovrintendente all'attuazione del provvedimento giudiziale. Si tratta di una tecnica che, pur non essendo del tutto estranea ai procedimenti di esecuzione coattiva dei "decrees in equity", si è sviluppata secondo linee autonome e del tutto originali, diffondendosi soprattutto nell'ambito di quel particolare settore di controversie noto come "institutional litigation", che ha ad oggetto, ad es., la tutela dei diritti dei soggetti internati in istituzioni "chiuse", quali carceri od ospedali psichiatrici, o l'eliminazione della segregazione razziale nelle scuole. In casi come questi, la complessità della situazione su cui il provvedimento della corte deve incidere è tale da rendere indispensabile un controllo costante sull'attuazione del provvedimento medesimo, anche in considerazione del fatto che il contenuto di quest'ultimo, di regola, non si esaurisce nella imposizione di uno o più obblighi determinati, ma delinea un complesso "piano d'azione", l'esecuzione del quale è destinata a protrarsi nel tempo²¹.

Referidos encarregados assumiriam variadas denominações, como, por exemplo, de *receiver*²², quando se trata também ou prevalentemente de administrar dinheiro, e de *master*²³, quando se trata de desempenhar ou controlar atividades de outra natureza. "Esses operam sob a direção da Corte e a esta devem prestar contas. Se, no caso em que eles estão atuando, ocorrerem obstáculos a que se dê a execução, podem recorrer ao Juiz para que este os remova e também para obter ulteriores orientações sobre o modo através do qual devem desenvolver a atividade executiva."²⁴

Segundo Taruffo, essas figuras, inicialmente criadas pelas Cortes, foram explicitamente reconhecidas na legislação, por exemplo, nas rules 57 e 70 das

²⁰ SILVESTRI, Elisabetta. Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, Anno XXXVI (Seconda Serie), p.41/70, Gen./Mar. 1981. p. 53

²¹ SILVESTRI, Elisabetta. Rilevi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 4, Anno XXXVI, p. 533-552, Lug./Ago. 1988. p. 541/542.

²² BLACK, Henry Campbell M. A. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: West Publishing Co., 1968. p. 1433. "An indifferent person between the parties to a cause, appointed by the court to receive and preserve the property or fund in litigation, and receive its rents, issues and profits, and apply or dispose of them at the direction of the court when it does not seem reasonable that either party should hold them."

²³ *Ibid.*, p. 1127. "A principal who employs another to perform service in his affairs and who controls or has right to control physical conduct of other in performance of the service (...) One having authority; one who rules, directs, instructs, or superintends; a head or a chief; an instructor; an employer. Applied to several judicial officers."

²⁴ TARUFFO, op. cit., Michele. p.75

Federal Rules of Civil Procedure dos Estados Unidos, e vêm conhecendo importantes manifestações em diversos campos. Cita a adoção de um *receiver*, em matéria de proteção do ambiente, que teria a tarefa de administrar uma fazenda, de modo a fazer cessar as atividades viciadas, desenvolver obras de desinquinamento e de ressarcir os danos que derivam desses vícios. De igual forma, exemplifica também a figura do *master*, quando surge a necessidade de se desenvolver e controlar complexas atividades diretas com o escopo de eliminar situações que comportam discriminações de diferentes naturezas, também para fazer atuar a revisão de circunscrições eleitorais ou, ainda, para efetuar a distribuição dos prejudicados com relação a fundos obtidos através da *class action*²⁵.

Também Eduardo Talamini²⁶, ao analisar o direito americano, comenta a possibilidade de nomeação pelo juiz de agentes encarregados de, junto com o destinatário da ordem judicial, denominada *injunction*, “gerir” a efetivação do provimento que envolve condutas ativas e omissivas de caráter prolongado e internas a uma determinada instituição ou ente coletivo, como exemplo os *institutional decrees*.

O autor cita a adoção de tal mecanismo nas escolas, em virtude dos reiterados subterfúgios e pretextos usados pelos seus dirigentes para não cumprir *injuctions* contra práticas segregatórias, como também o emprego da técnica no campo das medidas judiciais destinadas a coibir discriminações na oferta de empregos, para fazer valer as normas do *Equal Employment Opportunity Act* (de 1972).

Nestes casos, nomeia-se um *administrator* ou um *committee*²⁷ para o desempenho de diferentes funções, que vão desde a fiscalização e o controle do *decree* emanado da corte, como também a prestação de informações ao órgão jurisdicional sobre o curso da efetivação do provimento e de sugestões sobre possíveis aperfeiçoamentos da tutela, até a ampla e autônoma adoção de provimentos destinados à efetivar as providências expressamente impostas, como também outras adequadas para a consecução da mesma finalidade. Chega-se a

²⁵ *Ibid.*, p. 76

²⁶ TALAMINI, Efetivação judicial..., p.1212.

²⁷ *Ibid.*, p. 341. “A person, or an assembly or board of persons, to whom the consideration, determination, or management of any matter is committed or referred, as by a court”.

conferir aos mesmos o poder de adotar provimentos sancionatórios contra a parte que insista na conduta indevida e, até mesmo, o poder de instaurar verdadeiro e próprio *contempt proceeding*, que seria um procedimento para aplicar sanções por desobediência, a fim de que a parte cumpra voluntariamente a decisão judicial.

Analisando tais figuras do direito estadunidense, expõe Elisabetta Silvestri:

Preliminarmente, essi sono chiamati a svolgere un compito di sorveglianza e di controllo sull'effettivo adempimento delle disposizione contenute nel *decree*. Su questo ruolo, che di per sé potrebbe apparire essenzialmente statico, se ne inserisce un altro, molto più creativo: innanzi tutto, nell'informare la corte sullo stato di attuazione del suo provvedimento, l'*administrator* può formulare raccomandazioni e suggerire modifiche al *decree* che si rendano opportune, qualora sia mutata la situazione di fatto in base alla quale esso era stato emanato. L'*administrator* (o il *committe*) non funge però esclusivamente da tramite tra la corte e la parte tenuta all'adempimento: proprio per ciò che riguarda l'adeguamento quotidiano del *decree* alle necessità che via via si manifestano, egli gode di una notevole discrezionalità, nell'ambito della quale può adottare, in piena autonomia, tutti i provvedimenti che ritenga indispensabili sia per una reale attuazione degli obblighi specificamente imposti dal *decree*, sia, più in generale, per realizzare le finalità cui esso s'ispira (...)²⁸.

Segundo referida autora, em certos casos o administrator possui outros poderes, como de investigação, de árbitro, e, assim, não poderia ser classificado como simples órgão de execução²⁹.

Michele Taruffo expõe que:

muito frequentemente o *decrees* não fixa, analiticamente e por antecipação, as atividades executivas separadamente consideradas que deverão desenvolver-se: o que vem indicado é o resultado que a execução deve produzir e, eventualmente, os critérios gerais que devem ser seguidos, enquanto que o modo através do qual este resultado será atingido é deixado em larga escala à discricionariedade do órgão que opera por conta da Corte e em lugar do obrigado.³⁰

Passou-se a implementar semelhante solução em outras hipóteses, em especial para a proteção de direitos não patrimoniais, cuja satisfação não se opera com uma conduta ativa ou omissiva instantânea. É o que ocorre quando a ordem judicial é destinada a modificação de práticas adotadas no âmbito interno de estruturas institucionais, as chamadas *institutional changes*, cujo melhor exemplo é o das medidas judiciais destinadas a assegurar adequado tratamento a internos de hospitais psiquiátricos, asilos, presídios, sendo designado a atuar um *Human Rights Committee*.

²⁸ SILVESTRI, Elisabetta. Problemi e prospettive..., p.51.

²⁹ Ibid.. p. 52.

³⁰ TARUFFO, op. cit., p. 76.

No campo das *institutional changes* pode ainda ser mencionada a constituição de forma especial de interventor ou de comitê, que desenvolve cumulativamente as tarefas atribuídas ao master e ao receiver, tradicionais auxiliares do juízo que são encarregados de tarefas instrutórias e de medidas interventivas, respectivamente; bem como a designação de um *ombudsman* permanente, com poderes que com o tempo vão se desvinculando das diretrizes judiciais, até tornar-se um órgão estável da instituição a reorganizar.

Há ainda a nomeação judicial de um *monitor* ou *board*³¹ *of monitors* encarregado de supervisionar o andamento da repetição de eleições, no âmbito interno de *unions* ou *corporations*, quando as anteriores forem anuladas, e que dependem sempre da autorização do juiz para intervir.

De acordo com Elisabetta Silvestri, referida figura é investida de poderes mais limitados, essencialmente consultivos, de informação, e que geralmente “il monitor finisce con l’esercitare indirettamente un controllo su tutta l’organizzazione interna dell’ente, ma, qualora, vi riscontri irregolarità di qualunque genere, non può agire direttamente, dovendo sempre richiedere alla corte una sorta di autorizzazione che legittimi il suo intervento: una sua autonoma iniziativa può al massimo manifestarsi nella formulazione di raccomandazioni e pareri non vincolanti”³².

Segundo Talamini, ao menos no âmbito do *Public Law Litigation Model* (modelo jurisdicional de solução de conflitos de direito público), reputa-se que a designação de *administrators*, *committees*, *monitor* ou outros agentes, tem amparo no “*inherent power*” (poder inerente) que possui o juiz para adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento de suas funções³³.

Entende o autor que:

Tais mecanismos evidenciam a consciência, no pensamento jurídico-processual norte-americano, de que são insuficientes os instrumentos meramente coercitivos, para assegurar a tutela jurisdicional adequada (...) essas providências não são isentas de críticas. Por um lado, discute-se até que ponto seria legítima a intervenção judicial sobre a gestão e os negócios de empresas, sociedades, associações sindicais ou mesmo sobre a atividade dos

³¹ BLACK, op. cit., p. 219. “An official or representative body organized to perform a trust or to execute official or representative functions or having the management of a public office or department exercising administrative or governmental functions (...) A committee of persons organized under authority of law in order to exercise certain authorities, have oversight or control of certain matters, or discharge certain functions of a magisterial, representative, or fiduciary character”.

³² SILVESTRI, Problemi e prospettive..., p. 57.

³³ TALAMINI, Efetivação judicial..., p. 1214.

órgãos públicos (...) À parte essa objeção, aponta-se o problema do elevado custo das medidas a serem desenvolvidas através de agentes e comissões – o que constitui obstáculo de ordem prática ao seu emprego. Constata-se, ainda, faltar ao juiz preparo específico e estrutura de apoio para o enfrentamento de questões complexas, freqüentemente políticas, que surgem nesses casos³⁴.

Marcelo Lima Guerra defende que foi no direito estadunidense, com maior evidência, que se revelou a insuficiência dos meios tradicionais de execução direta nas quais o objeto do direito a ser satisfeito corresponde a prestações altamente complexas, e que, de alguma forma, envolvam uma reestruturação (parcial ou total) do funcionamento de uma pessoa jurídica. Segundo o autor, “no direito norte-americano, a necessidade de novas formas de atuação prática (tutela executiva) dos direitos se revelou com maior intensidade, no campo da chamada *institutional litigation*. A *institutional litigation* caracteriza-se, basicamente, por se tratar de defesa de direitos fundamentais e de caráter absoluto de uma das partes, perante uma instituição, geralmente de caráter público.”³⁵

No campo das *institutional litigation* teriam sido desenvolvidos novos remédios jurisdicionais, denominados *structural* ou *institutional injunctions*, e caracterizados pela maior complexidade das medidas necessárias à sua atuação prática. As *structural injunctions* teriam como finalidade não apenas tutelar lesões individuais ou isoladas a direitos subjetivos, mas sim remediar um conjunto de práticas ilícitas, pela reestruturação de uma instituição social, como uma prisão, um hospital psiquiátrico, etc.

Sentiu-se a dificuldade em dar atuação prática as decisões judiciais proferidas no referido campo da *institutional litigation*, em especial quando necessária a ingerência na estrutura de funcionamento de uma instituição. Percebeu-se a insuficiência dos meios sub-rogatórios tradicionais. Deste modo, segundo Marcelo Lima Guerra,

foi a partir das dificuldades surgidas no âmbito da *institutional litigation*, para promover a execução forçada em forma direta de direitos que correspondiam a prestações de extrema complexidade, em especial por seu caráter não patrimonial e duradouro), que veio a se firmar, no direito norte-americano recente, o entendimento segundo o qual o juiz do *common law*, com base nos seus poderes inerentes – isto é, aqueles poderes que são diretamente implicados no exercício da função específica atribuída aos órgãos que integram esse poder

³⁴ Id.

³⁵ GUERRA, Inovações na..., p. 309.

– tem o poder indeterminado de fixar o meio executivo mais adequado para realizar, no caso concreto, a execução direta³⁶.

Segundo o citado autor, essas novas técnicas se orientaram no sentido de ampliar a utilização de terceiros nomeados especialmente pelo órgão jurisdicional para desempenhar funções de órgãos auxiliares da justiça, surgindo diversas modalidades de “judicial officers”, com a finalidade de substituírem até mesmo as atividades complexas e de trato sucessivo do devedor, proporcionando ao credor o resultado prático equivalente³⁷.

5.3 A INTERVENÇÃO COMO MEDIDA SUB-ROGATÓRIA PARA CUMPRIMENTO DAS PRESTAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

Em muitos casos, pode-se pretender buscar através da intervenção o cumprimento de uma decisão proferida pelo juiz, de uma obrigação, cuja satisfação não é realizada espontaneamente pelo demandado, visando-se obter o resultado específico. Tal medida não apenas assegura um resultado útil ao processo final, não apenas acautela um direito, mas é aplicada para desde logo o satisfazer.

Cabe citar como exemplo a nomeação de administrador provisório da empresa quando se tem uma decisão de suspensão de deliberação social, para efetivamente fazer cumprir tal suspensão, pois, muitas vezes, os administradores persistem em não a observar.

Assim como outros dispositivos, como já visto, o artigo 461 possibilita eficácias de natureza mandamental e executiva. Desta forma, e através de seu §5º, visando alcançar o resultado específico da obrigação e não tendo que aguardar a conduta do réu, pode o juiz nomear um auxiliar para o juízo que intervém na administração da empresa, objetivando adotar as medidas que vinham sendo descumpridas ou as necessárias para implementar a ordem. Investe-se um terceiro, portanto, com poderes suficientes para substituir de forma adequada e eficaz a atividade do obrigado, de maneira que possa cumprir e fazer cumprir quaisquer prestações, até as mais complexas e de caráter continuado.

³⁶ Ibid., p. 310/311.

³⁷ Id.

Segundo Eduardo Talamini esta medida é aplicável

a hipóteses em que o réu é constituído (ou opera) por uma estrutura empresarial ou institucional (pessoas jurídicas, órgãos públicos, sociedades de fato etc.) e a conduta devida é complexa e não exaurível em uma instantânea ação ou omissão. Em tais casos, é freqüente que o cumprimento da decisão judicial não possa ser obtido senão com a atuação jurisdicional interna àquela estrutura. Atualmente, pode-se cogitar inclusive da nomeação de fiscal ou interventor na tutela para entrega de coisa (art. 461-A, §3º, c/c art. 461, §5º).³⁸

Entende o autor que a intervenção em estudo possui relevância muito grande para a tutela dos chamados “novos direitos”, de conteúdo não patrimonial. Porém, ressalta não existir vinculação absoluta entre os direitos com conteúdo patrimonial e a estrutura sub-rogatória tradicional, que se volta à produção ou destruição de uma obra material, e entre direitos sem conteúdo patrimonial e a nomeação de agente incumbido de tarefa imaterial³⁹.

Também para Eduardo Talamini, guardadas as diferenças entre os sistemas jurídicos, a medida em questão é similar aos “mecanismos através dos quais, no direito americano, os *administrators* ou *committees*, *masters*, *monitors* ou *boards of monitors*, *ombudsmen* e outros agentes, na condição de auxiliares do juiz, dão efetividade a *institutional decrees*”⁴⁰.

As já mencionadas dificuldades encontradas no direito americano na execução direta das obrigações de fazer e não fazer, quando o devedor é pessoa jurídica, são também encontradas no direito brasileiro conforme afirma Marcelo Lima Guerra, e ainda maiores quando constituída de prestações mais complexas, “que sequer abstratamente poderiam ser tuteladas pelo meio subrogatório previsto nos arts. 633 e ss. Do CPC”⁴¹. Segundo o autor:

parece claro que o juiz brasileiro pode, agora, utilizar técnicas sub-rogatórias orientadas, a exemplo daquelas já mencionadas do direito norte-americano, no sentido de investir terceiros, especialmente designados para tanto, de poderes suficientes a servir de *longa manus* do órgão jurisdicional, permitindo uma *substituição adequada e eficaz* da atividade do devedor pela desse órgão, de maneira que ele possa *cumprir e fazer cumprir quaisquer prestações, mesmo e principalmente as mais complexas e de caráter continuativo, que caberia ao mesmo devedor realizar*.⁴²

³⁸ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 275

³⁹ *Ibid.*, p.278.

⁴⁰ *Ibid.*, p.276.

⁴¹ GUERRA, *Inovações na...*, p. 317

⁴² *Id.*

Da mesma forma trata do assunto Kazuo Watanabe, segundo o qual

O resultado prático equivalente poderá ser obtido, também, através de outros atos executivos praticados pelo próprio juízo, por meio de seus auxiliares, ou de terceiros, observados sempre os limites da adequação e da necessidade. Em nosso sistema jurídico não há explícita autorização para nomeação de terceiro, como o *receiver* ou *master* ou *administrator* ou *committees* do sistema norte-americano. O *receiver* americano, em matéria de proteção do meio ambiente, pode ter a atribuição de administrar uma propriedade para fazer cessar a atividade poluidora, de desenvolver obra de despoluição e de ressarcimento *dos danos resultantes da poluição*. A *Lei Antitruste (nº 884/94)*, ao cuidar do cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, fala em *todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa quando necessária* (art. 63) e fala também em *'afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor'*⁴³.

Portanto, referida lei serviria de base para a adoção das figuras previstas no sistema americano, uma vez também que as medidas previstas no §5º do art.461 são meramente exemplificativas.

Luiz Guilherme Marinoni cita a possibilidade de nomeação de um administrador em virtude de ilícito continuado, e também para impedir a prática ou a repetição de violação de caráter instantâneo. Neste caso, por exemplo, "a nomeação de um administrador para evitar que a empresa ré, em sua próxima atividade, deixe de observar uma norma destinada a evitar dano ambiental". Também segundo o autor "é possível a nomeação de administrador para que sejam implementadas decisões relativas a questões que dizem respeito à vida interna de sociedades comerciais"⁴⁴.

Marinoni refere-se ainda à decisão francesa proferida no caso Kadouch contra Pfeifle, em que

Kadouch cedeu para Pfeifle cotas de uma sociedade da qual também era administrador, obrigando-se, ao mesmo tempo, a convocar assembléia da sociedade e a votar, em tal sede, a admissão da cessionária. Como o cedente deixou de cumprir a sua obrigação, nomeou-se um administrador provisório para convocar a assembléia e considerar, diante dela, manifestado voto de Kadouch em favor da admissão de Pfeifle. O recurso interposto por Kadouch argumentou ser impossível a tutela específica, afirmando que seria viável apenas o ressarcimento do dano pelo inadimplemento da obrigação de fazer. A Corte de Cassação, contudo, não deu provimento ao recurso, firmando um precedente extremamente interessante para o tema da tutela específica e do emprego de meios de coerção direta.⁴⁵

Em outra obra sua, afirma que

⁴³ WATANABE, op. cit., p.45.

⁴⁴ MARINONI, *Tutela Específica...*, p.77.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 78.

os arts. 461 do CPC e 84 do CDC, justamente porque não tipificam as medidas que podem ser determinadas pelo juiz, abrem oportunidade à nomeação de um terceiro, que pode intervir na administração de uma empresa para fazer o ilícito cessar, à semelhança do que ocorre no direito anglo-americano quando se pensa na figura do *master* ou *administrator* ou ainda do *receiver*; o *receiver* americano pode administrar uma propriedade para fazer cessar a poluição, o que, sem dúvida, pode configurar uma 'medida necessária' na hipótese em que a multa não se mostra suficiente para impedir a continuação da atividade ilícita.⁴⁶

A mencionada previsão na Lei Antitruste é exemplo clássico de intervenção para cumprimento de decisão judicial.

Sérgio Cruz Arenhart⁴⁷ entende que, entre os mecanismos genéricos, não previstos no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, nem no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, destaca-se a figura da "expropriação do poder de administração das pessoas jurídicas", e que a lei 8884/94 dispõe expressamente de tal mecanismo, a chamada "intervenção judicial na empresa".

Sobre tal medida comenta o autor que "embora prevista em legislação especificamente desenhada para o combate contra o abuso do poder econômico, pode ser utilizada para outras situações que não aquelas expressamente arroladas nos arts. 20 e 21 da lei mencionada. Mesmo para situações que nenhuma relação guardem com a dominação econômica, pode a intervenção judicial ser utilizada para efetivar a ordem judicial"⁴⁸. Ressalta ainda que, apesar da referida lei tratar de ações de exclusiva competência federal, e por isso acaba mencionando apenas a figura do juiz federal, para outras atividades pode o juiz estadual ser competente, valendo-se das regras previstas (arts. 69 e ss. da referida lei) como parâmetro de operacionalização da intervenção⁴⁹.

Luiz Fernando C. Pereira também defende a adoção da medida em análise. Segundo o autor:

A doutrina já começa a reconhecer também que a vigência da Lei Antitruste criou a possibilidade de utilização da intervenção com fundamento no §5º do art.461 do CPC. A conjugação destes dois dispositivos legais, não há dúvida, autoriza e é o fundamento legal da intervenção para fazer valer a decisão judicial (...) Muitas vezes a situação fática impõe um agir do obrigado que deve ser tutelado pelo juiz da maneira mais eficaz possível, principalmente quando o interesse tutelado pressupuser um maior prejuízo na hipótese de descumprimento, até porque a legislação brasileira sempre outorgou os meios necessários

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 188.

⁴⁷ ARENHART, **Perfis da Tutela...**, p. 398.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Ibid., p. 398/399.

à execução patrimonial. Isso não deve impressionar ninguém, pois apenas se está falando em fazer valer as decisões judiciais, ou ainda, e com mais razão, fazer uma decisão judicial já descumprida, independentemente do grau de cognição com que é proferida.⁵⁰

Marcelo Lima Guerra lembra que no exato ano em que foi publicada a Lei 8.952/94, que deu nova redação ao artigo 461 do CPC, a Lei Antitruste, ao disciplinar a execução forçada das obrigações de fazer e de não fazer, criou um meio executivo sub-rogatório de nomeação de terceiros para a realização de atividades específicas que incumbia ao devedor, pessoa jurídica, realizar: a intervenção judicial. Referida medida seria destinada à realização das mais variadas prestações, “quer as que digam respeito à atividade de empresa para com terceiros, quer, sobretudo, aquelas que são realizadas no seu próprio âmbito interno, ou seja, relacionadas ao seu funcionamento e à sua organização”⁵¹

Também segundo o autor,

o que mais interessa sobre a intervenção judicial prevista na Lei Antitruste é sua aptidão para tutelar adequadamente várias daquelas situações também verificadas na órbita do processo executivo disciplinado no CPC, para as quais a execução por terceiros, prevista nos arts. 633 e ss., não se revelam instrumentos aptos a tal propósito. Dessa forma, sendo esse meio executivo, previsto na mencionada legislação especial, perfeitamente subsumível dentro daquele espectro de opções disponíveis, abstratamente, ao juiz, nos termos do §5º do art.461 do CPC, para prestar a tutela executiva adequada ao caso concreto, não pode deixar de reconhecer a licitude de sua utilização fora do âmbito da Lei Antitruste, em qualquer processo executivo onde ela se revele eficaz⁵².

5.3.1 Momento de Decretação da Medida

Como já dito, a intervenção é medida extrema e deve ser utilizada apenas excepcionalmente, regra esta atenuada quando se tratar de intervenção para mera fiscalização.

Luiz Fernando C. Pereira acredita que, “a nomeação de administrador judicial, pela gravidade da medida, e as conseqüências traumáticas que são produzidas no pós-intervenção são provimentos adotados quase sempre esgotadas

⁵⁰ PEREIRA, op. cit., 226/227.

⁵¹ GUERRA, Inovações na..., p. 317/318.

⁵² Ibid., p. 319/320.

as alternativas anteriores, quer no âmbito interno da sociedade, quer nas medidas passíveis de adoção pelo Judiciário para completar o caso concreto.”⁵³

Afirma ainda o autor que “não se pode intervir judicialmente numa sociedade antes que se tenha mostrado infrutífera a tentativa de fazer valer uma decisão por forma menos gravosa ao requerido; é o princípio da menor restrição possível”⁵⁴.

Da mesma forma como entende Marinoni, “a tutela que interfere no modo de ser de uma empresa, porque se realiza através da nomeação de um interventor ou de um administrador, merece mais cuidados do que a tutela que implica em uma ordem sob pena de multa”⁵⁵, então, a nomeação só seria imposta quando a multa fosse insuficiente para o resultado desejado. A intervenção não poderá ser deferida quando produzir “conseqüências desrazoáveis à esfera jurídica do réu”⁵⁶, nas palavras usadas pelo autor. E o exame é realizado no caso concreto pelo juiz.

No entanto, muitas vezes a intervenção deve ser de plano aplicada, pois nem sempre a multa resolve ou tem força de coerção suficiente, como também outros meios, à obtenção do resultado buscado. É o caso, por exemplo, de representar maior vantagem ao réu o descumprimento de seu dever, mesmo tendo que arcar com o pagamento da multa, por ter a possibilidade de repassar o valor desta para o preço de seus produtos ou serviços. A melhor forma, sem dúvida, é a análise do caso concreto.

Eduardo Talamini, analisando a intervenção prevista na lei 8884/94, expõe que o juiz não dispõe de discricionariedade quando decide acerca de seu cabimento, pois terá o dever de decretá-la “quando necessária” para a produção do resultado específico (art.69), e indeferi-la quando desnecessária. “Por ‘necessária’ entenda-se não só a absolutamente imprescindível como também aquela sem a qual será excessivamente oneroso ou demorado o conseguimento do resultado perseguido”⁵⁷.

⁵³ PEREIRA, op. cit., p. 242.

⁵⁴ Ibid., p. 245.

⁵⁵ MARINONI, *Tutela específica*..., p. 129.

⁵⁶ MARINONI, *Tutela Inibitória*..., p. 116.

⁵⁷ TALAMINI, *Efetivação judicial*..., p. 1216.

5.4 OBJETO E FORMAS DA INTERVENÇÃO.

Como já mencionado, não há apenas uma forma de intervenção, mas várias modalidades, determinadas pela necessidade fixada pelo caso concreto. Pode haver desde a intervenção somente fiscalizadora, até a intervenção que afasta por completo os administradores, existindo como uma das formas de intervenção intermediária a gestão compartilhada da empresa pelos seus administradores e pelos administradores nomeados.

Na escolha da melhor forma da intervenção para o caso concreto, tal como ocorre na escolha de quaisquer das chamadas “medidas necessárias”, incidem os princípios da necessidade e da menor restrição possível ao demandado. Da mesma forma como previsto para o processo de execução no artigo 620 do Código de Processo Civil, a intervenção deverá ser feita “pelo modo menos gravoso possível”. Desta forma, o magistrado poderá determinar uma intervenção diversa da requerida.

De acordo com Marcelo Lima Guerra, a intervenção não consiste, obrigatoriamente, numa verdadeira “administração judicial” de toda a empresa, pois o juiz pode determinar a sub-rogação da empresa-devedora apenas naqueles atos e operações materiais estritamente necessárias para a prestação da tutela executiva, podendo ser uma atividade pontual e de caráter isolado, no conjunto daquelas normalmente desempenhadas pela mesma empresa⁵⁸.

Ovídio Baptista da Silva entende que

A intervenção judicial em sociedades pode assumir as formas mais variadas, desde a simples *intervenção fiscalizadora*, na qual o administrador não terá suspensas suas funções gerenciais – o *interventor veedor* a que se refere Eduardo Gaggero (*Intervención Judicial de Sociedades Comerciales*, 61) –, limitando-se o administrador judicial a fiscalizar a gestão administrativa da empresa, até o completo afastamento de seus administradores. Como uma das infinitas expressões intermediárias de intervenção, pode suceder que o juiz limite a medida cautelar a uma das muitas formas de *co-gestão* da empresa ou da sociedade civil, a ser realizada em conjunto pelo administrador designado pelo juiz e pelos administradores naturais, nos limites e formas indicadas no decreto de intervenção⁵⁹.

Luiz Fernando C. Pereira, da mesma forma que Ovídio Baptista da Silva, apresenta em seu livro uma classificação das diversas formas de interventor⁶⁰. A primeira e mais tênue é a do chamado “interventor-observador”, equivalente à figura

⁵⁸ GUERRA, Inovações na..., p. 318/319.

⁵⁹ SILVA, Do processo..., p. 120.

⁶⁰ PEREIRA, op. cit., p. 249/255.

conhecida no direito argentino como “interventor-veedor”, previsto no artigo 227 do respectivo CPC⁶¹. Limita-se, neste caso, a fiscalizar a gestão administrativa do réu, observando o seu regular funcionamento ou o cumprimento de decisão judicial. Por ser menos traumática àquele que sofre a intervenção, deve ser usada sempre que possível em substituição a outras formas.

Como exemplo, referido autor cita o artigo 109, inciso III, da Lei de Sociedades por Ações, que prevê o direito de qualquer acionista de fiscalizar a gestão dos negócios sociais. Ao acionista preterido neste direito, seria lícito invocar o artigo 461 do CPC *para impor a obrigação de fazer atribuída à sociedade pelo referido dispositivo*. Tendo em vista o princípio da necessidade, primeiramente o juiz – valendo-se da eficácia mandamental da ação - deveria impor uma ordem, sob pena de multa, para o cumprimento da obrigação de fazer que determina o dispositivo. Descumprida a ordem e sendo relevante o bem jurídico envolvido, poderia o juiz – valendo-se da eficácia executiva da ação - nomear um interventor-observador. Substituindo o demandado no cumprimento da obrigação descumprida, tal interventor forneceria as informações necessárias diretamente ao juízo⁶².

No entanto, conforme já exposto no capítulo anterior, parece não ser necessária esta pré-determinação entre as medidas, que devem ser escolhidas de acordo com as necessidades de cada caso.

Como segunda forma de intervenção (e intermediária), existiria a figura do interventor co-gestor. Segundo o autor, tal interventor seria o mais indicado para dar cumprimento à ordem judicial, bem como a melhor forma e a menos traumática de intervenção, pois as atribuições e encargos fixados seriam realizados de maneira compartilhada entre o administrador eleito e um co-gestor. Desta forma, não são afastados completamente os administradores naturais de toda a administração, o co-gestor assume função parcial nesta. Desde que compatível com as tarefas a serem desenvolvidas na intervenção, o interventor co-gestor pode servir para o modelo de

⁶¹ Art. 227. VEEDOR. De oficio o a petición de parte, el juez podrá designar un veedor para que practique un reconocimiento del estado de los bienes objeto del juicio las operaciones o actividades que se ejerzan respecto de ellos, e informe al juzgado sobre los puntos que en la providencia se establezcan.

⁶² PEREIRA, op. cit., p. 250.

intervenção previsto na Lei Antitruste, que também está autorizado pelo §5º do artigo 461 do CPC⁶³.

A terceira e última forma é a do interventor-administrador, que muitas vezes é a única capaz de cumprir a finalidade específica da medida. Luiz Fernando Pereira atribui tal forma para o caso de dissenso entre os sócios ou acionistas de uma empresa, bem como para o caso de negligência ou fraude na administração, não servindo um mero interventor-observado ou co-gestor, e conclui: “esta é, por todas as conseqüências criadas no ‘pós-intervenção’, a mais grave das medidas a ser adotada, restando sempre como última alternativa à escolha do magistrado”⁶⁴.

Eduardo Talamini entende que a medida atípica de nomeação de fiscal ou interventor teria as seguintes finalidades:

- i) substituir total ou parcialmente o réu, mediante intromissão em sua estrutura interna de atuação, no desenvolvimento da atividade devida, ii) fiscalizar e orientar o proceder do próprio réu, iii) impedir materialmente a prática de atos indevidos, iv) fornecer informações e orientações ao juiz sobre alterações no panorama fático que possam exigir novas providências judiciais, ou, mesmo, v) cumprir conjugadamente parte ou a totalidade dessas tarefas.⁶⁵

No entanto, Talamini possui entendimento um pouco diverso do apresentado a respeito da intervenção fundada no §5º do artigo 461 do CPC. Entende que tal medida “não implica necessariamente o emprego de meios executivos estritamente sub-rogatórios - podendo prestar-se, também, para a supervisão da conduta do próprio réu”. Segundo o autor, a fiscalização poderá ter por alvo o cumprimento adequado por parte do réu de deveres infungíveis ou de deveres que, embora fungíveis, apresentem excessiva complexidade em seu cumprimento, e, assim, “trata-se de mecanismo também utilizável na concretização da eficácia mandamental do provimento”⁶⁶.

Também segundo o autor

ainda que o terceiro nomeado assuma a função de agir em lugar do réu, a atividade sub-rogada, conquanto fungível, pode ter caráter fluido – não gerando, necessariamente, uma obra material ou um serviço com contornos definidos. Recorra-se a exemplos, para melhor delinear-la: o dever de construção ou destruição de um muro é em tudo distinto de deveres tais como os de dar atendimento adequado aos internos de instituição de recuperação de

⁶³ Ibid., p. 252/253.

⁶⁴ Ibid., p. 255.

⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa...*, p. 275.

⁶⁶ Ibid., p. 276.

menores, presídio ou sanatório; não conferir tratamento discriminatório a estudantes ou empregados, na escola ou local de trabalho; adotar constantes providências destinadas a evitar ou impedir que a produção industrial gere danos ao meio ambiente; não praticar, no exercício da atividade empresarial, infrações à ordem econômica.⁶⁷

Fábio Ulhoa Coelho, analisando a Lei Antitruste, comenta a questão do exercício da representação legal da sociedade sob intervenção judicial. Entende que “Dependendo da natureza do ato a ser praticado, caberá a representação ou ao interventor ou aos administradores, gerentes, diretores, procuradores ou prepostos regulares da sociedade”⁶⁸. O interventor representará a sociedade sob intervenção nos negócios relacionados com o objeto da intervenção e, desta forma, fora das providências especificamente previstas no despacho interventivo, a representação competirá aos demais citados, investidos em suas funções de acordo com o estabelecido no contrato social, nos estatutos e na ata da assembléia geral, ou em outro documento societário hábil.

Entende o autor que “ao juiz caberá decidir eventuais controvérsias, entre o interventor e o executado, acerca da distribuição dos poderes de representação. Caberá agravo de instrumento, pelo executado, das decisões que lhe forem contrárias. Ao interventor, contudo, como exerce função de confiança do magistrado e não é sequer parte no processo, será defeso recorrer da decisão de sua atribuição”⁶⁹.

5.4.1 Alteração da Forma de Intervenção

Da mesma maneira que o juiz pode eleger forma de intervenção diversa da requerida, poderá alterar a forma de intervenção inicialmente eleita.

A atuação de uma forma de intervenção, que inicialmente era considerada apropriada, pode-se revelar ineficaz, insuficiente para atingir seu objetivo, necessitando de alteração para uma forma mais efetiva. O próprio interventor nomeado pode comunicar ao juiz que a forma de intervenção decretada se mostra inoportuna.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.p.146.

⁶⁹ Ibid., p. 147.

Segundo Luiz Fernando Pereira (2002, p. 256), esta alteração é sempre possível na jurisprudência italiana. O autor cita em seu texto o autor italiano Giuseppe Desiderio, segundo o qual: “é comunque pacifico che il tribunale ha il potere discrezionale di modificare le attribuzioni dell’amministratore giudiziario, di determinare il potere e fissare l’attività e i compiti”⁷⁰.

Também a alteração da forma de intervenção pode-se dar quando um ou mais responsáveis pela empresa persistirem em obstar a ação do interventor, ou quando a maioria dos responsáveis pela administração recusar colaboração ao mesmo, conforme previsto no artigo 74 da Lei Antitruste.

5.5 A DISCIPLINA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Como já assinalado, vários autores entendem que a intervenção judicial em empresa para cumprimento de um fazer ou não fazer teria fundamento no artigo 461, §5º do CPC, e poderia ter como parâmetro legal o modelo de intervenção previsto na Lei Antitruste (artigo 69 e seguintes). Desta forma, será analisada a implantação de tal medida, utilizando referida lei como parâmetro operativo.

5.5.1 A Escolha do Nomeado

Será nomeada para o exercício das tarefas fiscalizatórias e interventivas uma única pessoa ou um grupo de pessoas (comitê), conforme a dificuldade técnica e quantitativa das providências que deverão ser adotadas.

Poderá ser designada tanto pessoa que já ocupa cargo público quanto um particular. Mas quando um particular é nomeado, uma vez investido no cargo, assume a condição de agente público, auxiliar do juízo, submetendo-se ao respectivo regime jurídico, no que tange a poderes, deveres e responsabilidades. Por tal motivo, o artigo 73, §1º da Lei 8884/94 prevê que se aplica “ao interventor, no que couber, o disposto nos arts. 153 a 159 da lei 6.404, de 15.12.1976”. Citados dispositivos tratam dos deveres e responsabilidades dos administradores de

⁷⁰ DESIDERIO, Giuseppe. *Collegio sindacale e controllo giudiziario. Rivista delle Società*, anno 36, 1991, p. 1.171.

sociedades anônimas, dentre eles o dever de diligência, de lealdade, de observância dos limites de poderes e de informação.

Eduardo Talamini entende que “nesse ponto, aliás, a gama de deveres e responsabilidades do interventor assume caráter bifronte: por um lado, como *longa manus* do juiz, a subordinação às imposições de agente público; por outro, como substituto dos administradores da atividade intervinda, a submissão ao regime que vigoraria para eles”⁷¹.

Para Fábio Ulhoa Coelho⁷², o interventor tem os mesmos deveres – de diligência, de lealdade e de informar – dos diretores e membros do Conselho de Administração das companhias. Apurada sua responsabilidade, por incompetência ou descumprimento de dever, poderá ser demandado em ação de indenização.

O juiz deverá escolher, em decisão motivada, a(s) pessoa(s) incumbida(s) das tarefas, levando em conta qualidades específicas e pessoais, as habilidades especiais do agente, a confiança nele depositada, bem como tendo em vista a área em que atua a empresa e os objetivos específicos da intervenção. O nomeado deverá ter conhecimento técnico e idoneidade moral.

Há, portanto, limites para tal escolha por parte do juiz, que deve atribuir referido encargo à pessoa apta para desenvolver as tarefas exigidas, que muitas vezes são bastante complexas. O mesmo ocorre na nomeação de síndico para a falência, oportunidade em que também não há absoluta discricionariedade por parte do magistrado.

Entende também Eduardo Talamini que não basta a imposição geral de fundamentação dos atos judiciais (art. 93, IX da Constituição Federal), pois a Lei 8884, no parágrafo único do artigo 69, reitera este comando especificamente para a hipótese em exame. Ressalta, com isso, que o ato de intervenção é integralmente controlável por meio de recurso, pois se trata de decisão interlocutória (CPC, art. 162, §2º), passível de recurso de agravo (CPC, art. 522), necessariamente de instrumento (CPC, art. 524 e ss), e não retido⁷³.

⁷¹ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 279.

⁷² COELHO, *op. cit.*, p. 147.

⁷³ TALAMINI, *Efativação judicial...*, p. 1216

5.5.2 Impugnação e Substituição do Interventor

A escolha do interventor poderá ser impugnada, com fundamento na falta de aptidão ou idoneidade da pessoa indicada para o exercício das complexas funções de intervenção, conforme prevê o artigo 70 da Lei 8884/94⁷⁴. Havendo dúvidas, mesmo que não provadas, a melhor solução é a substituição do interventor, para que a medida judicial se desenvolva na melhor forma possível.

Fabio Ulhoa Coelho, ao comentar a Lei 8884/94, defende que apenas o executado possui legitimidade para apresentar a impugnação, sendo descabida a sua formulação pelo exeqüente ou por terceiro, e que se estes “tiverem conhecimento de fatos desabonadores da conduta do interventor, poderão e deverão submetê-los ao crivo do juiz, que adotará a decisão que lhe parecer mais oportuna, tendo em vista que o interventor exerce função de sua mais estrita confiança”⁷⁵.

No entanto, segundo Eduardo Talamini, tanto o autor quanto o réu podem impugnar, e não só o réu como previsto na lei, assim como, o prazo seria de cinco dias, na forma do artigo 185 do Código de Processo Civil, e não as reduzidas 48 horas a que alude o dispositivo, pois como prazo judicial, depende da prévia advertência às partes⁷⁶.

Comenta Fábio Ulhoa Coelho a respeito do não estabelecimento pela lei do termo ou ato a partir do qual se conta o prazo para a impugnação. Entende correta a não fixação, pois as situações de cabimento da impugnação são variadas. Aponta que se o executado desde logo sabe e possui provas da inaptidão ou inidoneidade do nomeado, o prazo para impugnação se conta do conhecimento da decisão. Neste caso, com a citação, se a decisão for concomitante ao despacho da petição inicial, ou posterior a citação, com intimação da decisão pela imprensa oficial, ou mesmo se apresentado pessoalmente na empresa, pelo próprio interventor, mandado expedido pelo juiz. Mas se não conhece o interventor, não há como avaliar, de início, a sua aptidão e idoneidade para o exercício da função, que na maioria das vezes é de grande complexidade. Neste caso, o prazo será contado do conhecimento pelo

⁷⁴ Art. 70. Se, dentro de 48 horas, o executado impugnar o interventor por motivo de inaptidão ou inidoneidade, feita a prova da alegação em três dias, o juiz decidirá em igual prazo.

⁷⁵ COELHO, op. cit., p. 143.

⁷⁶ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 278.

executado dos fatos ou documentos comprobatórios ensejadores da impugnação, ou de ato praticado pelo interventor que caracteriza a inaptidão ou a idoneidade⁷⁷.

Podem suceder-se impugnações a um mesmo interventor, desde que fundadas em fatos novos. Para Fábio Ulhoa Coelho, da decisão proferida na impugnação cabe agravo de instrumento. Entende também que, qualquer que tenha sido a decisão proferida na impugnação, não haverá coisa julgada material relativamente à inaptidão ou inidoneidade do interventor⁷⁸.

Também mediante decisão motivada, o fiscal ou interventor poderá ser substituído a qualquer tempo, de ofício e independentemente de impugnação, por se tratar de função de confiança do magistrado. Caso ocorra descumprimento de dever por parte do escolhido, é obrigatória a mudança do mesmo, conforme determina o artigo 73, §2º, segunda parte da lei 8884/94⁷⁹. Também será substituído em caso de renúncia.

Assim que afastado um interventor, outro deve ser nomeado para substituí-lo, pois a presença constante do interventor é indispensável. O artigo 71 da Lei 8884/94 estabelece prazo de cinco dias para a nomeação do novo interventor, quando a impugnação é julgada procedente. Transcorrido referido prazo sem a nomeação, o executado assume a plenitude da administração de sua empresa, até futura indicação do juiz.

5.5.3 Colaboração com o Interventor e Conseqüências

“Nos casos de intervenção, o responsável pela administração da empresa deverá cooperar de todos os modos a seu alcance para que a execução específica da obrigação seja levada a termo”⁸⁰. De acordo com o artigo 74 da Lei 8884/94, se o responsável obstar a atividade do interventor, o juiz poderá determinar seu imediato afastamento, e a substituição será feita de acordo com as regras próprias aplicáveis ao tipo de sociedade sob intervenção.

⁷⁷ COELHO, op. cit., p. 143.

⁷⁸ Ibid., p. 144.

⁷⁹ O dispositivo impõe ainda a obrigatória substituição quando o interventor incorrer em insolvência civil ou quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação.

⁸⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei antitruste: (Lei nº 8884 de 11.06.94)*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 137.

Mas, se um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, ou se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração do interventor, o juiz determinará que o nomeado assumirá total controle da empresa, conforme §1º e §2º do artigo 74.

Fábio Ulhoa Coelho entende que referida medida de assunção da empresa é excepcional e deve ser adotada somente depois de se revelarem infrutíferas todas as outras possíveis providências admitidas pela lei. Para ele,

o essencial, no tratamento da matéria, é que o juiz não perca de vista os objetivos que deram ensejo à intervenção, cujo cumprimento é o que interessa. Por outro lado, é bom acentuar que a assunção da empresa é medida que envolve extraordinária complexidade e demandará do magistrado que a decretar a máxima atenção, no sentido de não comprometer, com esse ato, a estrutura administrativa, a saúde econômica e financeira e a prosperidade da empresa sob intervenção⁸¹.

Também entende ser cabível agravo de instrumento contra decisão baseada no artigo 74 citado.

Do mesmo modo, e de acordo com o artigo 78, será penalmente responsável pelos crimes de resistência, desobediência e coação, na forma dos artigos 329, 330 e 344 do Código Penal, “todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor”.

João Bosco Leopoldino da Fonseca entende que “o interventor representa e atua o poder judicial, sendo um seu prolongamento, investido como está por ordem judicial de poderes de atuação. A resistência às determinações do interventor se reflete na resistência à ordem e atuação judiciais”⁸².

Para Fábio Ulhoa Coelho,

omitiu-se a lei antitruste na menção ao crime de usurpação de função pública, em que incorre o funcionário público – serventário da Justiça, por exemplo – que obstaculizar ou frustrar os efeitos da intervenção no exercício de sua competência funcional. O próprio interventor pode incorrer nessa conduta ilícita. Ele poderá, por exemplo, ter interesse na procrastinação das providências apontadas pelo despacho interventivo, tendo em vista a percepção de maior remuneração ou gozo de outras vantagens relacionadas com a função interventiva. Nesse caso, por se encontrar no exercício de sua função específica, não se caracteriza o crime de desobediência, mas o de usurpação de função pública⁸³.

⁸¹ COELHO, op. cit., p. 148/149.

⁸² FONSECA, op. cit., p. 178.

⁸³ COELHO, op. cit., p. 151.

O agente ou o comitê poderá interferir sobre o uso dos bens titularizados pelo réu, ou poderá intervir na própria administração empresarial ou institucional deste. No caso de sua pronta colaboração, o nomeado agirá apenas como fiscal ou consultor, fazendo sugestões e traçando um plano a ser cumprido. Mas, assim que desatendido o comando judicial, permanecerá a potencialidade de agir constrictivamente, nos limites fixados pelo magistrado e sob controle deste. E, em alguns casos, a gravidade da situação exigirá que o juiz, desde logo, afaste os administradores de parte ou da totalidade de suas funções, assumindo diretamente o interventor.

5.5.4 Período de Intervenção

A intervenção judicial será sempre temporária, e durará o período necessário para a obtenção do resultado específico. Para a efetivação da tutela, o período poderá ser superior ao tempo de 180 dias, previsto no artigo 73, "caput", da Lei 8884/94, e deverá ser fixado de acordo com os valores envolvidos. O próprio artigo 77 da mesma lei prevê a possibilidade do interventor pedir a prorrogação do prazo.

A lei não especifica qual deverá ser o prazo para tal prorrogação, nem se poderá haver mais de uma prorrogação. Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca "uma série indefinida de prorrogações atenta contra o princípio constitucional da liberdade de iniciativa"⁸⁴. O autor cita a intervenção prevista na lei 6.024 de 1974 que, em seu artigo 4º, estabelece que o período de intervenção não excederá seis meses, o qual, por decisão do Banco Central, poderá ser prorrogado uma única vez, por igual período.

No entanto, não parece ideal a fixação de um período de tempo ou do número de prorrogações admissíveis, mas sim que seja analisado o caso concreto e, sobretudo, a razoabilidade. Também nesse sentido, deve ser encerrada a intervenção assim que integralmente efetivada a tutela, cabendo ao autor da ação, ao juiz e ou interventor tentar concretizá-la o mais rápido possível.

Tendo em vista a garantia constitucional da adequada tutela jurisdicional, Eduardo Talamini entende que

⁸⁴ FONSECA, op. cit., p.178.

é precisamente no campo dos direitos fundamentais – por exemplo, para assegurar adequado tratamento a internos de presídio, hospital psiquiátrico, asilo – que se pode fazer mais premente a prolongada atuação de interventores e fiscais judiciais. E não teria legitimidade constitucional, em tal hipótese, a cessação do único mecanismo eficiente de tutela em razão de mero decurso do prazo formalmente estabelecido (...) A definição do lapso de tempo que deve durar a intervenção – a exemplo do próprio cabimento da medida – passa pela ponderação concreta dos valores constitucionais envolvidos. Tal como todos os demais provimentos alusivos à intervenção, a decisão sobre o tema será recorrível.⁸⁵

Luiz Fernando C. Pereira ensina que a nomeação deverá ser sempre em caráter provisório, em caráter não perene, assim, “em hipótese alguma poderá haver sentença final que disponha acerca da nomeação de um administrador para qualquer sociedade; este é, e sempre será, atributo próprio de deliberação interna”. Segue afirmando que “Qualquer coisa fora disso só seria possível através de legislação específica, como no caso, apenas por analogia, da nomeação do síndico no processo falimentar (também provisória, é verdade) ou ainda do interventor em instituições financeiras. Ao judiciário cabe intervir para afastar uma anormalidade, para disciplinar uma situação transitória, nunca para substituir em definitivo a vontade da maioria”⁸⁶

Comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou, “desaparecido o motivo”, nas palavras de Cretella Júnior⁸⁷, a intervenção poderá ser revogada até mesmo antes do prazo estabelecido, é o que dispõe o artigo 72 da Lei 8884/94. Nada justifica a continuidade da intervenção.

Conforme João Bosco Leopoldino da Fonseca, “deverá evitar-se que ocorra neste tipo de intervenção aquilo que já se tornou uma lamentável tradição, quer no processo falimentar, quer na intervenção decorrente de aplicação da Lei nº 6.024, de 1974, em que o processo intervencionista, pelas suas sucessivas e intermináveis prorrogações e pela delonga interminável, acaba se transformando em um ‘bom negócio’ para síndicos e interventores”⁸⁸.

⁸⁵ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 280.

⁸⁶ PEREIRA, *op. cit.*, p. 235.

⁸⁷ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 128.

⁸⁸ FONSECA, *op. cit.*, p. 173.

5.5.5 As Funções do Interventor

Entende Fábio Ulhoa Coelho que “para que possa exercer as suas atribuições, o interventor precisa se investir na função através de um termo de posse, lavrado no livro ‘diário’ escriturado pela empresa sob intervenção, ou em outro livro qualquer se aquele não existir”. Explica que referida formalidade não está especificamente prevista na lei Antitruste, mas é regra nas intervenções do Banco Central nas instituições financeiras decretadas conforme o artigo 8º da lei 6.024/74. Segundo o autor, “ela se justifica como ato destinado a assinalar o início do exercício dos poderes de representação societária inerentes à interventoria”⁸⁹.

Conforme dispõe o artigo 75 da lei Antitruste, compete ao interventor: “I- praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução; II- denunciar ao juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento; III- apresentar ao juiz relatório mensal de suas atividades”.

Talamini entende que, nos limites de sua investidura, o administrador atuará concretamente as medidas sub-rogatórias e repressivas diretas necessárias à consecução do resultado específico, e que “não parece possível, entretanto, que o interventor institua autonomamente medidas coercitivas. Haverá de se ater àquelas fixadas pelo juiz - sem prejuízo de que sugira ao magistrado a determinação de outras”⁹⁰.

Nesse sentido, observa o autor que a atuação prevista para o administrador judicial no Brasil é mais limitada do que a do *administrator* ou *committe* prevista no direito americano. Expõe que:

A estes é geralmente conferido o poder de adotar provimentos sancionatórios contra a parte que insista na conduta indevida e, mesmo, o poder de instaurar “verdadeiro e próprio *contempt proceeding*”, a fim de que a parte cumpra voluntariamente a decisão judicial. A gama de poderes que parece viável atribuir ao interventor judicial em nosso sistema – na medida em que dela se exclui o poder sancionatório autônomo contra atos de desobediência – aproxima-se mais daquela conferida aos *Human Right Commitees* para assegurar o adequado tratamento a internos em hospitais, presídios, reformatórios, etc⁹¹.

⁸⁹ COELHO, op. cit., p. 142.

⁹⁰ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 281.

⁹¹ *Ibid.*, p.282.

Também conforme o artigo 77, ao final da intervenção, o interventor apresentará ao juiz relatório fundamentado de sua gestão, oportunidade em que poderá requerer a prorrogação da medida. O executado poderá contestar o conteúdo de tal relatório final, alegando a desnecessidade da prorrogação ou o que for do seu interesse.

Da mesma forma, o nomeado tem o dever de prestar informações periódicas sobre o desenvolvimento da intervenção (relatórios, prestações de contas), pois sua atuação ficará submetida ao controle permanente do juiz. Este deverá, de ofício ou por provocação das partes, sempre que necessário, ditar novas instruções ao interventor, a fim de corrigir ou completar sua atuação. Todas as suas decisões devem ser fundamentadas.

Entende Fábio Ulhoa Coelho⁹² que o interventor atua dentro do objeto da intervenção, não tendo o direito de se imiscuir nos demais assuntos da sociedade, nem o de participar das reuniões de diretoria ou do conselho de Administração e demais órgãos societários. Segundo o autor, “terá apenas direito aos recursos humanos e materiais indispensáveis ao exercício de suas funções, como sala, telefone, secretaria, equipamentos etc.”, e a negativa de tais recursos será considerada obstaculização do exercício das funções, podendo ser aplicado o artigo 74 da lei antitruste já analisado.

5.5.6 Despesas com a Intervenção

O juiz deverá arbitrar uma remuneração ao terceiro nomeado, da mesma forma como são remunerados o síndico na falência, o comissário na concordata, e outros auxiliares do juízo.

Serve de base para a fixação do valor a forma de intervenção, e assim a complexidade e dificuldade do encargo, bem como o tempo para o cumprimento da medida.

Luiz Fernando C. Pereira acredita que, quando a nomeação for de interventor-administrador, o mais atuante conforme sua classificação já vista, a

⁹² COELHO, op. cit., p. 149.

remuneração deve ter como parâmetro a mesma arbitrada para o administrador eleito e judicialmente destituído⁹³.

Também deve o magistrado ter em vista o menor agravamento possível da situação do réu. Estabelece o artigo 76 da lei 8884/94 que as despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada. Tal dispositivo inverte o disposto pela regra do artigo 19 do Código de Processo Civil, segundo a qual, a parte que requerer a prática de certos atos arcará com as respectivas despesas.

Entende Eduardo Talamini⁹⁴ que o custeio das medidas a que se refere o §5º do artigo 461, deverá ser, sempre que possível, arcada pelo réu, evitando-se ao máximo que os valores sejam adiantados pelo credor, pois o reembolso só é feito posteriormente e em execução por quantia certa. Afirma que o adiantamento pelo requerente da medida será necessário quando esta tiver caráter excepcional e se tratar de cautelar conservativa, que não é objeto do presente estudo. Ainda segundo o autor "o juiz pode autorizar o interventor a providenciar o desconto periódico de sua remuneração na própria empresa"⁹⁵.

5.5.7 Delimitação das Providências

O parágrafo único do artigo 69 da Lei 8.884 prevê que a decisão determinadora da intervenção deverá ser fundamentada e indicar "clara e precisamente as providências a serem adotadas pelo interventor". No entanto, nem sempre a tarefa necessária é passível de minuciosa e exaustiva definição prévia pelo juiz, devendo ser conferida a este uma certa liberdade para desempenhar suas funções, em conformidade com as exigências do caso concreto. O magistrado fixará as diretrizes gerais, os objetivos, e acompanhará o concreto desempenho por parte do interventor. Segundo Talamini: "a nomeação de fiscal-interventor tem vez precisamente naquelas hipóteses em que, por estender-se para o futuro e depender de peculiaridades da estrutura interna do réu, resta indefinida a exata forma de

⁹³ PEREIRA, op. cit., p. 261.

⁹⁴ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p.279.

⁹⁵ TALAMINI, *Efetivação judicial...*, p. 1219.

consecução do resultado específico: sabe-se com exatidão o fim que se deve atingir, mas não se pode prever os exatos percalços por que se passará”⁹⁶

E aqui se revela importante diferença entre a figura em questão e a forma prevista para o desempenho das medidas tradicionais de sub-rogação, como o oficial de justiça ao proceder a penhora, o terceiro contratado para prestar o fato em lugar do devedor, dentre outros: estes se submetem a modelo rígido e preestabelecido.

Dispõe o artigo 73 da Lei 8884/94 que o interventor é responsável por suas ações ou omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.

Leciona Cretella Júnior: “quando o interventor ultrapassa os limites dos atos necessários ao cumprimento do dever judicial, que a determinar, poderá cometer abuso de poder ou desvio de finalidade, suscetíveis de correção pelo Poder Judiciário, que restaurará o equilíbrio jurídico, nomeando outro interventor e responsabilizando o destituído pela conduta abusiva”⁹⁷.

Ensina João Bosco Leopoldino da Fonseca⁹⁸ que “o interventor não pode arvorar-se num empreendedor. Ele é um simples executor de ordens judiciais, podendo ser responsabilizado por suas ações e omissões. Tanto erra quando age além do que é permitido, como quando deixa de praticar os atos necessários ao desempenho de sua função”. Segundo o autor, quando “se vale de poderes maiores do que aqueles que lhe foram outorgados, comete abuso de poder, devendo ser responsabilizado por este excesso. Se, porém, ao praticar os atos de que está encarregado, o faz com finalidades diferentes daquelas que lhe foram fixadas pelo juiz, o faz com desvio de finalidade”⁹⁹.

Cabe aqui ressaltar que o Estado será responsabilizado em decorrência da intervenção indevidamente decretada ou conduzida.

⁹⁶ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 281.

⁹⁷ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 136.

⁹⁸ FONSECA, *op. cit.*, p. 173.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 174.

5.5.8 Fazenda Pública como Ré

Em atenção ao princípio da separação dos poderes, parece correto entender que a medida em análise não pode ser utilizada contra o Estado.

Sérgio Arenhart reserva à tutela mandamental o atendimento das prestações exigíveis contra o Estado. Menciona o autor a existência do princípio da repartição das competências administrativas, como princípio vigente na Administração Pública, que delimita a cada um dos servidores vinculados ao Estado atribuições determinadas, que não podem ser invadidas por outros agentes (nem mesmo pelo juiz)¹⁰⁰.

O não cabimento da medida fica ainda mais evidente nos casos em que se exigiria parcial restrição à atuação ou o afastamento do chefe do Poder Executivo, pois as hipóteses de cabimento desta referida intervenção estão taxativamente previstas na Constituição Federal, em seus artigos 34-36, assim como seus requisitos e modo de processamento. Tais regras disciplinam a intervenção de um ente federativo sobre o outro, mas não a intervenção do Poder Judiciário sobre a chefia do Poder Executivo, dentro de uma mesma esfera federativa¹⁰¹.

Em relação ao exposto, e como exemplo de aplicação da medida de intervenção estudada, cabe a análise dos julgados a seguir, dentre os raros que abordam o tema em questão.

O Juízo da Comarca de Jaguaruana – CE concedeu tutela antecipada na ação de indenização promovida por Arisa Agroindustrial e Reflorestadora S/A em face do Banco do Nordeste do Brasil S/A, determinando o pagamento por parte deste do valor de R\$3.864.168,43. Decisão monocrática confirmada pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará.

Com a finalidade específica de dar cumprimento a mesma, o Desembargador José Mauri Moura Rocha, decretou intervenção judicial na mencionada instituição financeira, afastando seu Presidente e determinando que o

¹⁰⁰ ARENHART, *Perfis da tutela...*, p. 91.

¹⁰¹ Eduardo Talamini entende possível o emprego de meios de sub-rogação quando a Fazenda Pública for ré. No entanto, afirma o autor que “só há um limite absoluto quando a intervenção judicial tiver por objeto a própria chefia do Poder Executivo – hipótese em que a Constituição é taxativa acerca dos pressupostos, modo de processamento e órgão competente.” (*Tutela relativa...*, p. 300).

Gerente Geral efetuasse a imediata transferência de valores ao Banco do Brasil S/A de Jaguaruana, à disposição do Juízo daquela comarca. Na mesma oportunidade, nomeou como interventor o juiz da 23ª Vara Cível de Fortaleza, incumbindo-lhe a prática de todas as medidas necessárias ao cumprimento da decisão, com fundamento no artigo 461, §5º do Código de Processo Civil.

Analisando uma dentre várias das postulações dirigidas ao Superior Tribunal de Justiça a respeito da causa, pronunciou-se referida Corte:

“TUTELA ANTECIPADA. EXECUÇÃO. INTERVENÇÃO JUDICIAL DECRETADA EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ILEGALIDADE. Dentre os diversos meios colocados à disposição do interessado para obter o cumprimento da tutela antecipatória, não se acha a intervenção judicial em entidade bancária, mediante o afastamento de seu Presidente.”¹⁰²

Citada decisão considerou a medida ilegal fundamentando que a mesma não teria base legal, visto que o artigo 461, §5º do Código de Processo Civil seria aplicável em ações para cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, e não de dar, como a ação de indenização, e que seria intervenção em órgão oficial de crédito fora das hipóteses previstas na Lei 6024/1974. Ademais, a medida adentraria na esfera de competência do Presidente da República, a quem comete nomear e demitir o Presidente do Banco em questão.

Cabe ressaltar que a intervenção prevista na Lei 6024/1974 possui finalidade diversa da medida em análise e é cabível também a diferentes hipóteses, como anteriormente mencionado (ver 5.2).

Por fim, deve-se citar também outro julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

“MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA CONTRA O BANCO CENTRAL DO BRASIL. CONCESSÃO DE LIMINAR PARA O DEPÓSITO EM JUÍZO DO VALOR QUESTIONADO. DESCUMPRIMENTO PELA AUTORIDADE IMPETRADA. DECISÃO DO JUÍZO DETERMINANDO A EFETIVAÇÃO DO DEPÓSITO SOB PENA DE MULTA DIÁRIA E NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR JUDICIAL PARA QUE SEJA PRATICADO O ATO DETERMINADO NA LIMINAR. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER O ATO IMPUGNADO. – LIMINAR. Subsistência que não se recomenda, tanto mais porque desprovida a espécie de um dos seus pressupostos indispensáveis, qual o concernente ao *periculum in mora*. Ademais, o que a realidade dos autos demonstra é que o impetrado, ora sucitante, mais uma vez procura se utilizar de uma medida, dentre as tantas que sem sucesso ajuizou, para se furtar ao cumprimento da decisão impugnada. – ADMINISTRADOR JUDICIAL. A

¹⁰² Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental na Petição n. 734/Ceará (96.59440-6), requerente União Federal, requerido Desembargador Relator do processo n. 96043095 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, 23 out. 1996.

substituição do agente do poder público por um administrador *ad hoc*, em ordem a cumprir a liminar, com a efetiva transferência do numerário à conta do juízo, não encontra suporte legal e invade privativa competência da entidade pública. Conflito parcialmente procedente.”¹⁰³

5.6 OBSERVAÇÕES FINAIS

Cabe mais uma vez ressaltar que a intervenção judicial deverá ser tratada com medida drástica e excepcional, pois em maior ou menor medida, conforme os casos concretos, restringirá a liberdade de empresa (CF, art.170) ou de funcionamento das associações (CF, art. 5º, XVIII) ou, tratando-se de ente público, ao princípio da separação dos poderes (CF, art.2º), dentre outros.

Mas isso não configura óbice ao emprego da medida, que encontra amparo na conjugação de dois valores constitucionais: a exigência de tutela jurisdicional plena e adequada (art. 5º, XXXV) e a preservação da ordem econômica como delineada constitucionalmente (arts. 170, 173 e 174). Conforme entende Talamini “Busca-se resguardar a efetividade de proteção naqueles casos em que não há outro meio de se concretizar o resultado determinado pelo provimento. De resto, a intervenção judicial é alternativa mais segura e compatível com as garantias constitucionais do que a intervenção administrativa, admitida excepcionalmente no direito brasileiro”¹⁰⁴.

Deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade diante da tensão entre os valores constitucionais. Desta forma, verificar-se-á qual o valor mais relevante na situação concreta. A intervenção não deverá ser adotada quando medida menos drástica for apta para atingir, sem custos excessivos, os mesmos resultados. Ademais, ela deverá restringir-se ao estritamente necessário para a efetivação do provimento, conforme dispõe o artigo 73 da lei Antitruste, e, desta forma, se a intervenção parcial for suficiente, deverá ser afastada a total, bem como terá preferência a intervenção como mera fiscalização se possível.

¹⁰³ Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Atribuições n. 46/São Paulo (95.29495-8), suscitante Banco Central do Brasil, suscitados Presidente do Banco Central do Brasil, Juízo Federal da 9ª Vara Cível de São Paulo e Estado de São Paulo, Relator Ministro Américo Luz, Primeira Seção, 20 jun. 1995.

¹⁰⁴ TALAMINI, Efetivação judicial..., p. 1221.

Portanto, deve-se ter muito cuidado ao aplicar a medida, que terá repercussões institucionais, seja no âmbito público ou privado, e implicações políticas e práticas, que fogem da esfera estritamente jurídica. Um modo de minorar a dificuldade, “e evitar os males maiores da inércia ou da atuação intuitiva e caprichosa”, para Eduardo Talamini, seria com a designação de auxiliares com efetivo domínio teórico e prático das matérias extrajudiciais envolvidas, e com a consideração atenta por parte do juiz dos subsídios trazidos pelas partes, até mesmo do próprio réu, na medida em que este tenha domínio específico da matéria ou se valha de assistentes técnicos para tanto¹⁰⁵.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 1222/1223.

6 CONCLUSÃO

Muitas constatações foram feitas ao longo do presente trabalho visando atingir o seu objetivo principal.

Inicialmente, e com enfoque na idéia de um direito à prestação jurisdicional efetiva, verificou-se que a tutela específica é hoje o objetivo primeiro visado pelo ordenamento para o cumprimento das obrigações. Ela visa conferir ao titular do direito o mesmo resultado que se teria com o adimplemento da obrigação, possibilitando a maior coincidência possível entre a prestação devida e a tutela jurisdicional entregue, protegendo de modo mais adequado o direito material.

Neste sentido, constatou-se que a conversão em perdas e danos não consegue tutelar de forma adequada muitas espécies de direitos, especialmente aqueles não patrimoniais, que geralmente estão ligados aos direitos fundamentais, como a vida, a honra, a intimidade, e também à questões de cunho coletivo, como em relação ao meio ambiente e aos consumidores, e que, uma vez relegada tal conversão à excepcionalidade, é utilizada somente se for impossível o alcance da prestação devida. E ainda, que não há ofensa à dignidade humana, nem à liberdade de querer ou não querer, a adoção de técnicas capazes de substituir a atuação do devedor ou de pressioná-lo a cumprir o dever, desde que respeitada a proporcionalidade e os demais princípios do ordenamento.

Demonstrou-se a insuficiência da classificação tradicional das ações, em especial da condenatória, bem como da ineficiência do sistema típico de meios executivos e, com isso, a necessidade de novas formas de tutela, visando um processo que possa responder, com efetividade, às diversas situações de direito material e às particularidades dos sujeitos envolvidos. Assim, depois de apresentados os provimentos mandamentais e executivos e os meios coercitivos e sub-rogatórios por eles viabilizados, verificou-se que o artigo 461 do CPC, assim como o artigo 84 do CDC, abrem possibilidade para o uso dos mesmos.

Utilizando o artigo 461 como fundamento para o presente estudo, mesmo reconhecendo a viabilidade dos citados meios e provimentos por outros dispositivos, constatou-se que referido artigo, através de seu parágrafo quinto, pode servir como uma espécie de “cláusula geral” que possibilita o emprego de meios executivos típicos e atípicos, respeitados os princípios processuais, afastando-se assim o

princípio da tipicidade dos meios de execução. Cabe ressaltar que o dispositivo também permite a antecipação de tutela, a prevenção, a adoção de medidas de ofício, dentre outros mecanismos, disponibilizando técnicas capazes de permitir a prestação da tutela jurisdicional de modo mais efetivo e adequado, no âmbito das obrigações de fazer e não fazer.

Portanto, há hoje a possibilidade de adoção de inúmeros meios de execução, com a utilização de medidas coercitivas e sub-rogatórias que, respeitados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da menor restrição possível ao demandado, não ferem a esfera jurídica deste. O parágrafo quinto do artigo 461 enumera apenas exemplificativamente algumas destas medidas e abre a possibilidade de adoção de outras, recebendo o conjunto de todas elas, pela doutrina, a denominação “medidas necessárias” ou “medidas de apoio”.

Referidos mecanismos são postos a agir em favor da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer (ou “resultado prático equivalente”, na terminologia utilizada pelo artigo), devendo esta ampla viabilidade de escolha respeitar os princípios regentes do ordenamento e visar a melhor solução para o caso concreto.

Respondendo ao objetivo central do presente estudo, demonstrou-se a possibilidade de adoção da medida de Intervenção Judicial, como medida atípica de sub-rogação viabilizada pela mencionada “cláusula geral” e com espelho em medida específica prevista na lei de proteção ao abuso do poder econômico (Lei 8.884/94). A Intervenção pode, portanto, ser utilizada nos casos em que demandado é constituído por uma estrutura empresarial ou institucional e a conduta devida é complexa e não exaurível por uma só ação ou omissão.

Da mesma forma como anteriormente mencionado, também não há ofensa à esfera jurídica do demandado com a substituição de sua atuação, quando se tratar este de pessoa jurídica ou estrutura organizacional.

Medida como esta é utilizada de forma consolidada por outros países, em especial pelo direito estadunidense, ao passo que no Brasil, mesmo viabilizada pelo ordenamento, como entendem importantes autores, ainda não recebeu a atenção merecida.

Mas também se procurou demonstrar através do presente trabalho que o ordenamento permite as mais diferenciadas espécies de medidas executivas, sem

ferir as garantias citadas. Assim como a medida de Intervenção apresentada, é imprescindível a busca por cada uma delas, seu desenvolvimento e efetiva utilização, de acordo com o direito material, com o caso concreto e com a época em que se fizer necessária, sempre dentro dos limites legais. E o que é ainda mais importante: ter em vista que referida busca objetiva a mais adequada solução dos conflitos, para o cumprimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e, em decorrência e como desdobramento deste, do direito ao meio executivo adequado.

Visualizar a prestação da tutela jurisdicional como da forma aqui exposta é uma das maneiras de se possibilitar o atendimento ao atual conceito de acesso à justiça, que não assegura apenas o mero acesso aos tribunais, mas também a tutela efetiva, adequada e tempestiva contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica realmente justa. E isso significa também a pré-ordenação dos instrumentos processuais adequados à concretização dessa garantia.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 80, ano 20, p. 103-110, out./ dez. 1995.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada** [coordenação Luiz Guilherme Marinoni]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v.2).

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva** [coordenação Luiz Guilherme Marinoni]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v.6)

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BLACK, Henry Campbell M. A. **Black's Law Dictionary**. 4. ed. rev. St. Paul: West Publishing Co., 1958.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei antitruste: (lei nº 8884 de 11.06.94)**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Execução civil**. 8.ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Comentado pelos autores do Anteprojeto. 7.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, ano 20, p. 65-76, jul./set. 1995.

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

_____. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. In: **Processo de execução e assuntos afins**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.296-321.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. volume VIII, tomo I, arts. 796 a 812. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIEBMAN, Enrico Túllio. **Processo de execução** (Com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Manual de direito processual civil** (tradução e notas de Cândido R. Dinamarco). Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MALACHINI, Edson Ribas. A eficácia preponderante das ações possessórias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, ano 18, p.13-30, jul./set. 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

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

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

_____. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

PEREIRA, Luiz Fernando C. **Medidas urgentes no direito societário** [coordenação Luiz Guilherme Marinoni]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v.5.)

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.2.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Notas sobre as tutelas mandamental e executiva lato sensu nas leis 10.358/2001 e 10.444/2002. **Revista de Processo**, São Paulo, n.110, ano 28, p. 196-224, abr./jun. 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.2.

_____. **Do processo cautelar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Dissertação para exame do curso de pós-graduação em Ciências Jurídico-civis na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2. ed. Coimbra: [s.n.], 1997.

SILVESTRI, Elisabetta. Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 1, anno XXXVI (Seconda Serie), p. 41-70, Gen./Mar. 1981.

_____. Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 4, anno XXXVI, p. 533-552, Lugl./Ago. 1988.

TALAMINI, Eduardo. As tutelas típicas relativas a deveres de fazer e de não fazer e a via geral do art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, ano 25, p. 173-181, jan./mar. 2000.

_____. Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo da Defesa Econômica – CADE (Lei Federal n. 8.884/94). In: **Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante**. Coordenadores: Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1181- 1243.

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

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 59, ano 15, p. 72-97, jul./set. 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1.

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 105, ano 27, p. 09-33, jan./mar. 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: processo de execução.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: **Reforma do Código de Processo Civil.** Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer.. **GENSIS - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 1, ano 1, p. 111-124, jan./abr. 1996.