

# Técnica executiva como instrumento de atuação do juiz para primazia da tutela específica

**Autore:** Naiara Souza Grossi

**In:** Diritto civile e commerciale

**Sumário:** 1. Introdução 2. A função jurisdicional executiva 3. As técnicas de execução: mecanismos de efetivação da tutela específica 3.1 Medida de coerção indireta: multa 3.2 Medida de coerção indireta: prisão 3.3 Meios sub-rogatórios 4. Fase executiva: possibilidades de atuação do juiz 5. Conclusão 6. Bibliografia

**Resumo:** O presente trabalho analisa em que medida a função executiva bem como os meios executivos podem contribuir para primazia da tutela específica quando adequadamente aplicados ao caso concreto pelo magistrado. O âmbito de análise é o processo coletivo que visa resguardar os direitos massificados. Evidencia que os referidos direitos não podem ser reduzidos em pecúnia e por tal razão carecem de um esforço de seus “agentes” no sentido de ampará-los na sua forma específica. Demonstra que mais do que novas técnicas executivas e leis específicas amparando os direitos metaindividuais, a efetividade do processo coletivo - e conseqüentemente dos direitos difusos e coletivos - pode ser alcançada com o “simples” alinhamento aos preceitos e princípios do próprio Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** função executiva - magistrado - tutela específica

**Riepilogo:** Questo studio esamina in che misura la funzione esecutiva e dei mezzi esecutivo possono

contribuire al primato della tutela specifica se correttamente applicato a questo caso da parte del magistrato. L'ambito di analisi è il processo collettivo che mira a tutelare i diritti accomodante. La prova che tali diritti non possono essere ridotti in denaro e per questo motivo richiederà un notevole sforzo dei suoi "agenti" al fine di sostenerli nel loro modo specifico. Mostra che più di nuove tecniche specifiche leggi e dei diritti esecutivo metaindividual rafforzare l'efficacia del processo collettivo - e dunque del diffuso e diritti collettivi - può essere ottenuto con l'allineamento "semplice" ai precetti e ai principi di uno Stato democratico stesso.

**Parole chiave:** esecutivo funzione - il magistrato - una protezione specifica

Ler foneticamente

Dicionário - Ver dicionário detalhado

## 1. Introdução

Não parece viável, ao se tratar de direitos metaindividuais, reduzir toda pretensão em pecúnia, pois o que se busca é a proteção de um bem fundamental - vida, saúde, segurança etc. - que, individualmente, não se tem condições processuais de ser alcançado, ou ainda "um processo de resultados", qual seja, um processo que contenha instrumentos que assegurem plenamente a utilidade fática de suas decisões. Nesse sentido, muito embora a tutela ressarcitória tenha se mostrado como remédio final para o problema, não tem se apresentado, verdadeiramente como eficaz para assegurar esses "novos direitos". Nem todo direito lesionado terá sua resolução em perdas e danos.

Diante da proteção conferida aos direitos difusos e coletivos, o juiz deve permanecer adstrito à letra da lei, atuando somente nos limites desta, ou deve interpretar o processo à luz dos princípios Constitucionais, como um autêntico instrumento de atuação estatal na efetivação de direitos que é, aplicando as ferramentas que já possui de maneira consciente e situada diante do caso concreto, buscando soluções alternativas, inovadoras através de uma interpretação ampliada e dinâmica das regras dispostas, logrando o resultado final almejado?

O presente trabalho, por meio de uma análise crítica e fundamentada na doutrina brasileira – que tem mostrado grandes avanços, sendo considerada uma das mais modernas no assunto ora abordado – deseja responder esses questionamentos e mais, deseja apontar de que maneira (s) a atuação do magistrado frente a tutela executiva coletiva pode contribuir para a efetivação de direitos ou interesses metaindividuais e, mais especificamente, como referido escopo é mais adequadamente realizado quando instrumentalizado via tutela específica.

## **2. A função jurisdicional executiva**

Ao resguardar como princípio intrínseco à ordem jurídica brasileira que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF/88, art. 5º, XXXV), desejou o legislador estabelecer que a jurisdição – entendida como a atuação da lei mediante a substituição pela atividade de órgão público para efetivar direitos expressos na própria letra da lei –, não pode se contentar em simplesmente declarar o direito.

Nas palavras de Vicente Greco Filho:

A atividade jurisdicional, para alcançar suas finalidades últimas de declarar e aplicar em concreto a vontade da lei exige não só um sistema de atos e termos que leve a uma decisão mais justa possível, mas também um conjunto de meios tendentes a efetivar o que foi decidido, dando ao vencedor no plano fático, o bem jurídico material que a sentença atribuiu a uma das partes.<sup>1</sup>

Dentro dessa perspectiva ampla da tutela jurisdicional, de não somente “dizer” o direito mas também de facere jus uma vez que, como já demonstrado o acesso à justiça é garantido não somente com a prolação de uma sentença de mérito mas também com uma atividade jurisdicional voltada para consecução concreta e efetiva do direito declarado<sup>2</sup>, é que se alude ao processo de execução.

A doutrina clássica refere-se ao processo de execução como aquele que invade a esfera patrimonial do devedor para que a obrigação inadimplida por este seja ressarcida ao credor.<sup>3</sup> Em casos nos quais a execução tem como único objetivo o pagamento em dinheiro ou qualquer outra obrigação que envolva transação patrimonial, bem como coisa móvel ou imóvel em virtude de direito real ou obrigacional, tal raciocínio reputa-se correto.<sup>4</sup>

Todavia, há casos em que a mera invasão ou retirada do patrimônio do devedor não proporciona a efetivação da tutela jurisdicional de direito. São danos causados ao meio ambiente, infringentes às relações de consumo, ao patrimônio histórico e cultural etc.,<sup>5</sup> onde a tutela que iniba<sup>6</sup> a prática de ato danoso ou a tutela que remova os efeitos concretos do ato praticado contra o direito<sup>7</sup>, por exemplo, quando aplicadas, mostram-se muito mais eficazes quando executadas.

Para Elton Venturi<sup>8</sup>, a invasão ao patrimônio do devedor deve ser inclusive interpretada – principalmente ao se tratar de direitos transindividuais nos quais prevalece o princípio da tutela específica ou do resultado prático equivalente – de forma secundária, como alternativa na impossibilidade de obtê-las, não

por outro motivo é que o referido autor busca utilizar o termo “tutela executiva”<sup>9</sup> em detrimento ao “processo de execução” para imprimir conotação àquela diversa da que a este comumente é atribuída pelo processo civil clássico, de índole individualista. Concordamos com a distinção realizada e ela também será adotada no presente trabalho.

Ao descrever as novas situações de direito material que o Estado faz emergir e, denunciar a carência de tutelas aptas a ampará-las e a inadequação da condenação do processo de execução, Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, expõem que:

É preciso perceber que a norma jurídica, no Estado contemporâneo, é um instrumento que protege direitos, impondo ou proibindo condutas, ou mesmo os assegura, permitindo o seu exercício, independentemente de qualquer relação jurídica. O direito é uma posição juridicamente tutelada. Porém, para se ter uma posição juridicamente protegida, não é necessária a existência de uma relação jurídica. Se uma posição é juridicamente protegida quando o conteúdo do direito é tutelado, não é possível ignorar que a tutela de um direito pode depender ou não da colaboração alheia. Ora, como antes demonstrado, alguns direitos realizam o seu conteúdo independentemente da colaboração alheia, ao passo que outros realizam seu conteúdo na relação com outros sujeitos, cujos comportamento é instrumental a sua realização.<sup>10</sup>

O que se deseja esclarecer e evidenciar no presente trabalho é que a tutela executiva será abordada de forma ampla e dinâmica, ou seja, “será entendida enquanto conjunção de atividades praticadas pelo Estado, no exercício da sua função jurisdicional, no intuito de fazer valer efetivamente o direito já declarado no caso concreto”<sup>11</sup> entregando ao credor tanto a prestação que lhe era devida originariamente quanto prestação equivalente e que satisfaça seus interesses.

Engloba, portanto, a tutela executiva a chamada tutela executiva indireta que é caracterizada pelo emprego de meios de coerção por parte do Poder Judiciário no intuito de pressionar psicologicamente o

condenado a satisfazer a obrigação que lhe foi imposta. Por não realizar por si só o direito material, mas atuar sobre a vontade do devedor para que a obrigação seja adimplida, a doutrina clássica entendeu que a execução indireta não seria execução propriamente dita<sup>12</sup>, mas meio de coerção indireta para que se cumpra a condenação imposta.

Destarte, a análise de forma ampla da tutela executiva faz-se necessária – além dos motivos já discorridos – principalmente ao se perceber que a estrutura e efetividade da tutela jurisdicional dos “novos direitos” é dependente dela.

### **3. As técnicas de execução: mecanismos de efetivação da tutela específica**

Os direitos difusos e coletivos exigem instrumentos aptos a possibilitar a preservação do bem transindividual em sua forma específica, seja de forma preventiva, buscando evitar a ocorrência do dano, ou repressiva buscando afastar o prejuízo ocorrido e estabelecendo o status quo ante a ocorrência do ilícito, o objetivo maior acima de tudo é evitar a simples e ineficaz conversão da obrigação em perdas e danos.

O artigo 461 e parágrafos do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, trazem previsões que visam assegurar a consecução da tutela específica, que como já demonstrado anteriormente, deverá ser entendida como: “a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação caso não houvesse ocorrido lesão ou, quando menos, ameaça de direito no plano matéria”.<sup>13</sup>

Todavia, quando não for possível a prevalência da tutela específica, a orientação é no sentido de assegurar

o resultado prático equivalente entendido como a aproximação do resultado que deveria ocorrer caso a obrigação fosse adimplida, o que equivaleria à tutela específica. Essa medida deverá ser suscitada quando todos os meios para o cumprimento da obrigação específica forem frustrados.

Dessa forma, o êxito ou não na consecução da tutela específica será determinado pelos meios empregados no intuito de coagir o devedor a adimplir a obrigação. Serão os instrumentos colocados à disposição das partes e do juiz – sejam aqueles que agem sobre a vontade do e o ânimo do obrigado (meios de coação), sejam aqueles que permitem o implemento do resultado pretendido sem a participação e vontade do obrigado (meios sub-rogatórios) – que permitirão tutelar na forma específica os bens transindividuais.

Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart:

Tanto no plano individual, como na esfera coletiva, o direito brasileiro dispõe de instrumentos capazes de atender a essa exigência. Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC permitem exatamente a imposição de uma prestação ao sujeito passivo da demanda, de forma a exigir dele algum fazer ou não fazer. Essa possibilidade de imposição de ordem, capaz de compelir alguém à realização de uma prestação, por tais dispositivos, é claramente observada em razão dos mecanismos previstos ali como técnicas de apoio, de forma a assegurar o cumprimento da determinação judicial.<sup>14</sup>

Passaremos assim a analisar os mecanismos mais utilizados para consecução da tutela específica coletiva.

### **3.1 Medida de coerção indireta: multa**

O primeiro mecanismo de apoio disciplinado pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e pelo art.

461 do Código de Processo Civil é a multa. Narra o §4º do art. 84 do CDC que o juiz, para efetivar a tutela específica, poderá “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

A multa não tem caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório<sup>15</sup>. Sua função é coagir psicologicamente o devedor para que ele especificamente cumpra a obrigação (ou abstenha-se de fazer algo) em face do credor, seu caráter, portanto, é intimidatório<sup>16</sup>. Será aplicada pelo magistrado independentemente de se tratar de obrigação fungível ou infungível<sup>17</sup> no plano material.

Justamente por seu caráter coercitivo é que o valor da multa poderá ser alterado. Seu valor não poderá ser insuficiente a ponto do seu não acatamento pelo devedor, por outro lado, o valor também não deverá ser exorbitante a ponto de colocar o executado em situação vexatória, correndo o risco de a tornar infrutífera, pois se sabe que o executado não terá como pagar o valor arbitrado, “o magistrado, assim, deve ajustar o valor e a periodicidade da multa consoante as circunstâncias concretas, com vista à obtenção do resultado específico da obrigação reclamada pelo exequente”<sup>18</sup>.

Cássio Scarpinella Bueno ainda completa a ideia acima dizendo:

Como a multa visa à realização de determinado comportamento ou abstenção e, por definição ela representa uma forma de exercer pressão psicológica no obrigado para que realize a obrigação a que está sujeito, é correto o entendimento de que ela possa, eventualmente, superar o valor do contrato ou de eventual cláusula penal para que seja eficaz no atingimento dessa finalidade. A multa deve ser fixada de uma tal maneira que leve o executado a pensar que a melhor solução para ele, pelo menos do ponto de vista econômico, é o acatamento da determinação judicial.<sup>19</sup>



Ao magistrado, nesse contexto, é reservada a função ímpar de analisar o caso concreto e aplicar a multa de forma a proporcionar o resultado acima. Mais do que isso, a postura ativa e inserida na realidade sócio-econômico-político-cultural do juiz é que permitirá que essa ferramenta coercitiva - a multa - seja eficaz na concretização da tutela específica.

Além de arbitrar o valor da multa poderá o magistrado determinar sua periodicidade de acordo com a observância do cumprimento ou não da tutela específica ou do resultado prático equivalente<sup>20</sup>, podendo inclusive instituí-la e modificá-la de ofício<sup>21</sup>, ou seja, sem requisição das partes, tudo isso em função da sua natureza jurídica intimidatória.

Dessa maneira, caberá ao juiz analisar o caso concreto e aplicar a multa, adequando seu valor e periodicidade, logrando a consecução da tutela específica. Essa postura ativa do magistrado na condução do processo coletivo - que é evidenciada e defendida no presente trabalho - é permitida pela dinamicidade que os “novos direitos” exalam. Ora se os “novos direitos” são dinâmicos também devem as tutelas almejadas, as técnicas aptas a permitir essas tutelas bem como seus agentes.<sup>22</sup>

A plasticidade que a multa, enquanto meio coercitivo, adquire frente ao processo, é o que permite afirmar ser este o mecanismo mais eficaz na concretização dos direitos difusos e coletivos, ainda que o art. 84 do CDC não preveja expressamente as prerrogativas supra expostas (alteração quanto a periodicidade, valor etc) .<sup>23</sup> Se a multa possui natureza coercitiva e caráter de mutabilidade para adequar-se às mais heterogêneas situações cotidianas, cabe ao magistrado - ainda que sem previsão legal expressa - usufruí-la de forma a proporcionar a primazia da tutela específica sobre qualquer outra.

Sintetizando todo o exposto, coadunamos com a opinião de Sérgio Cruz Arenhart:

É, portanto, esse objetivo que deve presidir toda filosofia da multa coercitiva. Deve ela ser pensada de

modo a realmente gerar a ameaça de mal que representa, e de forma que esse mal efetivamente represente para o ordenado prejuízo relevante – a ponto de induzi-lo a observar a ordem judicial. Essa multa só terá utilidade no sistema nacional se puder ela ser entendida como o meio de pressão psicológica que é; sem esse poder, totalmente inútil se torna o mecanismo, ficando sem sentido sua previsão no ordenamento pátrio. Somente, pois, com a interpretação dessa figura sob a égide desse norte é que adquire ela sua função e realiza seu papel, sendo, pois esse objetivo que deve reger toda hermenêutica feita a respeito da medida.<sup>24</sup>

### **3.2 Medida de coerção indireta: prisão**

A análise da prisão civil como meio de coação indireta ao cumprimento da tutela específica coletiva, pressupõe a análise do art. 5º. LXVII, da Constituição Federal que proclama “não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A Convenção Internacional dos Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, ratificado pelo Decreto Legislativo de 27/92) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (ratificado pelo Decreto Legislativo 336/91) vedam a prisão por dívida tendo como exceção os casos de não cumprimento da obrigação alimentar. Como o Brasil é signatário de tais tratados e, por versarem sobre direitos humanos, entram no ordenamento jurídico pátrio com status de norma constitucional e assim teriam o condão de derrogar o inciso LXVII, art. 5º da CF.<sup>25</sup>

Sergio Cruz Arenhart<sup>26</sup> leciona em sua obra que a vedação estabelecida nos referidos tratados são com relação à dívida oriunda de obrigação ou débito, caso fosse a vontade do legislador estabelecer a vedação da prisão civil em toda e qualquer modalidade, não a especificaria dizendo apenas que “não haverá prisão

por dívida”, aceitar opinião contrária, além de retirar todo e qualquer significado da expressão “dívida” permite que o descumprimento a uma ordem judicial não tenha qualquer consequência.

Cássio Scarpinella Bueno, defendendo o mesmo posicionamento em sua obra, ainda faz a seguinte ressalva:

Não se trata, por isso mesmo, de mera interpretação a contrario sensu do referido dispositivo constitucional - o que a norma estaria a vedar é, unicamente, a prisão civil por dívida e, portanto, todas as outras que não fundadas naquele pressuposto de fato, seriam permitidas -, postura hermenêutica descabida em se cuidando da análise de um dispositivo constitucional definido, pela própria Constituição, como “direito e garantia fundamental”. Trata-se, isso sim, da verificação, necessariamente casuística, de aquele mecanismo coercitivo ser a única forma de tutelar outro interesse ou direito também garantido pela Constituição Federal, viabilizando, em última análise, a efetivação da própria tutela jurisdicional.<sup>27</sup>  
[grifo do autor]

Nesse sentido Luis Guilherme Marinoni, e Sérgio Cruz Arenhart leciona:

A interpretação do art. 5º, LXVII, da CF, deve ser alçada a uma nível que considere os direitos fundamentais, deixando-se claro que, apesar de ser necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio, muitas vezes o uso do meio de prisão pode ser imprescindível à tutela dos direitos fundamentais.

Os direitos que não conseguem serem efetivamente tutelados perdem a sua qualidade. Tal postura não pode ser admitida em um Estado Democrático de Direito tal como o nosso. A multa, enquanto meio destinado a proporcionar a tutela dos direitos, não é a única ferramenta disponível em nosso ordenamento jurídico brasileiro, mostrando-se inclusive insuficiente a produzir seus efeitos principalmente diante de um réu que não possui patrimônio.

Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que nosso ordenamento proclama a garantia a direitos fundamentais, todavia, é inócuo a prestar tutela efetiva aos mesmos por ausência de instrumentos viáveis. É tornar normas como o art. 225 da Constituição Federal<sup>28</sup> incoerente, uma vez que embora o meio ambiente seja essencial para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, este não poderá ser tutelado efetivamente em face do réu não se importar com os efeitos da multa.

A interpretação que deve ser auferida da prisão civil é no sentido de garantia dos direitos fundamentais e não da perda da liberdade civil, principalmente diante da natureza dos direitos não patrimoniais. A hermenêutica constitucional, realizada à luz dos princípios e garantias fundamentais deve prevalecer para compreender o instituto como auxiliar na efetivação da tutela específica coletiva.

A autorização legal para o uso da prisão como meio de execução está nos arts. 461, § 5º do Código de Processo Civil e 84, § 5º do Código de Defesa do Consumidor. Essas normas conferem poderes ao juiz para que, diante do caso concreto, analise o binômio necessidade-utilidade da prisão e justificando a oportunidade de sua utilização frente a insuficiência dos demais meios para efetivar a decisão.

O binômio necessidade-utilidade nada mais é do que a aplicação da regra da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, segundo a análise contida na obra de Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, é concebido de forma tripartite, podendo ser subdividido por sua vez nas regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito:

Importam, nesta ocasião, as regras da adequação e da necessidade, particularmente essa última. A regra da necessidade ainda que se abre nas regras do meio idôneo e da menor restrição possível, que, somada à regra da adequação, devem orientar o poder do juiz na identificação do meio executivo no caso concreto.<sup>29</sup>

Assim, ao prestar a tutela do direito sempre deverá ser observado se o meio empregado está de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais (meio idôneo) e se o meio empregado, além de

efetivo, possibilita a menor invasão possível à esfera jurídica do réu (meio necessário também chamado de mais idôneo). Tudo isso em respeito a legitimidade da execução das decisões judiciais e das garantias a liberdade individual do réu.

Como também o princípio da tipicidade dos meios de execução – segundo o qual os meios de execução, para serem utilizados, deveriam estar expressamente previstos em lei –, não vigora mais, prevalecendo o princípio da concentração dos poderes de execução, é necessário que o juiz justifique de maneira clara, racional e precisa a correta relação entre a escolha do meio de execução e sua idoneidade e necessidade.<sup>30</sup>

O magistrado somente poderá valer-se da prisão quando comprovada a impossibilidade de efetivação da tutela por outro meio. Tal comprovação será realizada mediante justificativa (fundamentação). Dessa forma, quando não restar alternativa para a efetivação da tutela jurisdicional (multa ou outro meio executivo idôneo) que não a prisão civil, estará comprovada sua necessidade.

### **3.3 Meios sub-rogorios**

Os meios coercitivos supra referidos – multa e prisão civil – não são novidade para o ordenamento jurídico brasileiro, tão menos para o processo coletivo. A multa já estava prevista no art. 11 da Lei de Ação Civil Pública<sup>31</sup>, todavia, o art. 84, § 5º do Código de Defesa do Consumidor, traz a seguinte redação:

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

Com essa redação, o legislador permitiu que a execução coletiva específica das obrigações de fazer e não fazer, pudesse ser assegurada por outros meios a fim de assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Trata-se das medidas de apoio<sup>32</sup> ou meios sub-rogatórios que são “mecanismos de cumprimento da ordem judicial que dispensam a colaboração do ordenado, já que a prestação imposta pode ser atribuída a terceiro, de forma a realizar exatamente o resultado idêntico àquele que seria operado pelo sujeito passivo.”<sup>33</sup> [grifo nosso]

Note, como bem destacado na definição acima, que os meios sub-rogatórios podem ser operados somente quando se tratar de obrigação fungível, ou seja, a sua realização pode ser feita por terceiro que não o obrigado. Em se tratando de obrigação personalíssima, a multa irá se mostrar como solução mais efetiva para estimular o cumprimento da obrigação e, no caso de sua inefetividade, diante da demonstração da necessidade, a utilização da prisão civil.

Há quem imagine que os meios sub-rogatórios não sejam compatíveis com o ordenamento jurídico nacional em razão da agressividade que apresentam ao invadir a esfera do sujeito passivo. Todavia, como bem observa Sérgio Cruz Arenhart<sup>34</sup>, a medida sub-rogatória justamente por dispensar a colaboração do sujeito passivo, pode ser não só o caminho mais efetivo e rápido para que a medida seja cumprida, como também o menos ofensivo a esfera do obrigado.

O rol enunciado no art. 84, §5º, do CDC, foi estabelecido de forma exemplificativa pelo legislador, podendo o juiz, dentro dos limites da lei encontrar qualquer outra medida que se mostre adequada e efetiva para obter a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, ou providencias que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Assim, o juiz ao se utilizar às medidas de apoio, deve ter em mente a consecução do resultado final pretendido na demanda. Note que se ater ao resultado final da demanda não significa necessariamente se prender ao pedido realizado pelo autor<sup>35</sup>.

Luis Guilherme Marinoni<sup>36</sup>, ao estabelecer a quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e a não concentração do processo de execução dentro do processo de conhecimento, leciona ser consequência lógica também a mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença tudo no intuito de dar maior mobilidade ao juiz dentro do processo e maior mobilidade no poder de execução, e completa:

Essa proibição tinha que ser minimizada para que o juiz pudesse responder à sua função de dar efetiva tutela aos direitos. Melhor explicando, essa regra não poderia mais prevalecer, de modo absoluto, diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um “inimigo”, mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social.<sup>37</sup>

A própria redação dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC vão ao encontro dessa maior flexibilização dos poderes do juiz permitindo que ele imponha outro fazer ou não fazer para garantir o resultado pretendido pela parte. É importante destacar que a imposição de um fazer diverso do pedido não é a mesma coisa que alterar o meio executivo, este último diz respeito a alterar uma coerção direta pela multa, por exemplo, enquanto o outro altera o próprio pedido mediato da ação. Evidencia-se assim, que ao magistrado é permitido os dois, ou seja, alterar tanto o pedido mediato quanto o meio executivo utilizado.

Esse amplo poder conferido ao magistrado visa não só a efetividade da tutela jurisdicional, mas a sua efetividade com a menor restrição possível à esfera do réu. Todavia, não é porque o juiz não pode mais ser visto como um “inimigo” e seus poderes devem ser flexibilizados para efetivar a tutela jurisdicional que estes devam restar sem controle, o que se altera nesse contexto é a forma de controle, se antes era realizado pela lei impondo limites a sua atuação, hoje fica a cargo da regra da proporcionalidade – e suas subdivisões em meio idôneo, necessário e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>38</sup>

#### 4. Fase executiva: possibilidades de atuação do juiz

A jurisdicionalização dos “novos direitos” implica em uma postura mais ativa do magistrado frente ao processo. Isso porque para que se possa tutelar direitos difusos e coletivos, não é somente o processo que deve adquirir uma conotação dinâmica, mas também o juiz deverá atuar de forma ativa, enquanto construtor do direito na busca pela concretização dos direitos dos fundamentos do Estado que neste caso é refletida por meio da efetivação da tutela específica.

O juiz não é registro mecânico dos fatos, mas representante da Jurisdição enquanto função estatal, ou seja, ele é o próprio Estado administrativo, a justiça. Dessa forma a busca pela justiça não lhe pode ser indiferente, mas sim seu próprio interesse, este também é o interesse do povo, da comunidade e do próprio Estado Democrático de Direito e será na figura do juiz que tal interesse se personifica. Dessa forma, o compromisso do juiz moderno é com a realização da justiça, portanto, toda atividade necessária para a realização dos escopos do processo deverá ser desenvolvida por ele.

A ideia de que a imparcialidade do juiz estaria comprometida deverá ser afastada como bem obtempera José Roberto dos Santos Bedaque:

O necessário equilíbrio entre a autoridade do Estado e os direitos do cidadão é perfeitamente alcançado com a plena participação destes no destino daquele. No plano processual, essa participação se consegue mediante o respeito ao princípio do contraditório. Assim desde que o legislador assegure às partes o direito de participar da formação do provimento jurisdicional, influenciando no seu conteúdo, nenhum mal há em reforçar a autoridade do juiz no processo. Constitui o contraditório o tempero e a compensação necessários a evitar que a autoridade do magistrado seja transformada em arbítrio.<sup>39</sup>

Para que o magistrado possa atuar de forma incisiva na condução do processo coletivo na busca da primazia da tutela específica diversos instrumentos são colocados a sua disposição, conforme já



demonstrado, são as medidas coercitivas e os meios sub-rogatórios, cabendo ao juiz a tarefa de escolher aquele que se mostre mais efetivo podendo – e devendo – adaptar a medida ao caso concreto, como, por exemplo, alterar a periodicidade e valor da multa para torná-la mais efetiva.<sup>40</sup>

Todavia, diante do caso concreto, o magistrado pode e deve adotar medidas inovadoras para efetivar a tutela específica. Não há necessidade de previsão infraconstitucional expressa para tal, da mesma forma que os bens coletivos tutelados tem uma concepção dinâmica, a atuação do magistrado deverá tanger nesse sentido, a atuação do magistrado estará pautada na própria Constituição que tutela os direitos difusos e coletivos e os dispõe inclusive, como bens fundamentais. A atuação do juiz nessa linha é condizente com o próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido leciona José Roberto dos Santos Bedaque:

A necessidade de o juiz assumir a efetiva posição de condutor do processo, com ampla participação no contraditório desenvolvido pelas partes, corresponde a tendência unânime da moderna ciência processual. Amplia-se, dessa forma, a noção de contraditório, para incluir também a efetiva atuação do juiz no desenvolvimento da relação processual.<sup>41</sup>

Para evidenciar o posicionamento adotado neste trabalho, cumpre destacar a notícia extraída do sítio da Defensoria Pública do Estado de São Paulo que refere sobre um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, do início de julho de 2010, na cidade de São Paulo, que determinou a inscrição no SPC/Serasa (Serviço de Proteção ao Crédito) do nome de um pai inadimplente com sua obrigação alimentícia ao filho sendo que a retirada somente foi possível após o pagamento da dívida, essa medida não está expressamente prevista em lei, mas foi determinada por um juiz como mais um meio de coação para efetivar a tutela específica almejada, qual seja, o pagamento da prestação alimentícia devida.<sup>42</sup>

Outra notícia também extraída do portal da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em Marília foi proposta uma Ação Civil Pública que conseguiu, liminarmente, que cinquenta unidades de educação infantil – entre creches, berçários, unidades de pré-escolas que direta ou indiretamente ligadas ao poder público – fossem reabertas durante as férias de julho, a medida tem três dias para ser cumprida e, para cada dia de descumprimento, estabeleceu pagamento de multa no valor de dez mil reais por dia.<sup>43</sup>

Evidencia-se assim que o magistrado tem importante papel na condução e efetivação dos direitos transindividuais, entretanto, esse papel não cabe somente a ele, mas a todos os legitimados para propor Ações Coletivas, que tem mais do que a prerrogativa de agir mas o dever de cogitar novas alternativas (ativismo institucional). A efetivação de direitos ocorre quando todas as partes envolvidas no processo têm a consciência na concretização da justiça. Somente assim o manto da neutralidade será descoberto e o falso pretexto do comprometimento com a imparcialidade afastada para dar lugar a uma postura ativa, comprometida e inserida na realidade concreta.

A partir disso, novas soluções são buscadas não só pelo magistrado, mas pelas partes ao formular pedidos inovadores – como a inclusão do nome do devedor da pensão alimentícia no Serviço de Proteção ao Crédito – tudo isso com um único objetivo, a efetivação da tutela coletiva específica e a conseqüente promoção da justiça.

A postura ativa que se espera do magistrado não deve se restringir apenas à tutela executiva cumpre ressaltar que este é o objeto da nossa pesquisa, todavia, tal postura deve ser adotada também na fase de conhecimento e no processo cautelar, neste último inclusive, o juiz tem no poder geral de cautela medida expressa para agir presente a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*), de modo a evitar que o perigo da demora (*periculum in mora*)

Quanto à fase cognitiva ainda, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>44</sup>, ao analisar os poderes instrutórios do juiz diante da atividade probatória, leciona que o magistrado não deve se acobertar sobre a falsa noção de verdade real do processo, essa corresponde à mentira formal, pois é evidente que sempre haverá uma

parte hipossuficiente em detrimento a outra. O juiz não permitindo a correspondência entre o resultado do processo e o direito substancial almejado compromete também a pacificação social do Estado Moderno e completa dizendo:

O contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas. Mas a eventual omissão da parte pode decorrer exatamente da inexistência de uma paridade real. Não basta, portanto, a mera oferta de oportunidade. É preciso garantir também o aproveitamento delas por todos, independentemente das desigualdades econômicas ou sociais. Visto desse ângulo o problema, irrelevante a natureza da relação jurídica. Indisponível ou não o direito deve o juiz participar ativamente da instrução, pois somente assim garantirá um contraditório efetivamente equilibrado.<sup>45</sup>

Destarte, a condução do processo coletivo de forma efetiva, como verdadeiro instrumento na efetivação dos direitos difusos e coletivos, depende muito mais de uma visão atrelada à Constituição do que uma codificação de tais direitos.

Nesse mesmo sentido deve ser vista a atuação do magistrado frente à função executiva para consecução da tutela coletiva específica, a busca pela primazia desta não configura parcialidade do juiz, mas sim amparo às novas situações insurgentes carentes de tutela. Se o Estado atua na jurisdição através da figura do juiz, sua postura ativa na busca pela efetividade do processo coletivo e conseqüente pacificação social, está atendendo ao próprio escopo do Estado Democrático de Direito.

## 5. Conclusão

É notório que a atuação do magistrado dentro dessa nova dinâmica processual insurgente adquire

especial relevância uma vez caber a ele a adequada e eficaz composição da lide. Para obter referido resultado, o juiz, além de estar inserido na realidade sócio-cultural e econômico-político do território onde atua, deve ter uma postura ativa frente ao processo, buscando medidas alternativas, soluções inovadoras para que o bem lesionado seja restabelecido em sua forma originária - ou seja, para que a tutela em sua forma específica seja efetivamente prestada.

Uma vez que nós, constituintes, optamos por estabelecer princípios e objetivos na Constituição Federal de 1988, que foram estruturados como fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, temos que também aceitar que as instituições serão modificadas por esse mesmo preceito. Dentre as instituições do nosso Estado está a jurisdição, ela somente poderá atender aos mandamentos constitucionais de dignidade e cidadania, promovendo uma sociedade livre, justa e solidária baseada nos princípios por ela descritos, se o seu exercício for engajado, prospectivo. O juiz, enquanto figura representativa do Estado-jurisdição, deve se ater a essas mesmas prerrogativas.

Cumpramos ressaltar que embora a análise do trabalho tenha se restringido a figura do magistrado, nosso entendimento é no sentido de que todos os construtores do direito - promotores, defensores, advogados - tem o dever de atuar com a mesma postura, o processo coletivo é dinâmico porque lida com bens igualmente dinâmicos, tutelá-los é um ônus de todos os construtores do direito, é o que modernamente se chama processo cooperativo ou participativo.

## **Bibliografia**

ALM EIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. In Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 6. São Paulo: RT, 2003.

ARMELIN, Donaldo. **Crise do processo de execução**. In Ciência Jurídica. Belo

Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda, v. 54, p. 11-18, 1993.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influencia do direito material sobre o processo. 2ª ed. 2ª tiragem, 1999.

**Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela jurisdicional executiva. 2ªed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Jurisprudência. Pesquisa de Jurisprudência. <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>

**Superior Tribunal de Justiça de São Paulo**. Jurisprudência. Pesquisa. <<http://www.tj.sp.gov.br/>>

**Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Pesquisa.**  
<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>

**Defensoria Pública do Estado de São Paulo.** Notícias em destaque. <  
<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/>>

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

, ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil** v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

**Execução da Tutela Coletiva.** São Paulo: Malheiros, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

**Processo de Execução parte geral 3<sup>a</sup>** ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

? Mestranda e bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Contato naiara.grossi@gmail.com

?<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC, São Paulo; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UNESP, em Franca/SP. Contato profcorona@terra.com.br

1 GRECO, Vicente Filho. **Direito processual civil brasileiro**. 3º volume. 16ªed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7.

2 Reforçando o argumento exposto, Elton Venturi ainda afirma que “Notório é que de pouco valeria erigir-se toda uma estrutura estatal destinada a declarar o Direito in concreto, sem que subsequente houvesse instrumento hábil a realizá-lo praticamente”. VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 32.

3 Neste sentido cumpre demonstrar os ensinamentos de Vicente Greco Filho que diz ser possível definir a execução como “o conjunto de atos jurisdicionais materiais concretos de invasão do patrimônio do devedor para satisfazer a obrigação consagrada num título” GRECO, Vicente Filho. Op. Cit. p.8. e de Eurico Liebman, que entende a execução como “conseguir por meio do processo, e sem o concurso da

vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida, através da submissão do patrimônio do condenado à sanção executória, de modo que dele se extraíam os bens e valores idôneos a satisfazer o direito do credor” LIEBMAN, Eurico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 4.

4 Cf. MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, v. 3: execução. 2ªed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.70.

5 “Assim, por exemplo, se alguém expõe a venda produto nocivo à saúde do consumidor, o legitimado à tutela dos direitos dos consumidores pedirá a tutela de remoção dos efeitos concretos derivados do ilícito, requerendo, como técnica processual executiva, a busca e a apreensão dos produtos. Nesse caso, como é pouco mais do que evidente, não há razão para se pedir a condenação do infrator a uma prestação. Isto porque o réu não é devedor de prestação alguma. A realização do conteúdo do direito, assim como a tutela jurisdicional do direito, independe de qualquer colaboração do réu. E, numa hipótese como essa basta ao juiz declarar o ilícito e mandar expedir mandado de busca e apreensão dos produtos, o que significa simplesmente declarar o ilícito e autorizar a retirada dos produtos do mercado”. Ibid. p. 40

6 “Antes de tudo, é preciso considerar que se está diante de uma medida de cunho preventivo. Por isso, é necessário dotar o provimento de mecanismos capazes de impor ao requerido a abstenção da conduta ou, alternativamente (em casos de inibitória positiva), uma prestação positiva, anterior à violação ao direito, de forma a evitar a ocorrência do ilícito”. E completa “Realmente, no intuito de se operar uma tutela preventiva de fato e eficiente, cumpre encontrar mecanismos de coerção que tenham a capacidade de atuar de forma indireta sobre a vontade da pessoa do requerido, a fim de que ele se porte de forma esperada”. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção temas atuais de direito processual civil, vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 350.



7 “A tutela de remoção do ilícito é típica ao Estado constitucional, ou melhor, ao Estado que tem o dever de proteger os direitos fundamentais. Uma das mais importantes formas de proteção aos direitos fundamentais está nas normas, devidas pelo legislador infraconstitucional à tutela desses direitos. Estas normas ditas normas de proteção, proíbem ou impõe condutas, partindo da premissa que a sua prática pode causar ou evitar danos aos direitos fundamentais. Uma vez violada norma desta natureza, resta ao titular do direito fundamental pedir a eliminação dos efeitos da conduta ou da sua prática, ainda que dano nenhum tenha sido produzido”. Ibid.

8 VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 54. O autor também divide os mesmos argumentos que Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, anteriormente apontados no presente trabalho: “Note-se, neste passo, que o conceito, analisado sob amplo sentido, não se restringe à finalidade de atacar o patrimônio do executado com vistas à satisfação puramente econômica do credor. Muito embora contemporaneamente esta tenha sido a tônica do processo de execução, o princípio da patrimonialidade não esgota a função executória”. VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 54.

9 Cf. Ibid. p. 55. Para o autor muitas são as definições que podem ser atribuídas à noção de “tutela executiva”: “José Roberto dos Santos Bedaque diz que “tutela jurisdicional é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial” (Direito e Processo, São Paulo p. 31); Flávio Luiz Yarshel, após esclarecer que pelos diversos escopos do processo não se poderia, com precisão, aludir a “tutela” como sinônimo de “proteção” jurisdicional prestada exclusivamente àquele que obteve sucesso na demanda, menciona a tutela jurisdicional executiva como sendo aquela “exercida através de um processo de idêntica nomenclatura, onde a atividade dos órgãos jurisdicionais está voltada para dar atuação à sanção, contida exclusivamente na sentença condenatória (ou outro título executivo) com a finalidade de proporcionar,

sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida” (Tutela jurisdicional específica nas declarações de vontade, p. 27). Todavia, em relação ao sentido proposto presentemente, nem se resume a tutela executiva ao cumprimento de medidas prévias e exaustivamente ordenadas pelo legislador processual, nem entende-se-a como sendo aquela prestada no estrito âmbito de um processo de execução, cujo único objetivo seria o de adotarem medidas de constrição patrimonial sobre o executado. A função jurisdicional executiva, fundamento da prestação da tutela executiva aperfeiçoa-se com maior amplitude e relevância, conforme Vittorio Denti: “L’operare dell’ufficio esecutivo, infatti, si svolge interamente da quel punto di partenza fondamentale che è l’incontro dell’azione e della giurisdizione esecutiva; ogni suo potere, in conseguenza, non, incontrano alcun limite che non sia interno al processo e in funzione delle strutture di questo. Si tratta, dunque, di adeguare gli istituti del processo esecutivo alle esigenze della tutela, conforme alle più progredite legislazioni moderne, con piena consapevolezza del valore degli strumenti che a tal fine possono essere impiegati” (“Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione”, cit., p. 139)”. Quanto ao posicionamento de Vittorio Denti citado por Elton Venturi, traduz-se livremente: “A operação da função executiva, realmente se desenvolve a partir de um ponto de partida fundamental qual seja, o encontro entre a ação e a jurisdição executiva, cada seu poder, em consequência, não encontrando qualquer limite que não seja interno ao processo e em função de sua estrutura. Trata-se também de adequar os institutos do processo executivo às exigências da tutela, conforme a legislação moderna for evoluindo, com pleno conhecimento dos valores dos instrumentos que ao fim possam ser empregados”. É também nosso entendimento.

10 MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, v. 3: execução. 2ªed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 39.

11 VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.55-56

12 A execução teria a qualidade de realizar o direito independentemente da vontade do devedor. Como forma de destacar a distinção entre a execução e as formas de pressão sobre a vontade do devedor, buscar-se-á demonstrar também aqui, tal qual a doutrina clássica, a distinção entre “execução direta” e “execução indireta”.

13 BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. 2ªed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 415.

14 ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 344.

15 Entender a multa sob essa ótica da condenação é um erro como bem observa Luis Guilherme Marinoni “Trata-se de um vício que se radica em uma visão patrimonialista do sistema processual civil ou que imagina que o objetivo da multa coercitiva é dar dinheiro à parte. Como a finalidade da multa coercitiva não é essa, mas sim dar efetividade à tutela dos direitos - especialmente aos não patrimoniais -, não há cabimento pensar que o juiz, ao impor a multa, condena o demandado”. MARINONI, Luis Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3ª ed. rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 96.

16 Na lição de Kazuo Watanabe: “sua imposição não prejudica o direito do credor à realização específica da obrigação ou ao recebimento do equivalente monetário, e tampouco à postulação das perdas e danos. A multa, em suma, tem função puramente coercitiva. WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do**

**consumidor.** Comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 773.

17 STJ, 3ª Turma, Resp 482.094/RJ rel. p/acórdão Min. Sidnei Beneti, j.m.v 20.5.2008 DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ARTÍSTICOS CELEBRADO ENTRE EMISSORA DE TV E COMEDIANTE. QUEBRA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. EMBARGOS DO DEVEDOR. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. COBRANÇA DE MULTA COMINATÓRIA. CABIMENTO.

I - É admissível a aplicação de multa no caso de inadimplemento de obrigação personalíssima, como a de prestação de serviços artísticos, não sendo suficiente a indenização pelo descumprimento do contrato, a qual visa a reparar as despesas que o contratante teve que efetuar com a contratação de um outro profissional.

II - Caso contrário, o que se teria seria a transformação de obrigações personalíssimas em obrigações sem coerção à execução, mediante a pura e simples transformação em perdas e danos que transformaria em fungível a prestação específica contratada. Isso viria a inserir caráter opcional para o devedor, entre cumprir ou não cumprir, ao baixo ônus de apenas prestar indenização. Recurso Especial provido.

18 BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela jurisdicional executiva. 2ªed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.423. Nesse mesmo sentido ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

19 Ibid. Nesse sentido STJ, 3ªT., Resp 43389/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 25.04.1994, p. 9.252; PROCESSUAL CIVIL - PRECEITO COMINATORIO - LIMITAÇÃO - INEXISTENCIA. I - A LEI PROCESSUAL CIVIL DE 1973 **NÃO ESTABELECEU LIMITES A FIXAÇÃO DE PENA PECUNIARIA POR DIA DE ATRASO NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER OU DE NÃO FAZER**. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 920 DO CÓDIGO CIVIL PORQUE AQUELE DISPOSITIVO VISA COIBIR ABUSO NAS PENAS CONVENCIONAIS ENQUANTO QUE **A COMINAÇÃO JUDICIAL OBJETIVA GARANTIR A EFETIVIDADE DO PROCESSO**. (grifo nosso) STJ, 3ªT., Resp 8065/SP, rel. Min. Cláudio Santos, DJU 23.09.1991, p.13.080.

20 Ibid. “Em função de sua natureza jurídica, a multa pode ser alterada quanto ao seu valor e quanto à sua periodicidade, para mais ou para menos, consoante seja necessário para a obtenção adequada e proporcional da “tutela específica” ou do resultado prático equivalente”. Essa diretriz interpretativa, largamente difundida pela doutrina e pela jurisprudência, acabou recebendo previsão expressa na lei diante do §6º do art. 461 incluído pela Lei n. 10.444/2002. A este respeito, aliás cabe destacar que, não obstante o § 4º do art. 461 fazer referência a “multa diária”, o melhor entendimento é que também a periodicidade da multa pode ser alterada de acordo com as necessidades do caso concreto. Ela pode ser fixada em parcelas de tempo superiores a um dia (por semana ou por mês, por exemplo) e em parcelas de tempo inferior a um dia (por hora, por minuto e, até mesmo, por segundo), tudo a depender dos objetivos que o magistrado pretende conseguir com o emprego dessa medida coercitiva à luz das características de cada caso concreto que lhe seja apresentado para exame”.

21 “As medidas coercitivas foram colocadas à disposição tanto da parte, como do juiz. O art. 84, §2º, do CDC estabelece, reforçando o caráter autônomo do preceito cominatório, que a indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa. Já o art. 84, §4º, do CDC, ampliando os poderes do juiz, seguindo a tendência já anunciada neste trabalho que roga por uma magistratura mais ativa e participativa, conferiu ao magistrado poderes para impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for

suficiente ou compatível com a obrigação fixando prazo razoável para cumprimento do preceito (de acordo com as peculiaridades do caso concreto).” LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 363. (grifos do autor)

22 É o que demonstramos no nosso trabalho que se restringe a apontar a visão dinâmica da tutela almejada (tutela específica), da técnica utilizada (executiva) e do agente de direito (o magistrado).

23 O art. 461, § 6º estabelece que “o juiz poderá de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. Ainda que tal prerrogativa esteja inserida no Código de Processo Civil denunciado no presente trabalho como “individual”, a analogia pode ser aplicada no caso da tutela específica coletiva genérica descrita no art. 84, CDC, isso porque o primeiro reflete uma compreensão melhor da multa coercitiva e de seu manejo. Muito embora apenas analisando o seu caráter e natureza jurídica - como feito - é possível extrair a mesma conclusão.

24 ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção temas atuais de direito processual civil. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 353

25 STF - RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto. DJ 03.12.2008. Tribunal Pleno; STF RE 466.343/SP, Rel. Min. César Peluso, DJ 03.12.2008, Tribunal Pleno e STF, HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 03.12.2008, Tribunal Pleno Ementa: DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário

infiel.

26 “Para legitimar essa conclusão, da possibilidade da utilização desse meio de coerção, poder-se-ia partir da premissa de que a Constituição Federal proíbe a prisão civil por dívida, não sendo a essa hipótese equiparável a situação do réu que não cumpre ordem judicial.” ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção temas atuais de direito processual civil. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 388.

27 BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. 2ªed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 429

28Art. 225, CF Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

29 MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, v. 3: execução. 2ªed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 87

30 Cf. MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, v. 3: execução.

2ªed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 88 “A necessidade de justificação decorre deste amplo poder de execução. Melhor explicando: o juiz não apenas está obrigado a utilizar o meio de execução adequado e necessário (mais idôneo), mas também tem o dever de justificar as suas escolhas”

31 Art. 11 Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

32 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do código de processo civil. “enquanto as multas têm o escopo de pressionar psicologicamente o obrigado e conduzi-lo a optar por cumprir o preceito por deliberação própria e mediante atos próprios, as medidas autorizadas pelo § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil visam produzir os resultados práticos ditados em sentença independentemente da vontade do obrigado.”

33 ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção temas atuais de direito processual civil. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 396.

34 ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção temas atuais de direito processual civil. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 397



35 Em sentido contrário, Pedro Lenza afirma que: “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 destinar-se-ão sempre à obtenção de tal resultado, e sempre dele apenas, sob pena de dupla ilegalidade acima denunciada (processual e substancial)” (grifos do autor). LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 366. Adotando o mesmo posicionamento, Flávio Luiz Yarshell: Sob a ótica da tipicidade dessa modalidade de tutela - particularmente quanto às obrigações de fazer e não fazer -, convém observar que, no direito brasileiro, o art. 461, “caput”, do CPC, fala não apenas da “tutela específica da obrigação”, mas em “providencias que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Embora a regra abra campo para uma mais ampla atuação do juiz, é preciso atentar para o fato de que os efeitos do provimento jurisdicional continuam a ser determinados pelo direito material, não parecendo lícito afirmar que o magistrado possa simplesmente desconsiderar àqueles parâmetros a pretexto de buscar resultados “equivalentes”. YARSHEL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999. p.158.

36 MARINONI, Luis Guilherme in DIDIER JÚNIOR, Frédie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: JusPodivim. p. 209-227.

37 MARINONI, Luis Guilherme in DIDIER JÚNIOR, Frédie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: JusPodivim. p. 224.

38 “Ou seja, o aumento de poder do juiz, relacionado com a transformação do Estado, implicou a eliminação da submissão do judiciário ao legislativo ou da idéia de que a lei seria como uma vela a

iluminar todas as situações de direito substancial, e na necessidade de um real envolvimento do juiz com o caso concreto. Ora a proporcionalidade é a regra hermenêutica adequada para o controle do poder do juiz diante do caso concreto”. Cf. MARINONI, Luis Guilherme in DIDIER JÚNIOR, Frédie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: JusPodivim. p.225. (grifo do autor)

39 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 78.

40 E completa o autor: “Isso demonstra, conforme destacou Salles, a “transsubstancialidade da norma processual”, quando se estiver diante de interesses difusos, como, o pedido de recomposição de vegetação nativa, “já que, à falta de disposição específica, caberá ao direito processual e ao juiz, no caso concreto, a tarefa de adaptação interpretativa das regras procedimentais às situações concretas a ele colocadas.” Cf. LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 367.

41 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 1999.

42 BRASIL. **Defensoria pública do estado de São Paulo**. Texto disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp>> Acesso em 23.07.2010. Destaque ainda da notícia: “A decisão foi a primeira obtida pela Defensora Pública Claudia Tannuri em segunda instância, em processo que corre sob sigilo de justiça. Cerca de 40 decisões liminares de primeiro grau com o mesmo teor foram obtidas

desde o início de 2010, quando Cláudia começou a incluir o pedido de restrição ao crédito em processos de execução de dívidas alimentícias. “Pais que atrasem a pensão de alimentos em um mês já podem ter seu nome inscrito”, afirmou. Para a Defensora, a medida contribui em casos nos quais o pai recebe sua renda pela economia informal (o que impede o desconto em folha) ou naqueles em que a inadimplência não gera recolhimento à prisão - seja porque o pai está foragido, seja porque o prazo de prisão já foi cumprido.” Cumpre também destacar a ementa do acórdão que deferiu a decisão noticiada: **AGRAVO REGIMENTAL - ALIMENTOS - EXECUÇÃO - Pretensão do exequente de inscrever o nome do devedor contumaz de alimentos nos cadastros do SERASA e SCPC - Negativa de seguimento por manifesta improcedência - Impossibilidade - Medida que se apresenta como mais uma forma de coerção sobre o executado, para que este cumpra sua obrigação alimentar - Inexistência de óbices legais - Possibilidade de determinação judicial da medida - Inexistência de violação ao segredo de justiça, uma vez que as informações que constarão daqueles bancos de dados devem ser sucintas, dando conta apenas da existência de uma execução em curso - Privacidade do alimentante que, ademais, não é direito fundamental absoluto, podendo ser mitigada em face do direito do alimentado à sobrevivência com dignidade - Ausência de violação ao artigo 43 do CDC, uma vez que tal artigo não faz qualquer restrição à natureza dos débitos a serem inscritos naqueles cadastros - Cadastros que, ademais, já se utilizam de informações oriundas de distribuidores judiciais para inscrição de devedores com execuções em andamento, execuções estas não limitadas às relações de consumo - Argumento de que o executado terá dificuldades de inserção no mercado de trabalho que se mostra fragilizado, ante a possibilidade de inscrição de outros débitos de natureza diversa - Manifesta improcedência não verificada - Agravo de instrumento que deverá ser regularmente processado e apreciado pelo Órgão Colegiado, para que se avalie se estão presentes as condições para concessão da medida - Recurso Provido. (Agravo Regimental nº 990.10.088682-7/50000 - São Paulo - 6ª Vara da Família e Sucessões - voto nº 9.264 - Min. Rel. Egipio Giacoia. Org. Jul. 3ª Câmara de Direito Privado. DJ 25/05/2010. DR. 09/06/2010) (grifo nosso).**

43 BRASIL. **Defensoria pública do estado de São Paulo**. Texto disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp>> Acesso em 23.07.2010. A notícia ainda completa: “Em decisão liminar, o Juiz Donizete Aparecido Pinheiro da Silveira determina que, além de manter abertas creches, berçários e pré-escolas, a Prefeitura de Marília deve dar ampla publicidade, em meios de divulgação social, à informação de que os serviços não serão mais interrompidos durante as férias. A Prefeitura de

Marília pode recorrer da decisão.”

44 Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 96-105.

45 Ibid.

<https://www.diritto.it/tecnica-executiva-como-instrumento-de-atuacao-do-juiz-para-primazia-da-tutela-especifica/>