

FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

ANDREA CAPISTRANO CAMARGO

O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DAS DECISÕES
PROFERIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA

Vitória – ES
2007

**FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

ANDREA CAPISTRANO CAMARGO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DAS DECISÕES
PROFERIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direitos e Garantias
Fundamentais da Faculdade de Direito de
Vitória-FDV como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Cassio Scarpinella
Bueno

Vitória – ES
2007

FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

ANDREA CAPISTRANO CAMARGO

O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DAS DECISÕES
PROFERIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA

Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno
Orientador

Prof. Dr. Eduardo Talamini

Prof^a. Dr^a Carolina Bonadiman Esteves

Vitória, ____ de _____ de 2007

A meu pai Marcio, pelo constante estímulo à leitura e aos estudos, pelo amor infinito que umedece meu coração, pela amizade e dedicação, me encorajando e me guiando, carinhosamente, por caminhos mais claros, que sua experiência e sabedoria de vida abriram, depois de uma grande caminhada.

A minha mãe Wanda, pelo exemplo de luta e conquista pessoal, pela amorosa dedicação diária em todos esses anos que, com a sua meiga alma de poetisa, estimulou meus sonhos e, com seu carinho, proporcionou conforto ao meu coração.

A meu amado irmão Bernardo, pelo exemplo de sabedoria e cultura que me fazem querer aprender cada vez mais, por me proteger por toda uma vida, pelo amor e carinho que sempre tive ao seu lado e por ser meu grande amigo.

A minha irmã gêmea Angela (Gija), por tudo que significa na minha história, por uma amizade incondicional, por enfatizar minhas alegrias e amenizar minhas dores, por uma vida vivida juntas, fazendo parte de mim.

A Renato, verdadeiro amor, presente especial que a vida me deu, provocando o meu mais doce e espontâneo sorriso, por me proporcionar a leveza da vida, fazendo-me melhor do que sou.

Ao estimado orientador e amigo, Prof. Doutor Cassio Scarpinella Bueno, quem tive a grande alegria de conhecer e conviver, por ser tão admirável, contagiando todos que desfrutaram de sua presença. Pela sensibilidade e infinitos ensinamentos, fundamentais na conquista desse sonho.

Dedico esse trabalho.

A meus avós amados Stella, Pico e Ina, por serem tão especiais na minha vida e pela compreensão na dedicação a este estudo, que me roubou horas preciosas de seus convívios e da minha alegria em nossos encontros. E à memória de meu querido avó Manoel Moreira Camargo que, por sua história no Direito capixaba, orgulha-me e inspira-me.

O meu especial carinho.

Agradeço, inicialmente, a Deus, por sempre ser meu porto seguro.

Ao Prof. e amigo Dr. Samuel Meira Brasil Júnior, por tudo que significou e significa para mim, pelo exemplo profissional e por todo conhecimento transmitido desde meus primeiros passos da vida acadêmica.

A todos os meus adorados amigos, especialmente, Alice, Amanda, Eric, Lícia e Luciana, pela importância que para mim representam, pelos sonhos vividos juntos, pelas infinitas horas de conversas, determinantes em tudo na minha vida.

Aos meus queridos tios, primos e Michele, por todas as alegrias proporcionadas e pelo carinho a mim dirigido em nossos encantadores encontros.

Aos Profs. Doutores do Mestrado da FDV – Aloízo Krolin, Erly dos Santos, Janete Magalhães, José Roberto dos Santos Bedaque Tárek Moyzes Moussalen e Willian Couto Gonçalves, pelos sábios ensinamentos que abrandaram as dificuldades vividas em minha jornada até aqui.

Aos amigos do mestrado, por compartilharem comigo durante todo esse tempo tantos medos e vitórias, e por tornarem coloridos os momentos vividos juntos.

Ao Marcelo Abelha que, mesmo de longe, esteve sempre disposto a me ajudar em tudo que a ele recorri, com um carinho especial.

A todos os funcionários da FDV, principalmente, a especial Ana Paula e o atencioso Serginho, por estarem sempre dispostos a ajudar com um sorriso no rosto, facilitando todas as nossas idas à biblioteca e ao laboratório de informática.

Agradeço, finalmente, a todos os professores da Graduação da FDV, por tornarem essa etapa importante da minha vida tão prazerosa de ser vivida.

RESUMO

Este estudo visa a analisar como garantir o direito fundamental à tutela efetiva nas decisões proferidas no mandado de segurança. Para tanto, discorreremos sobre diversas características do direito fundamental em tela, a fim de adquirir o conhecimento necessário para a sua correta avaliação no caso concreto. Aplicaremos tal apreensão ao procedimento do mandado de segurança e, em seguida, analisaremos três mecanismos passíveis de trazer a buscada efetividade da tutela jurisdicional para ponderarmos suas eventuais incidências: a multa, a prisão civil e a intervenção judicial.

RIASSUNTO

Il presente studio ha l'obiettivo di analizzare come garantire il diritto fondamentale alla tutela effettiva nelle decisioni proferite nel "mandado de segurança". Per tanto discorreremmo sulle diverse caratteristiche del diritto fondamentale in scena intendendo appropriarsi di conoscenza necessaria alla giusta critica nel caso concreto. Applicheremmo tale apprensione al procedimento del "mandado de segurança" e al seguito analizzeremmo tre meccanismi passivi di trarre la cercata effettività della tutela giurisdizionale per così riflettere sugli eventuali avvenimenti: la multa, la reclusione civile e la intervento giudiziale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	14
1.1 INTRODUÇÃO SOBRE A IDÉIA: EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	14
1.2 O DESENVOLVIMENTO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO	19
1.3 TRÊS DIFERENTES ASPECTOS DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	21
1.3.1 Efetividade da tutela jurisdicional a partir da Constituição da República Federativa do Brasil	22
1.3.2 Efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental	26
1.3.2.1 Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	31
1.3.3 Efetividade da tutela jurisdicional como “norma-princípio”	32
1.3.3.1 Distinção entre regras e princípios	33
1.3.3.2 Evolução da utilização das regras e princípios no ordenamento jurídico	34
1.3.3.3 Conflito entre regras ou princípios	38
1.3.3.3.1 Conflito entre regras	39
CAPÍTULO 2 EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E O MANDADO DE SEGURANÇA	48
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O TEMA	48
2.2 MANDADO DE SEGURANÇA	50
2.3 INCIDÊNCIA NO PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA DE MECANISMOS QUE VISAM À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	56
2.3.1 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil	59
CAPÍTULO 3 A MULTA COMO MEIO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	65
3.1 DESTINATÁRIO DA MULTA APLICADA COMO COERÇÃO AO CUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA	67
3.1.1 Parte passiva do mandado de segurança	68
3.1.2 Pessoa jurídica de direito privado nas atribuições do poder público	72

3.1.3 Cabimento de assistência e de litisconsórcio no pólo passivo do mandado de segurança	74
3.1.4 Parte passiva do mandado de segurança e destinatário da multa	77
3.1.5 Nossa análise na imposição de multa à pessoa jurídica de direito público	80
3.2 BENEFICIÁRIO DA MULTA	81
3.3 OUTRAS CARACTERÍSTICAS DA MULTA PREVISTA PELO ART. 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	83
3.3.1 Valor da multa	83
3.3.2 Alteração da multa	85
3.3.3 Limites temporais da multa	87
3.3.4 Exigibilidade da multa	87
3.3.5 Execução do crédito decorrente da multa	90
3.4 APLICAÇÃO DE MULTA COMO SANÇÃO E NÃO COMO COERÇÃO	92
3.5 PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE POSSÍVEL	94
3.5.1 Características do conteúdo do princípio	95
CAPÍTULO 4 A PRISÃO COMO MEIO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	97
4.1 PRISÃO PENAL DA AUTORIDADE COATORA	97
4.2 PRISÃO CIVIL DA AUTORIDADE COATORA	101
4.2.1 Argumentos contra o cabimento de prisão civil como meio coercitivo ..	103
4.2.2 Argumentos a favor ao cabimento de prisão civil como meio coercitivo	106
4.2.3 Argumentos que compõe uma corrente intermediária	107
4.2.4 Medidas Legítimas e Necessárias	110
4.2.5 Um exemplo concreto	113
4.3 PONDERAÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE IR E VIR	114
4.3.1 Características do conteúdo do princípio	114
CAPÍTULO 5 A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	116
5.1 INTRODUÇÃO SOBRE O TEMA	116
5.2 A FIGURA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL	117
5.2.1 A decretação de intervenção judicial no procedimento do mandado de segurança	120
5.3 PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	121

5.3.1	Características do conteúdo do princípio	122
5.3.2	O “Princípio da Separação dos Poderes Condicional”	124
5.3.3	Análise da separação dos poderes e da intervenção judicial	126
5.4	O INTERVENTOR BRASILEIRO E O COMISSÁRIO AD ACTA ITALIANO	129
5.4.1	Introdução da idéia do comissário <i>ad acta</i> do Direito italiano	130
5.4.1.1	Unicidade ou dualidade de jurisdição	130
5.4.2	Sistema do contencioso administrativo italiano	132
5.5	GIUDIZIO DE OTTEMPERANZA	136
5.5.1	A nomeação de um comissário <i>ad acta</i>	136
CAPÍTULO 6 APLICAÇÃO DA FÓRMULA DE ROBERT ALEXY NA		
PONDERAÇÃO DOS VALORES		143
6.1	ANÁLISE SOBRE A IMPOSIÇÃO DA MULTA	144
6.2	ANÁLISE SOBRE A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO CIVIL	150
6.3	ANÁLISE SOBRE A DECRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL	154
CONSIDERAÇÕES FINAIS		161
REFERÊNCIAS		165

INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais estão fundamentados na Constituição da República Federativa do Brasil no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), art. 5º, topograficamente. Podemos perceber que tais preceitos ocupam lugar de destaque na Carta Magna e, por isso, detêm um alto grau de valoração.¹

A intensa proteção a todos esses direitos e garantias se deve a uma evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro e de todos os fatores que o influenciaram, principalmente os fatores políticos que acabaram por instigar uma maior proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Tal proteção não deve, contudo, existir apenas no plano formal. É preciso que seja implantada no plano material para que seja real.

É exatamente essa idéia que comporá o ponto central de nosso problema que resume no seguinte questionamento: Como garantir o direito fundamental à efetividade das decisões proferidas em mandado de segurança?

As hipóteses rondarão a idéia de eleição, e de ponderação de meios coercitivos e de sub-rogatórios hábeis a trazerem uma efetiva prestação da tutela jurisdicional nas decisões proferidas no mandado de segurança e, com isso, a real aplicação do direito fundamental em questão.

Para tanto, elaboraremos minuciosa análise dos entendimentos existentes na doutrina pátria, utilizando do método de abordagem dedutivo, que terá como ponto de partida a Constituição da República Federativa do Brasil na avaliação dos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º, especialmente o direito fundamental da efetividade à tutela jurisdicional.

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília (DF): Senado Federal, 2006a.

Avaliaremos normas infraconstitucionais como o Código de Processo Civil, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei Antitruste, dentre outras, assim como Julgados dos Tribunais Superiores para enriquecer e fundamentar o nosso entendimento.

Utilizaremos, ainda, de teorias criadas pela doutrina para embasar as ponderações feitas, empregando o método analítico quanto ao procedimento. Quanto à técnica de pesquisa, utilizaremos a pesquisa documental e bibliográfica, uma vez que pesquisaremos a legislação vigente, livros e artigos de revistas jurídicas.

Para tal pesquisa analisaremos, em primeiro lugar, o direito fundamental à tutela efetiva, criando o ambiente propício para as discussões que dele resultarem. Avaliaremos a efetividade da tutela jurisdicional sob três aspectos, quais sejam: a) a partir da Constituição da República Federativa do Brasil; b) como direito fundamental; c) como norma-princípio. Quanto a esse último aspecto, adotaremos a Teoria de Robert Alexy², por classificá-la lógica e justa para o sopesamento do direito fundamental em análise. Mas, todos esses aspectos se complementam e compõem o conteúdo do direito fundamental em tela.

Em seguida, aplicaremos o conhecimento adquirido sobre a efetividade da tutela jurisdicional na ação do mandado de segurança, entendendo a possibilidade de incidência de regras que garantem uma maior efetividade no procedimento do *writ*.

No intuito de entender e avaliar alguns mecanismos passíveis de incidência no mandado de segurança discorreremos, primeiramente, sobre o meio coercitivo **multa**, por entender ser um meio que contém uma forte carga de efetividade, mas que é um rico cenário de discussões doutrinárias e jurisprudencial. Ponderaremos, portanto, a sua aplicação nas decisões proferidas em mandado de segurança, quando em choque com outros valores do ordenamento jurídico.

² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

O segundo meio coercitivo a ser analisado será a prisão civil da autoridade coatora do mandado de segurança. Verificaremos os argumentos contra e os a favor à sua aplicabilidade e ponderaremos a sua carga de efetividade.

Por último, analisaremos a intervenção judicial como um meio sub-rogatório que visa à concretização do direito material. Após analisar o seu emprego no ordenamento jurídico brasileiro, tentaremos transportá-lo para o nosso objeto de estudo, fazendo assim uma analogia ao *guidizio de ottemperanza*, existente no direito italiano, a fim exemplificar e ponderar sobre o cabimento da figura do interventor como meio de efetividade às decisões do *mandamos*.

Concluiremos nossos estudos com a tentativa de emprego desses três institutos na Teoria do Sopesamento de Alexy, para poder avaliar cada um desses mecanismos, com o escopo de fazermos um correto estudo em direção à garantia da efetividade das decisões proferidas em mandado de segurança, no sistema jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 1

EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

1.1 INTRODUÇÃO SOBRE A IDÉIA: EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

O objetivo principal deste estudo se concentra em como garantir a efetividade no cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança³. Para tal análise é necessário saber um pouco mais sobre os meandros que pairam essa idéia: **efetividade da tutela jurisdicional**.

O ordenamento jurídico brasileiro tem prezado, com mais intensidade, pela efetividade do processo, ou seja, hoje há uma nítida preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que cada vez mais estão sendo inseridos, no ordenamento jurídico brasileiro, mecanismos que possibilitem a concretização do bem da vida buscado, da maneira mais rápida e menos onerosa possível.

A lição atualíssima de Giuseppe Chiovenda que dizia que, na medida do possível na prática, o processo deve dar a quem é de direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter⁴, traz exatamente o objetivo da Jurisdição, pois seu papel vai além de reconhecer o direito, atingindo o campo da realização do mesmo.

Quando falamos em “jurisdição”, temos que ter em mente a idéia de que a jurisdição não é a mesma em todos os ordenamentos jurídicos do mundo e nem é a mesma em um único ordenamento em todos os tempos. A jurisdição está sujeita à mudança

³ Analisaremos como garantir a efetividade do cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, em relação às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. Não abordaremos, portanto, as obrigações de pagar quantia certa.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de João Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2, p. 67.

e, por isso, é tão importante a sua evolução e a constatação de seus presentes objetivos⁵.

Ao falarmos da Jurisdição do ordenamento jurídico brasileiro, nos tempos atuais, podemos dizer que ela não se resume àquela atividade de dizer o direito, conhecida como *jus dicere*.

A jurisdição não finaliza seu escopo no pronunciamento do direito. Sua função é “fazer valer” tal direito. É preciso, por isso, trazer meios que possibilitem a efetivação do mesmo, ou seja, sua concretização.

Cassio Scarpinella Bueno conclui esse pensamento aduzindo que⁶:

Dito de forma direta: o processo é a forma de atuação do Estado-juiz, é a forma pelo qual o Estado exerce a chamada jurisdição. Ao longo do processo, o Estado-juiz praticará uma série de atos que podem ser classificados como atos de “reconhecimento do direito” e de “realização de direito”. Jurisdição, ao

⁵ A primeira idéia de jurisdição, ou seja, de resolução de conflitos de interesses foi caracterizada como “auto-tutela”. Ainda não havia a constituição do Estado, eram as próprias pessoas envolvidas na discussão as responsáveis por solucionar tais conflitos. No entanto, na auto-tutela o problema era resolvido através da força, de imposição de vontades, ou por qualquer modo que demonstrasse a ordem de um (mais forte) sobre o outro (mais fraco), por exemplo, pela apropriação dos bens do outro no valor do crédito ou até mesmo na força braçal (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p.37). Com a evolução dos povos e, conseqüentemente, dos meios de solução de conflitos, surgiu a “auto-composição” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela(parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civi*, São Paulo, nº 41, p. 62, mai./jun. 2006). Esta era caracterizada pela presença dos litigantes e é composta por três hipóteses de soluções de conflitos: A primeira delas é a renúncia, onde um dos litigantes renunciava sua pretensão. Nesta composição, uma das partes não deseja mais o que antes conflitava para ter e, deste modo, solucionava o conflito. A segunda é a submissão, nesta há a renúncia à resistência e não à pretensão. Assim, o indivíduo continuava com a pretensão, mas não criava óbice à realização do direito pelo outro, acabando, portanto, a discussão. E a terceira hipótese é a transação, em que há concessões recíprocas. Cada um renuncia um pouco, fazendo prevalecer à vontade de ambos e extinguindo as resistências. Podemos perceber que até então não havia um terceiro para dizer de quem era o direito, pois os conflitos eram resolvidos pelas próprias partes, fosse através da força (auto-tutela) ou através de acordo (auto-composição). Existiu, posteriormente, a arbitragem, que para alguns doutrinadores era a chamada auto-composição (WAMBIER, ALMEIDA TALAMINE, 2002, p. 38), em que o Estado nomeava um particular para solucionar o conflito. Essa arbitragem era inicialmente facultativa, mas depois passou a ser obrigatória. Estava presente nessa fase uma espécie de Justiça Pública, mas não era, ainda, a chamada “jurisdição”. Com o surgimento do Estado e a “tripartição dos poderes” surgiu a Jurisdição, que apesar de incipiente possibilitava a solução dos conflitos, uma vez que possibilitou uma autonomia entre o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

⁶ SCARPINELLA BUENO, Cássio. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8.

contrário do que a etimologia da palavra está a sugerir, não se resume a *dizer* (*declarar* ou *reconhecer*) o direito. Jurisdição é *também realizar, cumprir, executar, satisfazer* o direito tal qual reconhecido lesionado ou ameaçado (grifo do autor).

Por isso, voltam-se os olhos para o acesso à justiça, para a celeridade do processo e para a efetividade no cumprimento das decisões, sem, contudo, eliminar o fator segurança jurídica, pois esta é essencial e necessária para a concessão de um processo justo.

É preciso sempre buscar um processo que seja célere, mas equitativo. E isso faz parte da justiça do processo: ser ele solucionado em tempo razoável, para que a parte não fique *ad eternum*, esperando por uma resposta do Estado que, às vezes, acaba por ser insatisfatória para aquele que esperava obter do Estado a tutela jurisdicional prometida ⁷.

Para Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina⁸: “A prestação jurisdicional tardia, deste modo, pode ser considerada, no mais das vezes, uma *tutela jurisdicional VAZIA*, sem conteúdo (grifo do autor)”. Mas como fazer para construir um sistema processual justo e, portanto, efetivo?

Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁹ expõem uma pesquisa que resultou na publicação de uma obra baseada em questionários feitos em 30 países, dos quais o Brasil,

⁷ Quando falamos em “tutela jurisdicional” estamos nos referindo a “proteção” dada pelo Estado. “Tutela” significa ‘proteção’ e, por isso, o autor de um processo busca que seu direito material pleiteado seja protegido. No entanto, o bem da vida pleiteado terá a mesma proteção caso seja concedido o direito material ou não, pois para se ter a “tutela jurisdicional” não é preciso que a parte tenha seu pedido deferido, basta que a proteção seja baseada em um processo justo, com a aplicação de todas as garantias constitucionais existentes para garantir que esse “acesso à justiça” seja mesmo eficaz.

⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 26.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 31-75.

nfelizmente não participou, mas que resultou em características e conclusões comuns, que se aplicam também ao ordenamento nacional ¹⁰.

Independente de ser o país de primeiro ou terceiro mundo, de ser um país populoso ou não, ou seja, independentemente da situação econômica, social, política e cultural das pessoas, foi constatado que existem denominadores comuns, alertando para o problema do processo justo e, portanto, efetivo ¹¹.

Essa pesquisa dividiu-se em estabelecer os obstáculos que existem e em seguida apresentar uma solução em forma de “ondas reformistas”.

¹⁰ Tomaremos como referencial teórico o estudo feito por Cappelletti e Garth (1988), pois este fundamenta a grande maioria dos eventuais desdobramentos que possam surgir ao longo do estudo do tema.

¹¹ Um estudo também de enumeração de problemas foi feito por Greco (1998, p. 153). Citaremos tal estudo tão somente para elucidar outros problemas que impedem a efetividade na execução (GRECO, Vicente Filho. *Em busca da efetividade do processo. Comunicações – Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 153, 1998). Alguns deles, porém não têm relação direta com o objeto de nosso estudo. Entretanto, é válida a referência ampla para uma análise completa do tema. O primeiro problema é o excesso de processos, que, como já exposto, é oriundo do aumento de população e dos conflitos. Tal excesso estagna a jurisdição, fazendo com que o judiciário corra contra o tempo, tamanha a demanda. O segundo problema está no custo elevado dos processos. Nesse tópico, entendemos que tal custo englobaria todos os atos onerosos, que fazem com que seja difícil a efetivação do mesmo (esse também é um dos problemas, ressaltados por Cappelletti e Bryent (1988)). O terceiro problema apontado é a exagerada morosidade. Esta se dá, principalmente, por causa da quase infinita possibilidade de recurso cabível em uma decisão. Os recursos fazem com que um processo fique, às vezes, por décadas tramitando e não chegue a um fim. Em quarto lugar está a inadequação dos procedimentos. Essa ocorre quando a parte pleiteia seu direito através da via equivocada, ou seja, ajuíza a ação errada. O citado autor destaca como quinto problema, a ineficácia das coações processuais. O sexto problema elencado que impede a efetividade da execução são os limites da execução provisória. O sétimo problema é a existência de um novo ambiente econômico. O autor coloca que: “O patrimônio das pessoas não é mais essencialmente imobiliário. Houve uma extraordinária diversificação dos bens e dos tipos de investimentos possíveis, o que aumentou a dificuldade de conhecê-los”. Acreditamos que os tipos de créditos existentes no mercado têm se diversificado bastante, ou seja, hoje em dia, nem todo o patrimônio é concreto, materializado. Isso faz com que se torne mais difícil sua busca e encontro. O oitavo problema listado é o ganho com a inflação e com as taxas de juros, praticadas no mercado financeiro. Entendemos que tal ganho faz com que seja mais lucrativo, para o devedor, continuar no adimplemento do que cumprir a obrigação. O nono problema seria inalienabilidade dos bens públicos. O décimo problema, enumerado pelo autor, é a dificuldade do uso da força pública, porque, quando o credor consegue do juiz todas as providências para coagir o devedor a pagar, estas são obstruídas pela dificuldade de uso da força pública. Assim, podemos perceber que contribui para escassez de efetividade do processo as situações que ocorrem desde a propositura da ação até o proferimento da sentença. Portanto, o legislador e todos os operadores do direito devem buscar amenizar cada um desses problemas. Preocupar-nos-emos, no nosso estudo, em tentar amenizar o quinto problema elencado pelo autor que seria a ineficácia das coações processuais, ampliando um pouco mais a fim de englobar a ineficácia das decisões em mandado de segurança, ainda quando a elas impostas as coações possíveis, discorrendo e identificando os meios possíveis de uma melhor busca da efetividade, no que tange às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa.

O primeiro obstáculo para um processo justo destacado é o **acesso à justiça**, e a primeira onda reformista é a **assistência judiciária**. Constatou-se que era preciso criar um mecanismo para garantir acesso à justiça e, nesse contexto, estava a “justiça gratuita”.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, no art. 5º, LXXIV, a “assistência jurídica integral e gratuita” e, ainda, além da previsão da assistência judiciária, existe a assistência extrajudicial (no caso de divórcio, inventário e partilha no cartório, porque apesar de continuarem precisando de advogado poderão também ser gratuitos).¹²

Desse modo, não basta somente que qualquer pessoa procure, em tese, se valer do “acesso à justiça” e pleitear o seu direito. É importante que haja mecanismos à disposição da população para que esses direitos se efetivem.

Entendemos também ser necessária, em consonância com o pensamento supracitado, a defensoria pública, pela mesma idéia de assessorar os mais carentes ou até mesmo aqueles que têm certa condição, mas não podem arcar com o custo de advogados ou de determinados processos¹³.

O segundo obstáculo está no **campo de atuação** que tem como onda **a tutela dos interesses difusos e coletivos**. Com essa idéia, concluiu-se que é necessário construir um sistema que comporte defesas dos interesses difusos ou coletivos, como o meio ambiente, o patrimônio histórico dentre outros.

Acreditamos que o Brasil já tomou algumas providências quanto a esses dois primeiros obstáculos detectados, se não no plano material, no formal, haja vista ser prevista a assistência judiciária e a assistência extrajudicial e ser a proteção dos direitos metaindividuais uma grande preocupação nacional.

¹² BRASIL, 2006a.

¹³ BARBOSA MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual, sétima série*. Saraiva: São Paulo, 2001. Barbosa Moreira (2001, p. 170) vê o excessivo custo do processo como um problema que “[...] está longe de ser mazela estranha ao mundo anglo-saxônico”, “[...] onde [...] os sistemas de assistência judiciária não se mostram capazes de ministrar remédio bastante”.

O terceiro obstáculo é a **qualidade de justiça**, que tem como terceira onda a **garantia da satisfação**.

É, portanto, sobre esse terceiro obstáculo e sobre a terceira onda que aprofundamos nossos estudos, uma vez que será visando à qualidade da justiça que discutiremos como garantir a satisfação, e, assim, conseqüentemente, a efetividade do cumprimento das decisões em mandado de segurança.

Todos esses fatores contribuem para que a efetividade seja tão ansiada e esperada por todos, sejam eles juristas ou cidadãos comuns, o desejo é ver resolvidos os conflitos no caso concreto, com a satisfação mútua das partes.

1.2 O DESENVOLVIMENTO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Como mencionado, é cada vez crescente a preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional por parte do operador do direito, dos estudiosos e de todos aqueles que têm uma relação direta ou indireta com a prestação da tutela jurisdicional, pois como afirma Luiz Gustavo Tardin¹⁴: “A função do processualista contemporâneo, nesse diapasão, é buscar meios para tornar o processo cada vez mais efetivo”.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁵ entende que o processo será efetivo somente se este significar a realização do direito material e afirma que:

Dos diversos critérios possíveis de aferição, vou concentrar-me em dois, que me parecem sobretudo importantes. De acordo com o primeiro, será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação pelo meio da Justiça. Consoante o segundo, merecerá a denominação de efetivo, do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças - não só econômicas, senão também políticas e sociais.

¹⁴ TARDIN, Luiz Gustavo. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ, José Rogério; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Temas Fundamentais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 4, p. 24.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v.27, n. 27, 180-190, jan./mar. 2002. p. 181.

Assevera Cândido Rangel Dinamarco¹⁶ que, tradicionalmente, existia a visão de que a conversão pecuniária das obrigações de fazer ou de não fazer poderia repor a tutela originalmente pretendida e, por essa razão, “[...] era um corriqueiro expediente de **meia-justiça** que, durante muito tempo, satisfez o espírito dos juristas menos preocupados com a efetiva aptidão do sistema processual a proporcionar tutelas jurisdicionais completas e exaurientes”.

Há tempos, nos conflitos de interesse privado, por exemplo, eram poucos os pensamentos que rondavam a idéia de direito preventivo. As tutelas eram, em sua maioria, sancionatórias, em menor número reparatórias, mas raramente preventivas.

Com a evolução do Direito e da sociedade, achou-se necessário pensar em uma tutela preventiva, pois esta é a proteção que mais garante uma tutela justa. Assim, foram editadas leis como as Leis nº 8.952/94, n.º 10.444/02, e, mais recentemente, a 11.232/05 que trouxeram mudanças determinantes no processo civil e em todo o ordenamento e, assim, acabaram por garantir ao processo a valorização e preocupação com a **efetividade da tutela jurisdicional**, fazendo com que a Jurisdição pudesse trazer a realização do direito material.

Essa preocupação com a efetividade do processo, resultando, em determinadas situações, em um novo modo de tutela dos direitos, possibilitou a criação de mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro que prezam por garantir a efetiva prestação jurisdicional.

Destarte, “[...] a força das tendências metodológicas modernas aponta para a **excepcionalidade da solução pecuniária**, reconhecendo-se sua ilegitimidade sempre que possível à execução específica das obrigações de fazer e de não-fazer”¹⁷.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a. v. 1. p. 595.

¹⁷ Dinamarco, 2002a, p. 596.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁸ afirmou que:

[...] O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não jurisdicionáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis. Tal idéia da *efetividade da tutela jurisdicional* coincidente com a da plenitude do *acesso à justiça* e a do *processo civil de resultados* (grifo do autor).

Podemos perceber que a efetividade da tutela jurisdicional está diretamente ligada ao escopo da Jurisdição, uma vez que para esta passou a ser necessário também a concretização do direito material e não somente seu reconhecimento. E é nessa linha de pensamento que trataremos da efetividade do cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança nas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa.

1.3 TRÊS DIFERENTES ASPECTOS DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Após análise geral sobre a efetividade do processo, é preciso solucionar o problema objeto de nosso trabalho, **como garantir uma maior efetividade às decisões proferidas em mandado de segurança**, partindo da Constituição da República Federativa do Brasil?

Será sob a ótica constitucional que deverão ser pautadas todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro, pois é na Carta Magna que buscaremos os fundamentos estruturais da efetividade da tutela jurisdicional que serão aplicados no plano do “ser”, pois “a relação entre constitucionalização do processo e a efetividade da jurisdição é íntima na medida em que a primeira contribui decisivamente para se atingir a segunda”¹⁹.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, v. 21, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996. p. 55.

¹⁹ LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, n. 116, p. 38, 2004.

Desse modo, analisaremos a efetividade da tutela jurisdicional: a) a partir da Constituição da República Federativa do Brasil; b) como direito fundamental; e como c) norma-princípio.

1.3.1 Efetividade da tutela jurisdicional a partir da Constituição da República Federativa do Brasil

Iniciando nosso estudo pela análise da efetividade da tutela jurisdicional a partir da Constituição Federal, discorreremos sobre o **modelo constitucional do processo**.

O modelo constitucional do processo engloba o estudo de quatro grupos²⁰: o grupo da tutela constitucional do processo, o grupo dos procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados, o grupo das normas constitucionais relevantes à organização da Justiça e o quarto grupo é o normas constitucionais voltadas a disciplinar as funções essenciais à Justiça. Aprofundaremos-nos no estudo do primeiro grupo, uma vez que esse corresponde aos princípios e às garantias constitucionais do processo civil, e será nesta análise que estudaremos a busca pela efetividade das decisões jurisdicionais em nosso objeto de estudo.

Preocupar-mos-emos, neste ponto, com o destaque desse grupo, pois será compreendendo a importância de se estudar e aplicar os princípios constitucionais do processo civil, através da Constituição da República Federativa do Brasil que poderemos avaliar posteriormente a proeminência do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, no cumprimento das decisões no mandado de segurança.

A idéia “modelo constitucional do processo civil”, há certo tempo, ronda os pensamentos dos estudiosos do direito.

²⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil, teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007a. p. 90-91.

Alguns doutrinadores nomeiam tal conceito como “processo civil constitucional”. Independentemente do nome adotado, devemos ter em mente que esse termo diz respeito ao estudo do processo civil à luz da Constituição Federal.

Cassio Scarpinella Bueno ²¹ ilustra de forma clara tal idéia, introduzindo o tema com a premissa de que não é possível tratar de qualquer direito, sem voltar os olhos para a Constituição Federal.

Ainda nos bancos acadêmicos, aprendemos as formas de interpretação do direito, das quais uma delas é a forma sistemática, ou seja, uma interpretação com análise de todo o sistema, dentro de um contexto maior e não somente da leitura do inciso, parágrafo, artigo, ou mesmo da lei.

Devemos analisar o processo civil sob a ótica da Constituição Federal, ou seja, como é que a Constituição conceberia tal norma processual²².

É retirar da Constituição Federal o modelo constitucional do processo e analisar “[...] em que condições o legislador e o magistrado, cada um desempenhando o seu

²¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 1.

²² Norma processual aqui se emprega no sentido de regra, espécie de norma jurídica. O conceito de norma jurídica é um pouco complexo. Adotando o esquema proposto por Paulo de Barros e seguido por Moussallem (2001, p. 218-219), podemos dizer que o Direito se manifesta por três planos ou subsistemas: o subsistema das formulações literais, que seriam também formados pelas leis, pelo subsistema dos enunciados prescritivos e pelos subsistemas das normas jurídicas (MOUSSALLEM, Târek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001). O primeiro subsistema é formado por orações soltas, plenas de sentido, no entanto, não houve um encerramento na significação de tais enunciados, na medida em que precisam se juntar às outras unidades para formarem as normas jurídicas, exemplo leis, artigos, princípios implícitos. Já o segundo subsistema é formado pelas proposições formuladas a partir da leitura dos enunciados prescritivos, é composto pelas proposições formuladas a partir da leitura dos enunciados dotados de sentido. E, passando para o plano dos conteúdos de significações dos enunciados prescritivos, partimos para o conjunto articulado das significações normativas, ou seja, o terceiro subsistema, o das normas jurídicas. Assim, podemos entender que norma jurídica é a significação criada pelo intérprete com a finalidade de produzir unidades dotadas de sentido deontico, gerando ao final a norma jurídica. Por exemplo, o enunciado prescritivo “Brasília é a capital Federal” estampado no artigo 18, § 1º da Constituição Federal faz parte do subsistema das formulações literais e não do subsistema das normas jurídicas, uma vez que tal enunciado é pleno de sentido, mas não houve um encerramento em sua significação. Assim, não poderia ser norma jurídica, pois esta abrange o conteúdo das significações dos enunciados prescritivos, ou seja, é a interpretação que se faz na concepção do intérprete.

próprio mister institucional, têm de conceber, interpretar e aplicar as leis para realizar adequadamente o modelo constitucional do processo”²³.

As normas referentes ao grupo da **tutela constitucional do processo**, correspondem, portanto, a esses princípios constitucionais que devem ser avaliados a partir da Constituição Federal. Os princípios constitucionais do processo impõem um determinado comando, dentre eles podemos destacar: o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e I), princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV), princípio do direito de ação e do acesso à justiça ou **princípio da efetividade da jurisdição** (art.5º XXXV), princípio da publicidade dos atos processuais (art.5º, LX, e art. 93, IX), princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), princípio da proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI) e, por fim, o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII). Nosso enfoque será, portanto, na análise do princípio da efetividade da jurisdição, através da Constituição Federal²⁴.

Cassio Scarpinella Bueno afirma que as leis infraconstitucionais devem ser elaboradas e aplicadas conforme a Constituição Federal. Se assim não for, elas serão consideradas inconstitucionais, podendo ser passíveis de controle de constitucionalidade difuso (no caso de decisão de juiz de primeiro grau em determinado caso concreto, fazendo coisa julgada, *inter partes*) ou, sendo passível de controle concentrado (realizado pelo Supremo Tribunal Federal, de forma originária ou derivada em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), fazendo, no caso, coisa julgada *erga omnes*). Ou ainda a lei poderá ser declarada inconstitucional pelo simples fato de não ter sido recepcionada pelo ordenamento jurídico com a nova Constituição de 1988 em vigor.

E nos lembra o supracitado autor de que o fato de o processo cumprir e seguir as formas previstas na Constituição não significa cumprimento com o seu fim. Muito longe dessa finalidade está o objetivo do processo. Esse tem como escopo a

²³ Scarpinella Bueno, 2004, p. 2.

²⁴ Scarpinella Bueno, 2004, p. 3.

concretização do direito material, que é o objetivo da Jurisdição, fazer atuar o direito material.

Complementando, “além do processo ter de ser conforme o modelo constitucional do processo, ele deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados à realização concreta de valores e situações jurídicas que lhe são exteriores [...]”²⁵.

Assevera Cassio Scarpinella Bueno²⁶:

Os princípios constitucionais do processo civil – que moldam o ‘modo de ser’ do processo –, explicitados fundamentalmente, mas não exclusivamente, no art. 5º da Constituição Federal, prescindem de lei para ‘existirem juridicamente’. É que o referido dispositivo deve ser lido (e interpretado e aplicado) rente ao que dispõem seus dois primeiros parágrafos. De acordo com eles, todos os direitos e garantias lá previstos não exigem nenhuma regra que os implemente concretamente. São para empregar nomenclatura que vem sendo cunhada pela doutrina mais recente, ‘direitos fundamentais’.

Podemos afirmar que os princípios constitucionais do processo civil “[...] são normas veiculadoras de **direitos fundamentais** e, nesse sentido, todos os avanços que os teóricos dos direitos fundamentais alcançam em seus estudos **devem** ser utilizados pelo estudioso do direito processual civil”²⁷ (grifo nosso).

Assevera Luiz Guilherme Marinoni²⁸:

Portanto, a compreensão da lei a partir da Constituição expressa uma outra configuração do positivismo crítico ou de pós-positivismo, não porque atribui às normas constitucionais, mas sim porque submete o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei.

²⁵ Scarpinella Bueno, 2007a, p. 86.

²⁶ Scarpinella Bueno, 2007a, p. 92.

²⁷ Scarpinella Bueno, 2007a, p. 94.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006a. v. 1. p. 51.

1.3.2 Efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental

Visto a efetividade da tutela jurisdicional a partir da Constituição Federal, analisaremos tal princípio como direito fundamental. São várias as teorias que discutem o estudo dos direitos fundamentais²⁹: a) aquelas que elegem um princípio como jusfundamental; b) aquelas que partem de um leque de princípios jusfundamentais em igual hierarquia e c) aquelas que, partindo dessa gama de princípios, tentam estabelecer uma ordem entre eles.

Elegemos, para nosso estudo, a teoria criada por Robert Alexy, que pondera sobre a preponderância de um princípio sobre o outro, por acreditarmos ser bastante coerente com as nossas concepções³⁰.

No item seguinte, estudaremos, com detalhes, como se dará tal preponderância em cada caso concreto analisado.

É importante, primeiramente, delimitarmos o significado de “efetividade”, pois esse termo pode ser confundido com “eficácia” e, ainda com “eficiência”.

Carolina Bonadiman Esteves³¹ diferencia a existência de três planos: a) eficácia – relacionada à produção dos efeitos desejados; b) eficiência – relacionada ao resultado com o mínimo de perdas, erros, dispêndios ou tempo; e c) efetividade - relacionada à existência de algo na prática.

Ao analisar a maneira de se garantir a efetividade do cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança se torna necessário abordar todos esses significados. Adotando a união dos termos supracitados, podemos afirmar que será com a produção dos efeitos aspirados (eficácia), com um mínimo de prejuízo, desacertos ou tempo (eficiência) e garantindo a existência de algo na prática

²⁹ Marinoni, 2006a, p. 67.

³⁰ Alexy, 2002.

³¹ ESTEVES, Carolina Bonadiman. Aplicação e exigibilidade da multa coercitiva do art. 461, §§ 4º e 5º do CPC como forma de alcance do acesso efetivo à Justiça. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, p. 258, 2006.

(efetividade), que buscaremos garantir o máximo de “efetividade” (aqui em sentido amplo) possível para a tutela jurisdicional pleiteada, possibilitando a concretização do direito material pretendido.

É essencial para o desenvolvimento de nosso estudo analisar a “[...] efetividade da tutela jurisdicional” como direito fundamental, uma vez que, quando falamos “direito fundamental à tutela executiva” ou “direito fundamental à duração razoável ao processo”, estamos tratando de uma idéia que está estampada na Constituição da República Federativa do Brasil como direito fundamental e assim deve ser aplicado.

É preciso, entender, entretanto, o fundamento da acentuada proteção aos direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois será tendo ciência de sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro que entenderemos o essencial dever de sua aplicação.

No tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, vigorava o alívio do fim da ditadura militar que, por mais de duas décadas, impôs um forte autoritarismo. Por essa razão, a Constituinte e as forças sociais e políticas nela representadas atribuíram uma grande relevância aos direitos fundamentais, uma vez que, anteriormente, tais direitos foram restritos ou em muitas vezes, aniquilados³².

Ingo Wolfgang Sarlet³³ destaca vários aspectos que demonstram a importância dos direitos fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro. Além do motivo supracitado, a situação topográfica de tais direitos na Carta Magna possibilitou a previsão dos mesmos logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais e, ainda a própria utilização da terminologia “direitos e garantias fundamentais”³⁴ trouxe uma maior conotação, quando empregou o termo “fundamentais”.

³² SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 78.

³³ Sarlet, 2006, p. 79.

³⁴ Salienta o autor na mesma observação que a locução anteriormente utilizada era “direitos e garantias individuais”, por isso o destaque de uma maior valorização quando mudou para “direitos e garantias fundamentais”.

Todavia, foi na previsão do art. 5º §1º da Constituição Federal, trazendo a imediata aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, e na inclusão dos mesmos entre as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º da Constituição Federal, que houve a mais expressiva valorização³⁵.

Assim preceituam tais dispositivos legais da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004).

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (grifo nosso).

Art. 60 § 4º “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

De acordo com o artigo 5º, inc. LXXVIII, ao preceituar que a todos “[...] são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação [...]”, prestigia-se a **efetividade dos provimentos judiciais**, haja vista ser somente através de uma prestação jurisdicional efetiva que se terá uma razoável duração do processo. E, para isso, deverão ser empregados meios que garantem a celeridade de sua tramitação, ou seja, mecanismos que possibilitem, também, a efetividade do provimento jurisdicional.

Além do citado inciso, o § 1º do art. 5º, do mesmo diploma legal, também traz a idéia de efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que preceitua que as “[...] normas garantidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata [...]”. O que confirma ser a efetividade prioritária e essencial para a proteção de todos direitos e garantias individuais, já que é necessária a **aplicação imediata** das normas que os assegurem.³⁶

³⁵ Sarlet, 2006, p. 79.

³⁶ BRASIL, 2006a.

Luiz Guilherme Marinoni estabelece que

[...] o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige *apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais*, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva *para todos os direitos* (grifo do autor) ³⁷.

E completa:

Tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer *apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais*, mas sim *técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos*. De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de se dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim uma maneira de se dar tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado (prestações em sentido estrito ou prestações sociais). (grifo do autor)

Podemos, dessa maneira, preceituar a idéia de que a “efetividade” como direito fundamental, ou seja, como norma “jusfundamental” deve ter aplicabilidade imediata, sendo, por isso, empregada com o fim de trazer às partes a solução eficaz do conflito levado à tutela do Estado.

Marcelo Lima Guerra ³⁸ esclarece a dúvida sobre a correta terminologia adotada, quando fazemos referência ao direito fundamental à tutela executiva. Explica o autor, que são inúmeros os nomes empregados que fazem referência a tal direito. Dentre esses nomes constatamos estas expressões: “garantia da efetividade da tutela jurisdicional”, “garantia da efetividade do processo”, “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, “garantia (ou princípio) do direito de ação”, “garantia do acesso à ordem jurídica justa”, “direito fundamental à tutela efetiva”³⁹.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. p. 12. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 29 jun. 2007. p. 13.

³⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 101 a 102.

³⁹ Não nos preocuparemos com a distinção entre esses termos, pois nosso estudo ronda uma idéia maior de efetividade, que não se limitará à terminologia empregada.

Entretanto, todos esses termos empregados detêm detalhes um pouco diferenciados e, por isso devem ser tratados cuidadosamente com suas devidas peculiaridades.

Marcelo Lima Guerra⁴⁰ afirma:

[...] caracterizar como um direito fundamental a exigência de que haja meios executivos adequados a proporcionar uma integral tutela executiva de qualquer direito consagrado em título executivo, significa o seguinte: a) o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição – a qual melhor caracteriza-se, insista-se, uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva – não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva. c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva **mesmo que não previsto em lei, e ainda expressamente vedados em lei**, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos (grifo nosso).

Na concepção do autor, o direito fundamental a uma tutela efetiva deve se sobrepôr a vários aspectos, com as ressalvas apontadas, para garantir uma integral satisfação do credor.

Para Marcelo Lima Guerra a idéia sobre os direitos fundamentais como hoje existe, configura um regime jurídico próprio. Este se manifesta através de diversas garantias, que buscam a “eficácia concreta” de tais direitos ⁴¹.

Cassio Scarpinella Bueno resume a aplicação dos direitos fundamentais, considerando que: “[...] o direito processual civil e todos os seus institutos devem ser compreendidos de maneira a realizar os direitos fundamentais tais quais assegurados no plano constitucional” ⁴².

⁴⁰ Guerra, 2003, p. 103.

⁴¹ Guerra, 2003, p. 103. p. 83.

⁴² Scarpinella Bueno, 2007a, p. 56.

Concluindo, os direitos e garantias fundamentais, preceituados na Constituição Federal, trazem, no seu bojo, sua aplicação imediata, provocando a efetiva realização do direito.

1.3.2.1 Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Pelo exposto, é importante que destaquemos, mesmo que brevemente, os aspectos dos direitos fundamentais sobre suas dimensões subjetiva e objetiva.

Explica Luiz Guilherme Marinoni⁴³ que a dupla dimensão dos direitos fundamentais significa que estes além de garantir direitos subjetivos, instituem princípios objetivos condutores dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Diante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o Estado ficará obrigado a protegê-los através de prestações normativas (normas) e fáticas (ações concretas).

Deste modo, será quanto à “[...] influência da identificação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais na atuação dos órgãos jurisdicionais [...]”, que iremos fundamentar e, ao mesmo tempo, compreender as normas processuais recentemente introduzidas na legislação brasileira⁴⁴, como as regras dos §§ 4º e 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, que conferem efetividade ao cumprimento das decisões dos magistrados, e, no nosso caso, às decisões do mandado de segurança.

Marcelo Lima Guerra⁴⁵ elucida claramente a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, afirmando que na referência aos direitos fundamentais, não estamos tratando apenas dos “direitos subjetivos”, porque tal análise é mais ampla. Com a tutela dos direitos fundamentais “[...] vêm consagrados os *valores básicos e constitutivos do ordenamento jurídico*, que irão conformar todo o desenvolvimento posterior deste mesmo ordenamento, inclusive as condutas que nele venham a se

⁴³ Marinoni, 2006a, p. 69.

⁴⁴ Guerra, 2003, p. 99.

⁴⁵ Guerra, 2003, p. 98-99.

pautar [...] (grifo do autor)". Por essa razão, os direitos fundamentais possuem uma "dupla dimensão": a dimensão subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva, como explana o supracitado autor, equivale a "[...] fontes de posições subjetivas de vantagens, enquanto faculdades e poderes atribuídos aos seus titulares". Já a dimensão objetiva de tais direitos corresponde "[...] nos demais *efeitos jurídicos* resultantes do reconhecimento de tais direitos como os *valores fundamentais e constitutivos da ordem jurídica* (grifo do autor)⁴⁶".

É a dimensão objetiva que orienta a aplicação desses valores com o intuito de fazer prevalecer tais normas "jusfundamentais".

Assim, com base na dimensão objetiva do direito fundamental a uma tutela efetiva, serão cada vez mais buscados e aplicados diferentes meios processuais como os mecanismos de efetividade que serão objetos de nosso estudo, para garantir um maior e mais eficiente cumprimento das decisões judiciais.

1.3.3 Efetividade da tutela jurisdicional como "norma-princípio"

Robert Alexy⁴⁷ faz um grande estudo sobre os direitos fundamentais. Analisaremos, contudo, parte desse, em nossas reflexões e será, na análise de seus fundamentos, que nos aprofundaremos a seguir.

Após o breve relato da efetividade da tutela jurisdicional a partir da Constituição da República e como direito fundamental, aprofundaremos o estudo da efetividade da tutela jurisdicional como norma-princípio, pois, será através do entendimento da teoria, que envolve o estudo da "norma-princípio", que poderemos corretamente ponderar sobre a aplicação da efetividade da tutela jurisdicional em dado caso concreto.

⁴⁶ Guerra, 2003, p. 98.

⁴⁷ Como dito, existem inúmeros teóricos no estudo dos direitos fundamentais. Adotaremos, no entanto, como base o estudo feito por Alexy (2002), uma vez que esse engloba importantes argumentos que serão capitais para as nossas conclusões.

Estabelecendo como base de nossas reflexões a Constituição Federal, podemos afirmar que é composta por normas que por sua vez se dividem em regras e princípios ⁴⁸.

Para Paulo Ricardo Schier ⁴⁹:

Sob o ponto de vista da vigência e coercitividade, regras e princípios não diferem. São ambos comandos normativos vinculantes, imperativos, decorrentes da vontade do poder constituinte. Possuem a mesma dignidade formal: são em sentido *lato*, normas constitucionais e, por isso, dotados da autoridade que lhes conferem a rigidez e a supremacia da Constituição.

Apesar da afirmação do supracitado autor, há uma relevante diferença entre esses dois tipos de normas que deverá ser detectada.

1.3.3.1 Distinção entre regras e princípios

Para Luiz Roberto Barroso ⁵⁰, “[...] as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem”, enquanto, os princípios “têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema”. Continua explicando que as regras são compostas de comandos objetivos, não dando margem a elaborações sofisticadas quanto à sua incidência.

Já os princípios abarcam uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante.

⁴⁸ Utilizaremos, aqui, norma no sentido *lato*, pois a norma jurídica, na verdade, como já explicado, se forma na interpretação do intérprete do Direito. Não está no texto legal e nem em qualquer outro lugar do ordenamento jurídico e sim na cabeça do operador do Direito, idéia estampada na leitura da obra de Moussallem (2001, p. 218-219).

⁴⁹ SHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica do Direito do Estado*, Salvador, n. 4, p. 7, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/filtragem.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2007.

⁵⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1. n. 6, p. 21, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 23 set. 2007.

Acrescenta Paulo Ricardo Shier ⁵¹ que, durante um longo período, quando se falava que determinado enunciado tinha caráter principiológico, significava que não tinha carga normativa, pois não passava de conselhos éticos, políticos ou morais.

Portanto, os princípios são formados de “valores” e, por isso, são abstratos, enquanto as regras são formadas de prescrição de condutas específicas e por esta razão são mais concretas e objetivas.

1.3.3.2 Evolução da utilização das regras e princípios no ordenamento jurídico

Será feita uma breve menção, pois aprofundamento maior será desnecessário, à evolução da incidência das regras e princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de determinar a importância atual do incentivo ao emprego do princípio da **efetividade da tutela jurisdicional**.

Inicialmente, as regras eram supervalorizadas, não existia lugar algum para a incidência de princípios. Existia a dúvida de como se proceder com a lógica da subsunção (ou melhor, ponderação), diante desses enunciados tão cheios de valores e de pouca normatividade.

Schier ⁵² explica o processo pelo qual passou o constitucionalismo, dizendo que em relação a esse assunto, não funcionava mais o processo de subsunção estritamente formal. Pois, quando se buscava no plano do “dever ser” determinada hipótese do plano do “ser” detectavam-se muitas falhas, justamente em situações onde as normas estritamente formais não conseguiam englobar o verdadeiro sentido da conduta praticada. Era preciso uma maior previsão das regras estritamente formais para que as hipóteses do mundo dos fatos fossem realmente protegidas.

Notou-se que era necessária a incidência de “normas” mais abertas para possibilitar uma flexibilização harmônica dentro do ordenamento, isto é, a incidência de

⁵¹ Shier, 2005, p. 7.

⁵² Shier, 2005, p. 7.

princípios, pois, só as regras formais não estavam sendo suficientes na previsão em abstrato.

Mas, ao contrário disto, o positivismo retirou dos princípios a sua normatividade, colocando-os como “tapa-buraco” do sistema, pois como não conseguiam explicar a sua realidade normativa, negavam, assim, a juridicidade para proteger o modelo teórico.

Para o Schier seria como “[...] afirmar-se que a realidade não se enquadra no conceito e, por isso, a realidade está errada⁵³”. Ou melhor, o positivismo nessa fase não enxergava a carga jurídica que existia nos princípios e, por isso, não lhes dava sua devida importância e assim, afirmavam não ser um tipo de norma, e sim, apenas alternativas possíveis, caso não fosse encontrada nenhuma outra solução legal. Era o sistema positivista puro onde os princípios eram aplicados na última possibilidade, ou seja, quando já se buscou a lei, o costume, a interpretação analógica, a equidade e nada adiantou. Assim, a Constituição encontrava dificuldade com as teorias formalistas tradicionais.

Mas, a história nos explica que foi o processo de rigidez positivista que possibilitou a abertura para a dogmática dos princípios.

Na primeira década do século XX, era essa a filosofia dos juristas: o Positivismo. Este fazia com que o Direito fosse um sistema fechado e auto-suficiente. Esse rigorismo todo fez com que o positivismo fosse perdendo forças até ser vencido.

Segundo Luiz Roberto Barroso⁵⁴:

O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete,

⁵³ Shier, 2005, p. 7.

⁵⁴ Barroso, 2001, p. 18.

a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se (grifo do autor).

E acrescenta seu pensamento, dizendo que a decadência do positivismo foi associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, pois tais movimentos políticos e militares evoluíram no poder pela legalidade e cometeram atrocidades em nome dela. O caso famoso do julgamento de Nuremberg foi baseado na lei e em cumprimento das ordens da autoridade competente. No entanto, com o fim da Segunda Guerra Mundial, esse pensamento não tinha mais tanto espaço para os pensadores esclarecidos.

Mas, a “[...] superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo”⁵⁵ possibilitaram um estudo maior acerca do Direito e de sua função social. Daí o pós-positivismo comportar relação entre valores-princípio e regras que configuram a **nova hermenêutica** e a teoria dos direitos fundamentais.

Não havia o desejo da volta do Jusnaturalismo puro, empregando fundamentos vagos ou abstratos. Era uma busca pela existência de um ordenamento jurídico sólido, entretanto, com valores de justiça e legitimidade. E isso é possível a partir do constitucionalismo moderno, quando há uma relação entre a ética e o Direito.

Esses novos enunciados com carga valorativa materializam-se em princípios e passam a ser abrangidos pela Constituição, implícita ou explicitamente⁵⁶, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade, etc. Os princípios já existiam, mas não, a sua normatividade.

Os princípios constitucionais passaram, entretanto, a ser o fim do ordenamento jurídico, garantindo a unidade e harmonia do sistema.

⁵⁵ Barroso, 2001, p. 19.

⁵⁶ Barroso, 2001, p. 20.

Essa visão, portanto, teve que ser modificada para existir uma concepção onde os princípios ganhariam normatividade e passariam a fazer parte do gênero “norma”, compondo por igual o ordenamento jurídico e não sendo apenas “tapa buraco”.

E tal imposição de normatividade foi possível também pela diferenciação entre regra e princípios, colocando-os como espécies do gênero “norma”. Assim, foi apontado como um sistema que necessita dos princípios, assim como das regras, para ser completo.

Os princípios, logo, passaram por uma fase de positivação constitucional, tornando-se normas almejadas e protegidas pelo ordenamento.

Mas também, não se devem reduzir a princípios todos os enunciados trazidos pela Constituição. Para o autor é esse o momento de crise da dogmática constitucionalista, pois o excesso de valoração dos princípios também pode ser tão perigoso quanto à sua escassez.

João Batista Lopes aduz ser fácil perceber o risco da supervalorização dos princípios constitucionais do processo. E exemplifica, dizendo que a sacralização do princípio do contraditório poderá ocasionar risco à efetividade do processo, ou que a vedação absoluta de provas ilícitas poderá manter na cadeia um inocente, assim como, a interpretação literal do princípio da isonomia poderá não levar em conta a máxima de tratar, desigualmente, os desiguais, na medida de suas desigualdades ⁵⁷.

Acrescenta o citado autor que essa valorização acentuada dos princípios constitucionais, como dissemos, compromete a legislação processual, pois nem todas as causas poderão ser solucionadas com aplicação apenas das normas constitucionais.

E, ainda⁵⁸:

⁵⁷ Lopes, 2004. p. 32.

⁵⁸ Lopes, 2004, p. 32.

A invocação dos princípios constitucionais não pode erodir normas técnicas e requisitos necessários ao desenvolvimento do processo (por exemplo os prazos processuais não podem ser desprezados; as condições da ação (*rectius*, requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito) não podem ser dispensadas; a exigência de prova escrita, na ação monitória, é inafastável etc.)

Contudo, a Constituição Federal sem princípios seria difícil possibilitar a adequação à evolução e, por outro lado, um sistema sem regras seria enfraquecido de peso normativo e traria ainda mais insegurança à sociedade.

Por isso, a aplicação dos princípios deverá ser analisada com cuidado, pois há de se pesar os valores a serem protegidos.

Assevera Lopes ⁵⁹ que o princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado, com assiduidade, no processo civil, pelo fenômeno da constitucionalização do processo e comporta as características de ser um verdadeiro princípio, porque regra não tem força para resolver conflito entre princípios (normas fundantes). É um princípio constitucional, corolário do Estado de Direito, que tem o escopo de vedar o excesso e o abuso, tal princípio em sentido estrito consiste na avaliação dos direitos ou interesses em jogo, para dar prevalência aos valores que informam a ordem jurídica.

1.3.3.3 Conflito entre regras ou princípios

Nesse ponto da discussão, é importante destacarmos os critérios de solução dos conflitos que existem quando estão em choque regras ou princípios ⁶⁰. Através desse estudo, poderemos analisar, posteriormente, o choque entre o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e qualquer outro princípio que também demande necessidade de aplicação, para sabermos qual será a melhor opção por um ou por outro princípio.

⁵⁹ Lopes, 2004, p. 33-34.

⁶⁰ Scarpinella Bueno, 2004, p. 5.

1.3.3.3.1 Conflito entre regras

Abordando, primeiramente, o conflito de choque entre regras, devemos estabelecer que esse conflito gerará uma **antinomia jurídica**⁶¹. Esta será solucionada através de critérios fornecidos pelo próprio sistema, fazendo que apenas uma dessas regras prevaleça e seja aplicada, dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Tais critérios podem ser divididos em três distintas análises.

O primeiro deles é o critério da hierarquia, no qual uma norma hierarquicamente superior prevalece sobre a hierarquicamente inferior, por exemplo, a Constituição Federal prevalece sob o Código de Processo Civil.

O segundo critério é o critério cronológico (anterioridade), que estabelece a preponderância de uma norma, quando a mesma é posterior à outra. A Lei 11.232/05, por exemplo, prevalece em suas normas que contrariarem o Código de Processo Civil, uma vez que esta é de 22 de dezembro 2005, e o vigente Código de Processo Civil é de 11 de janeiro de 1973.

O critério da especificidade, por sua vez, existe quando o conflito se dá entre uma norma de caráter geral e outra de caráter especial, prevalecendo a de caráter especial por ser a norma específica de determinado assunto, como no caso do Código de Defesa do Consumidor que prevalece sob o Código Civil.

1.3.3.3.2 Conflito entre princípios

Diferentemente das normas, os princípios têm outros meios de solução de conflitos. Podemos dizer que um princípio prevalecerá sob o outro, quando analisarmos a “preponderância de valores” ou “ponderação de valores”. Mas, para chegarmos a essa conclusão, é necessário analisar a teoria criada sobre o tema para entendermos a essência de tal concepção.

⁶¹ Guerra, 2003, p. 85.

Teoria do Sopesamento de Valores

Existem diferentes teorias sobre a correta aplicação de determinado princípio no caso concreto, ou seja, várias são as formas de escolha por um apontado valor em detrimento ao outro. Como dito, a Teoria de Robert Alexy traz grande ajuda para a correta aplicação dos princípios no caso concreto. Após o conhecimento da Teoria, seremos capazes de ponderar sobre a correta aplicação do princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional no cumprimento das decisões do mandado de segurança.

A Teoria criada por Robert Alexy⁶² para explicar a incidência de um princípio em detrimento de outro, se, no caso concreto, houvesse o choque entre os dois, foi amplamente aceita, principalmente no Brasil, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais.

Começaremos trazendo a divisão das normas jurídicas em regras e princípios como acima explicados, acrescentando as considerações de Alexy.

Os princípios contêm uma estrutura aberta que não conduz a uma conduta específica, mas sim a uma conduta que determine que realize algo da melhor maneira possível. Alexy definiu os princípios como “mandados de otimização”. Portanto, serão aplicados com ponderação e, em sua aplicação direta, exigirá do operador do direito grande valoração de cada caso concreto. Enquanto as regras são aplicadas por subsunção, são “mandados definitivos”, dotados de uma conduta que se exprime através dos modais deônticos: permitido, proibido e obrigatório e, desse modo, poderão ser aplicadas imediatamente, sem qualquer valoração⁶³.

Acrescenta Marcelo Lima Guerra⁶⁴:

Nessa perspectiva, é fundamental que se perceba que tal *valor*, o qual representa o *fim* comandado pelo *princípio*, é de ser buscado ou realizado, obviamente, através de *condutas*, isto é, através de *ações* e *omissões*. Tais *ações* e *omissões*, portanto, revelam-se *meios* para a realização de tal *fim*.

⁶² Alexy, 2002, p. 82-129.

⁶³ Alexy, 2002, p. 86-87.

⁶⁴ Guerra, 2003, p. 87.

Tais considerações são extremamente significativas para compreender de que modo se relacionam os princípios e as regras, especialmente para perceber a possibilidade de se expressar o *conteúdo dos princípios em termos de regras* (grifo do autor).

E conclui tal idéia dizendo que⁶⁵:

[...] tendo em vista que a prescrição de uma conduta determinada, vale dizer, a qualificação deôntica de uma determinada conduta como ‘obrigatória’, ‘permitida’ ou ‘proibida’ corresponde a uma ‘norma-regra’, é também possível dizer que uma ‘norma-princípio’ implica (vale dizer, ‘põe’, ‘comanda’, ‘prescreve’) um conjunto de *normas-regra*, precisamente aquelas qualificam como ‘obrigatórias’ e ‘proibidas’ as condutas que se revelarem capazes de, respectivamente, fomentar ou obstaculizar o atingimento do fim prescrito pela ‘norma-princípio’ (grifo do autor).

Assim sendo, podemos entender que, como mesmo assevera Robert Alexy⁶⁶, o próprio conceito de norma jusfundamental como mandado de otimização carrega implícita uma idéia de ponderação, assim como os critérios existentes para a sua realização. Isso porque, o conteúdo de uma norma jusfundamental só é formado dentro dos limites normativos impostos por outras normas (regra e princípios) que com ela colidem e também pela comum colisão entre os direitos fundamentais.

Para analisarmos a preferência pela aplicação do “princípio da efetividade da tutela jurisdicional” devemos, portanto, considerar a Teoria trazida por Robert Alexy e, assim, ter embasamento para a futura escolha de determinado princípio no caso concreto.

Esse “valor” que engloba a efetividade, mesmo que não expresso, mas fazendo parte da norma “jusfundamental”, há de ter aplicabilidade imediata, como preceitua o §1º do art. 5º da Constituição Federal, havendo para tanto uma “[...] *vinculação imediata dos órgãos públicos às regras que podem ser derivadas de ou adstritas a cada uma de tais normas jusfundamentais, independentemente do reconhecimento expresso de tais regras em algum texto legal*”⁶⁷ (grifo do autor).

⁶⁵ Guerra, 2003, p. 87-88.

⁶⁶ Alexy, 2002, p. 112.

⁶⁷ Guerra, 2003, p. 89.

Daí o surgimento da *regra da proporcionalidade*⁶⁸, para solucionar o conflito entre direitos fundamentais.

Num estudo minucioso, Marcelo Lima Guerra interpreta as concepções de Robert Alexy aduzindo a observação de três elementos parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito⁶⁹.

A “adequação” exige a “exata correspondência entre meios e fins, no sentido de que os meios empregados sejam logicamente compatíveis com os fins adotados e que sejam praticamente idôneos a proporcionar a feitura desses fins”.

A “necessidade” por sua vez impõe que o exercício de determinado fim deva limitar-se ao estritamente necessário: o escopo almejado. Existindo a possibilidade do emprego de mais de um meio possível, deverá ser escolhido aquele meio que traga um menor prejuízo para outros direitos fundamentais.

E, por fim, a “proporcionalidade em sentido estrito” estabelece uma correspondência jurídica entre os meios e os fins, ou seja, para atender a essa regra o operador do direito irá sopesar os bens jurídicos a serem atingidos em sua decisão, elegendo a melhor solução para o caso concreto.

A regra da proporcionalidade possibilita uma harmonização dos direitos fundamentais em conflito, seguindo a ponderação dos valores em jogo no caso concreto.

Alexy criou tal análise para determinar qual direito fundamental será aplicado. Para ele, em cada caso concreto, devemos pesar qual direito é mais importante. A partir desse estudo, poderemos, posteriormente, avaliar, qual o princípio incidirá no caso

⁶⁸ Guerra (2003, p. 91) assevera que este termo “regra da proporcionalidade” é bastante difundido como “princípio da proporcionalidade”, mas que assim não poderia ser, pois após o estudo das diferenças entre regras e princípios há de se constatar que a regra da proporcionalidade não se pode confundir com “mandado de otimização”, pois como iremos ver no estudos dos elementos da citada regra, esta será aplicada mediante subsunção e não ponderação.

⁶⁹ Guerra, 2003, p. 92.

concreto, por exemplo: a) O princípio da efetividade da tutela jurisdicional ou o princípio da menor onerosidade ao devedor? b) O princípio da efetividade da tutela jurisdicional ou o da liberdade de ir e vir? c) O princípio da efetividade da tutela jurisdicional ou o princípio da separação dos poderes? Depois dessa análise será possível a correta ponderação.

Mas, a Teoria do Sopesamento de Alexy é muito profunda e com o intuito de trazer tal análise esmiuçadora, Marcelo Lima Guerra⁷⁰ escreveu o artigo “A proporcionalidade em sentido estrito e a ‘fórmula do peso’ de Robert Alexy: significância e algumas implicações”. O estudo nos permitirá analisar mais detalhadamente como se dará a escolha por um princípio em detrimento de outro.

Marcelo Lima Guerra inicia sua exposição, mencionando que a fórmula criada por Alexy, para melhor entendimento de sua teoria, foi uma resposta a várias críticas sofridas por estudiosos que não entendendo a essência de seu estudo, criticaram-no.

E a análise toma sua primeira forma ao olhar o sub-princípio da **proporcionalidade em sentido estrito**, pois a norma-princípio é a espécie de mais difícil emprego.

Sua definição preceitua que “Quanto maior for o grau de interferência em um princípio [Pi], maior deve ser a importância em se realizar um outro [Pj]”.

A partir de tal definição, Alexy criou a Lei do Sopesamento que, por sua vez, possibilitou a elaboração da **Fórmula do Peso**.

A Lei do Sopesamento possibilita a solução de eventual conflito entre princípios ou valores e reside à tentativa de atribuir **pesos** ou **grandezas** diversas, fazendo com que se sobressaia um dos princípios em choque em determinado caso concreto.

⁷⁰ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 141, p. 53-71, 2006.

Mas, importante se faz a ressalva das hipóteses nas quais não seria possível atribuir pesos distintos aos princípios conflitantes, e, portanto, há possibilidade de falha do emprego da fórmula. Ou ainda da hipótese em que a **fórmula do peso** nem precise ser utilizada, considerando-se a possibilidade de resolução do conflito pelos sub-princípios da adequação ou da necessidade.

Portanto, a **fórmula do peso** atribui pesos a princípios em conflito para que haja a preponderância de um sobre o outro, exatamente por um comportar um maior peso relativo.

Assim, explica Marcelo Lima Guerra⁷¹:

[...] admitindo-se que a conduta C é, ao mesmo tempo, apta a realizar um valor P_i e, em assim fazendo, causar uma restrição ou interferência I_j em outro valor P_j , deve-se admitir, igualmente, a hipótese em que a omissão de C (ou seja $\sim C$) realize o valor P_j , mas cause uma interferência I_i no valor P_i .

Para Robert Alexy ao analisar qual será o princípio a preponderar no caso concreto, necessariamente, terá que ser enfrentado o grau de interferência que a realização de um princípio cause em outro e do segundo, no primeiro. Isto é, de acordo com a **fórmula do peso** devem-se levar em consideração I_i e I_j , pois levando em consideração a Lei do Sopesamento tais interferências poderão ter intensidade ou graus distintos⁷².

Para estudarmos a Lei do Sopesamento e, conseqüentemente, a **fórmula do peso** é necessário analisar o peso abstrato, a interferência de um valor em outro e o suporte das evidências empíricas.

O peso abstrato⁷³ está em relação aos valores em conflito, ou seja, independente de análise do caso concreto; para saber o peso abstrato, faz-se necessário verificar a relevância daquele princípio.

⁷¹ Guerra, 2006.

⁷² Alexy, 2002, p. 440 e ss.

⁷³ Alexy, 2002, p. 441 e ss.

A interferência de um valor sobre o outro é justamente o resultado que a realização de um dos princípios em conflito exerce sobre o outro.

E, ainda, é preciso analisar quais são as evidências disponíveis para fundamentar, racionalmente, as considerações relativas a [b], já que a interferência de um princípio sobre o outro é uma afirmação descritiva (verificável), precisando, portanto, de um suporte de evidências empíricas.

A partir desses conceitos, podemos entender as variáveis existentes na fórmula do peso, e, assim, a própria fórmula:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i}{W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

Nessa fórmula, o I_i representa o grau de interferência que a conduta C (voltada a realizar o princípio P_j) causa em P_i ; I_j representa o grau de interferência que a omissão da conduta C (voltada a realizar o princípio P_i) causa em P_j ; W_i significa o peso abstrato de P_i ; W_j significa o peso abstrato de P_j ; já R_i configura as evidências sobre a interferência em P_i (e o peso abstrato de P_j), enquanto R_j configura as evidências sobre a interferência em P_j (e o peso abstrato de P_i), sendo que W_{ij} é o peso relativo de P_i e de P_j , resultado a ser atingido com o uso da Fórmula de Alexy.

E, para a correta aplicação da fórmula é imprescindível que se atribuam valores a todas as variáveis, por isso essa fórmula recai sobre princípios, pois, em sendo abstratos, poderão ser valorados.

Assim, Alexy adota o modelo triádico de valoração, podendo os valores das variáveis ser classificados em **sério**, **moderado** ou **leve**. É certo que não se pode estabelecer um valor exato para conceitos subjetivos, por isso há de se analisar em qual grandeza se aproxima mais, classificando como l = leve; m = moderada; s = séria. Em seguida, prevendo uma maior facilidade na utilização da fórmula,

Alexy estabelece valores numéricos com a seguinte equivalência: $l = 1$; $m = 2$; $s = 4$ ⁷⁴.

Sendo o resultado maior que um, será preponderante o primeiro princípio correspondente à primeira letra na expressão $[W_{ij}]$, isto é, o princípio P_i . Se o resultado for menor que um, será preponderante o segundo princípio da expressão $[W_{ij}]$, ou seja, o princípio P_j . Se o resultado, no entanto, for igual a um, não haverá como estabelecer a preponderância de um princípio sobre o outro.

A Teoria de Sopesamento criada por Alexy traz uma maior segurança na decisão em dado caso concreto. Isso porque o cálculo da interferência da concessão da medida gera a utilização do princípio P_i ou do princípio P_j , ficando mais fácil de detectar importâncias diversas a princípios em conflito.

No entanto, essa fórmula não resolve todos os problemas, pois a decisão de valorar em grandezas diferentes será feita pelo operador do Direito no caso concreto, e a importância de valores varia de pessoa a pessoa. Ou seja, a valoração é uma atividade subjetiva que acontecerá, diferentemente, em cada um e poderá ocasionar discordância em cada ponderação.

Por isso, entendemos que continua difícil estabelecer a devida preponderância de um princípio sobre o outro, pois se a análise da fórmula for feita por uma pessoa pouco capaz de valorar de forma correta, seja por falta de experiência ou de maturidade, seja por falta de “valores” humanos, a fórmula carregará uma ponderação equivocada, apesar de aparentemente justa para o operador do direito. O peso de cada princípio e, conseqüentemente, a preponderância de um deles será talvez dúbia, dificultando o propósito da fórmula.

Porém, a utilização da fórmula anunciada facilita, sem dúvida, imensamente a valoração entre os princípios e confere uma tranquilidade ao próprio aplicador do direito, com a segurança de uma “justa” ponderação.

⁷⁴ Guerra, 2006, p. 63.

O importante, por isso, é buscar o equilíbrio entre regras e princípios e, em caso de conflitos, será necessário utilizar a ponderação de valores (no caso de conflitos entre princípios) e os critérios da hierarquia, anterioridade e especificidade (no caso de conflito entre regras), apostando que o operador do Direito, que se utilizar de tal solução, terá o discernimento necessário para tal valoração.

CAPÍTULO 2

EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E O MANDADO DE SEGURANÇA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O TEMA

Após a análise sobre **efetividade da tutela jurisdicional** avaliaremos como essa efetividade é aplicada no direito material tutelado.

Quando há uma decisão, em sentido lato, proferida pelo juiz, é preciso que haja o cumprimento da mesma. Muitas vezes não é isso, contudo, o que ocorre. Há uma acentuada resistência em cumprir grande parte das decisões impostas pelo Estado-juiz, seja porque irá modificar o estado patrimonial, seja por desobediência ou até mesmo pelo simples fato de dificultar a vitória da parte contrária. Por isso, são constantemente criados mecanismos de efetivação do processo, uma vez que se busca a proteção integral do bem da vida pretendido.

José Roberto dos Santos Bedaque⁷⁵ aduz que, para estudarmos a efetividade, é necessário traçarmos um paralelo entre o direito substancial e o direito processual, pois a “efetividade do processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a resolver os inúmeros problemas surgidos no plano material”⁷⁶.

Afirma o autor que o direito material ou substancial é formado por um conjunto de regras abstratas de conduta dedicadas à resolução de conflitos entre os interessados, determinando qual prevalecerá e fazendo de seu titular um favorito.

Quer dizer, o legislador prevê inúmeras situações abstratas que poderão ocorrer no dia-a-dia das pessoas e causar algum tipo de conflito, e, assim, procura trazer a solução mais adequada para cada uma delas.

⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 11-19.

⁷⁶ Bedaque, 2003, p. 13.

Já o direito processual é composto por um conjunto de regras que são destinadas a estabelecer meios de aplicação coercitiva das soluções previstas no plano substancial e não adotadas, naturalmente, pelos envolvidos no conflito de interesses”⁷⁷.

As regras do direito processual se destinam a eliminar os conflitos advindos do descumprimento das regras existentes no direito material.

Existiria, aqui, para o supracitado autor, uma relação de instrumentalidade entre esses dois grandes planos do ordenamento jurídico.

E acrescenta que não há como falarmos de autonomia entre esses dois planos, pois sem o direito processual para tutelar o material, voltaríamos aos primórdios da civilização, quando predominava a lei do mais forte. E na ausência do direito material, o processual perderia seu objeto e razão de ser.

É neste ponto que entra a busca pela efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que é preciso que as regras existentes no direito processual sejam eficazes o suficiente para trazer uma real proteção ao direito material.

Assevera Bedaque ⁷⁸:

Ordenamento que não assegura a atuação das regras que estabelece, mediante sistema eficaz de tutela, destinado a garantir o interesse de quem se encontra em situação de vantagem e não obteve o reconhecimento voluntário de seu direito subjetivo, não pode ser considerado jurídico.

E conclui:

Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real, ou

⁷⁷ Bedaque, 2003, p. 11.

⁷⁸ Bedaque, 2003, p. 13.

seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria.

Depois de analisarmos o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e a necessidade da aplicação de tal norma-princípio, é mister empregarmos as conclusões de tais estudos nas decisões proferidas no mandado de segurança, no que tange às “obrigações” de fazer, não fazer e entrega de coisa.

2.2 MANDADO DE SEGURANÇA

Para a aplicação da **efetividade da tutela jurisdicional** nas decisões do remédio constitucional em tela, faz-se importante uma abordagem geral sobre o tema.

O mandado de segurança como instrumento constitucional será analisado dentro dos desígnios esculpido pela a Constituição Federal, sendo, desse modo, um meio de defesa que a população tem contra atos ilegais ou exercidos com abuso de poder pelo poder público.

Uma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, que praticar um ato ilegal ou abusivo estará sujeita ao cabimento do mandado de segurança para proteger o direito líquido e certo por ela lesado, direito esse que não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Assevera Cassio Scarpinella Bueno⁷⁹ que a evolução histórica do mandado de segurança⁸⁰ tem relação direta com a necessidade de existir uma tutela que seja, realmente, eficaz aos cidadãos comuns contra o Estado.

⁷⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6.

⁸⁰ O primeiro remédio constitucional que surgiu no direito brasileiro para a proteção de direitos e garantias individuais foi o *habeas corpus* (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. p. 26-27). Este passou a existir no Código Criminal de 1830 (arts. 183-184) e no Código de Processo Criminal de 1832 (art. 340), cabendo apenas contra prisão ou constrangimentos ilegais e apenas em favor de brasileiro (ASSUMPÇÃO, Bruno Gomes de. O mandado de segurança e os seus aspectos históricos. *Revista do Curso de Direito*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 122-123, jan./jun. 2004). Constitucionalmente, o *habeas corpus* foi previsto, inicialmente, na Constituição Federal de 1891. Era prevista apenas a proteção da liberdade de locomoção. Em 20 de novembro de 1894, surgiram as chamadas “ações sumárias especiais” (Lei nº 221, sobre a organização da justiça federal). Nessas, os juizes e Tribunais processariam e julgariam as causas que se fundassem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União (ASSUMPÇÃO, 2004). Em consonância com o artigo 13, da Lei 221/1894, a “ação sumária especial” previa que somente poderia ser proposta pelas pessoas ofendidas em seus direitos ou por seus representantes ou sucessores. A autoridade administrativa responsável pelo ato impugnado seria representada no processo pelo Ministério Público e poderiam ingressar no feito terceiros que tivessem interesse jurídico na decisão. A Lei 1.039 de 1908 estendeu os efeitos da “ação anulatória dos atos da administração” aos atos e decisões das autoridades administrativas dos Estados e Municípios. Outra proteção que existia era a extensão do *habeas corpus* para a proteção desses direitos lesados pela administração. O Código Civil de 1916, também se preocupou em tutelar tais direitos, prevendo a proteção da posse, e, assim, também pelo “interdito”, protegeu a posse de coisas materiais. Porém, não tratou da proteção a direitos pessoais. Mas, a limitação à proteção dos bens materiais não perdurou por muito tempo, haja vista tal discussão ser retomada com a reforma constitucional de 1926, quando o *habeas corpus* foi limitado à defesa somente do direito à liberdade de locomoção. Assim, os interditos passaram a ser aceitos por parte da jurisprudência para defesa de direitos pessoais. Ver TALAMINI, Eduardo. As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In: Scarpinella Bueno, Bueno; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Arruda Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmico atuais do mandado de segurança*: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 287-316). E, assim, com essa idéia de defesa de direitos individuais, o mandado de segurança foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1934. Mas, foi o projeto de Lei nº 148, de 11.08.1926 utilizou pela primeira vez a expressão: “mandado de segurança” (MACEDO, Elaine Harzheim. O mandado de segurança como instrumento de freios e contrapesos. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 58, p. 287, 1993). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, nos dispositivos do art. 113, n. 33 criou o Mandado de Segurança (FERREIRA, Megbel Abdala Tanus. Revisitando os pressupostos constitucionais do mandado de segurança. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.9, nº 35, p. 133, abr./jun. de 2001). Em 16. 01. 1936 a Lei 191 previu o procedimento de tramitação e julgamento do mandado de segurança. A Constituição Federal de 1937 retirou a garantia Constitucional do mandado de segurança, já que a defesa dos direitos individuais que não fossem referentes à liberdade de locomoção passariam a ter uma proteção apenas infraconstitucional (Decreto-Lei nº 6/37). A Constituição de 1946 restabeleceu o mandado de segurança, quando foi restaurada a democracia no Brasil, que acabou por modificar o texto da Constituição Federal de 1934 (BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 16, n. 45, p.188-194, jul. 1989). E, ainda, trazia a previsão do mandado de segurança preventivo, (art. 141, §§ 23 e 24), e também da utilização do mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade (ASSUMPÇÃO, 2004). A Lei 1.533 de 31.12.1951, por sua vez é a legislação mais completa referente ao mandado de segurança, mesmo após de ter sido modificada pelas Leis 2.770/56, 4.166/62, 4.348/64, 4.357/64, 4.862/65 e 5.021/66. A Carta Magna de 1967 manteve a garantia do mandado de segurança. Enquanto a EC 01/69 apesar de prevê-la, aboliu o termo “individual” de sua redação. E, por fim, na Constituição Federal de 1988, o mandado de segurança está previsto no art. 5º, LXIX, Capítulo I, do Título II.

Cândido Rangel Dinamarco⁸¹ define o mandado de segurança como sendo por sua natureza “uma *injunção*, ou seja, comando a realizar um ato. Comando imperativo, portador do *imperium* estatal”.

Pontes de Miranda⁸², baseado nas idéias idealizadas por Kuttner em 1914 e,

⁸¹ Dinamarco, 2002a. v. 1. p. 603.

⁸² A ação mandamental foi concebida por Goldschmidt e trazida ao direito pátrio por Pontes de Miranda, que teve como seu maior seguidor no Direito brasileiro Ovídio Baptista Silva (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2). No entanto, as idéias trazidas por Pontes de Miranda sobre as tutelas mandamentais e as tutelas executivas (quando elaborou a teoria quinária) não estão muito claras na doutrina brasileira. Em suas obras intituladas “Tomos” não ficam evidenciados essa nítida divisão e a extensão de suas idéias. Por isso, em trabalho posterior, Silva (1998) tenta aclarar seu pensamento, mas trazendo algumas críticas a alguns posicionamentos. Não tentaremos explicar a concepção de cada um dos doutrinadores citados, pois demandaria um profundo estudo de cada ensinamento em especial e fugiríamos de nosso foco central. Queremos tão somente constar que existem diferenças entre as concepções de cada um, mas que não influenciam diretamente na idéia principal do que venha ser a tutela mandamental e a tutela executiva *lato sensu*. Assim é sabido que as idéias sobre a tutela jurisdicional mandamental, especialmente, se diferenciam entre esses três pensadores no assunto. Para Goldschmidt, a ação mandamental visa obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio da sentença judicial, por isso acredita que a ação condenatória comporta características de ação mandamental, já que contém um mandado dirigido ao órgão de execução, para que leve este a efeito, mas ressalta que a tutela mandamental ainda estaria pendente de investigação científica (GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Curitiba: Juará, 2003. p.107-108). Goldschmidt enumera como pressuposto da ação mandamental a “necessidade de que se outorgue proteção jurídica por meio da ação mandamental, quando se possa temer da atuação de uma autoridade, um risco ou uma violação de um pressuposto de fato constitutivo de tal ação, ou do direito fundamentado por ele ou quando se possa esperar uma tutela ou satisfação do direito” (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 108). Pontes de Miranda concebeu tão somente como base de sua interpretação a ação mandamental concebida por Goldschmidt, já que a coloca como parte da tutela condenatória e nada fala sobre a tutela executiva *lato sensu*. Baptista (1998) discorda da teoria elaborada por Pontes, pois para ele as sentenças mandamentais e *executivas lato sensu* não fariam parte do Processo de Conhecimento, mas do Processo de Execução, uma vez que acredita que: “Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência”. Para o autor, o escopo da ação mandamental em uma sentença de procedência é o juiz emitir uma ordem a ser observada, não estando apenas limitado a condenar o demandado a fazer ou não fazer alguma coisa. E, assevera: “Daí a designação de sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz *ordena* e não simplesmente *condena*” (SILVA, 1998. p 334) Traça como distinção entre as sentenças mandamentais e executivas uma característica fundamental: “a execução é *ato privativo da parte* que o juiz, através do correspondente processo – se a demanda fora condenatória ou desde logo por simples decreto, se a ação desde o início era executiva -, realiza em substituição à parte que deveria tê-lo realizado. Na sentença mandamental, o juiz realiza o que somente ele, como representante do Estado, em virtude de sua *estatalidade*, pode realizar”. Outra característica apontada pelo autor é a indeterminação do conteúdo de cada espécie particular das ações mandamentais, quando exigem certa discricionariedade do julgador na forma de cumprimento da sentença. Isso ocorre porque a “execução” desses deveres sugere um “fazer” infungível, exigindo iniciativa do julgador. No caso dos mandados de segurança, cabem individualidades que dificultam a generalização do tratamento e eles empregado, pois a infungibilidade, por exemplo, no ato de reintegrar um servidor público torna inviável a realização direta pelo juiz daquele direito que reconheceu existir ao ordenar o seu cumprimento. Por isso, os estudos recentes têm mostrado a necessidade de imposição de meios de coerção para que o próprio devedor cumpra a ordem emitida e, assim, haja a realização do direito material pleiteado.

posteriormente, retomada por James Goldschmidt⁸³, trouxe a classificação quinária para a doutrina brasileira, prevendo mais dois tipos de tutelas jurisdicionais além daqueles previstos na classificação ternária (que previa a tutela jurisdicional declaratória, constitutiva e condenatória): a tutela mandamental e a tutela *executiva lato sensu*⁸⁴.

Por estarmos tratando da natureza jurídica da sentença do mandado de segurança analisaremos, contudo, a tutela mandamental mais detalhadamente, já que se destaca em nosso tema.

O mandado de segurança é uma ação com natureza jurídica de tutela mandamental⁸⁵, pois tem como característica a emissão de uma ordem a ser obedecida por autoridade determinada pelo juiz, que visa a seu imediato cumprimento.

A tutela mandamental é aquela que impõe uma ordem, ou seja, o juiz neste caso manda alguém fazer, não fazer ou entregar alguma coisa a alguém. Ocorrendo de

⁸³ Goldschmidt, 2003, p.107-109. Ricardo Rodrigues Gama, tradutor da obra de Goldschmidt esclarece que Pontes de Miranda apresentou a divisão quádrupla das ações, incluindo as ações mandamental e executiva *lato sensu*. E que a ação mandamental apresentada por Goldschmidt conta com as características da citada executiva, mas com ela não se confunde por trazer somente uma ordem para que se faça algo.

⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratados das ações*. Ação, classificação e eficácia. São Paulo: Bookseller, 1998. Tomo 1. p. 144-155.

⁸⁵ A tutela mandamental é aquela tutela que contém uma ordem, um ato de autoridade que se não for cumprido pode caracterizar crime de desobediência. Essa tutela tem um cunho condenatório, no entanto, por ter essa característica de estabelecer uma ordem, foi colocada em um outro grupo de tutela: a tutela mandamental. Eduardo Talamini assevera que 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 a adoção de *medidas coercitivas*” (TALAMINI, Eduardo. Efeivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 233-245, 2001). Quando falamos em ação mandamental estamos dizendo que “a própria sentença se exaure com um mandamento ou ordem que o juiz expede e que a parte, ou terceiro, deve acatar” (FADEL, Sérgio Sahione. *Código de processo civil comentado: artigos 1 a 443*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1. p. 43). Scarpinella Bueno (2007a) define a tutela mandamental como sendo a tutela que “pretende extrair do devedor o cumprimento *voluntário* da obrigação, isto é, que pretende que o próprio obrigado, por ato seu, *cumpra* a obrigação tal qual lhe foi imposta pela lei ou ajustada, por contrato, entre as partes, embora instado jurisdicionalmente a tanto” (SCARPINELLA BUENO, 2007a. p. 306-307). O supracitado autor acrescenta à sua definição a idéia de que diferentemente das tutelas condenatórias e executivas *lato sensu*, as tutelas mandamentais não utilizam de meios sub-rogatórios do patrimônio do devedor, mas sim de coerção psicológica sobre ele para garantir o cumprimento da decisão imposta. O escopo da tutela mandamental é, utilizando de meios legítimos, trazer uma coerção tal, que o próprio devedor prefira cumprir a decisão a permanecer inerte. Assim, a ordem atinge o próprio “devedor” e será ele quem irá cumprir a decisão, seja porque resolveu acatar a ordem emitida, seja porque a pressão psicológica surtiu efeito e ele decidiu cumprir.

tal decisão não ser cumprida, não caberá o processo de execução, e sim, a determinação do juiz de que sejam aplicados mecanismos de execução que resultem no cumprimento da obrigação.

A característica principal da tutela mandamental é que além de determinar uma ordem, ela se opera utilizando de meios de coerção para impor o seu cumprimento. Portanto, será o próprio devedor que, coagido psicologicamente, irá cumprir a decisão imposta. Neste caso, o meio coercitivo empregado pelo juiz fez com que ficasse mais penoso deixar de cumprir a obrigação do que apenas cumprir a decisão e ter que arcar com a medida escolhida pelo magistrado, por exemplo, com a imposição do pagamento de multa diária.

Após a análise de algumas características do mandado de segurança, podemos perceber que contêm em comum a idéia de **especialidade**. Isso porque trata de um instrumento único disponível ao jurisdicionado, que surgiu para evitar lesões ao direito líquido e certo⁸⁶, cometidas pelo poder público, e é dotado de um

⁸⁶ O *direito líquido e certo* deve ser capaz de ser provado de plano, sem necessitar de qualquer outra análise pelo magistrado que não esteja presente no momento do ajuizamento da inicial. Como o nome mesmo sugere o direito *líquido e certo* é o direito que sobre ele não haja qualquer dúvida sobre a sua existência. Neste sentido, Cassio Scarpinella Bueno afirma que o direito líquido e certo é o direito cuja existência e a delimitação são claras e passíveis de demonstrações documentais (SCARPINELLA BUENO, 2007c, p. 15-18). Meirelles (2006) afirma que direito líquido e certo é o que “apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36-38). Isso significa que tal direito deve estar positivado em norma legal e deve trazer consigo todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. É unânime a idéia de que o direito deve ser provado no momento da impetração, através de prova documental, caso contrário não será líquido ou certo. Pois, a justificativa da existência do termo “líquido e certo” na redação que positiva o mandado de segurança é justamente para trazer a idéia de que o direito que ampara o mandado de segurança é aquele imune a qualquer controvérsia, ou seja, é aquele baseado em fatos incontestáveis e comprovados de plano. Direito líquido e certo não deve ser entendido como mérito do mandado de segurança, ou seja, como sinônimo do direito material pretendido pelo impetrante. Deve ser compreendida tão somente como condição da ação, interesse de agir do mandado de segurança, que uma vez existente permite o questionamento do ato coator pela via especial do mandado de segurança, tornando-o a via adequada para a tutela do direito do impetrante (SCARPINELLA BUENO, 2007c, p. 17). Assim, a ausência do direito líquido e certo impede apenas o cabimento do conhecimento, da admissibilidade do mandado de segurança, sendo o impetrante, nesse caso, carecedor da ação, já que o direito poderá ser pleiteado por outras vias judiciais que por ventura fossem adequadas. Nesse caso, uma vez havida a lesão a um direito, mesmo que não seja adequada a via do mandado de segurança, a parte poderá pleitear seu pedido por meio de outra ação que não exija uma comprovação de plano e assim poderá utilizar toda a instrução probatória à sua disposição. Ou seja, se utilizar de todos os meios de provas permitidos e admissíveis para comprovar seu direito que são possíveis no procedimento comum. Portanto, direito líquido e certo é aquele que não traz qualquer dúvida, pois deve ser passível de ser comprovado de plano, isto é, não poderá haver a dilação probatória, e tão somente uma dilação para informações do impetrado sobre alegações e provas oferecidas pelo impetrante, e posterior manifestação do Ministério Público.

procedimento especial, que visa ao imediato cumprimento da ordem emanada pelo juiz ⁸⁷. Podemos conceber tal especialidade como um impulso à efetividade do processo, já que todas estas, de certo modo, englobam um conteúdo que resulta em uma tutela mais efetiva, ou seja, o procedimento do mandado de segurança é composto por vários elementos que coadunam em um maior e mais efetivo resultado.

Ao abordarmos a **efetividade da tutela jurisdicional** como princípio constitucional, tratamos do modelo constitucional do processo civil e da “filtragem constitucional” feita entre os diferentes tipos de normas, visto que o processo civil tal qual está ocorrendo com todos os ramos do direito privado, inclusive o direito civil, empresarial, falimentar, etc. está passando por uma etapa de constitucionalização.

Esse “novo” paradigma envolve uma nova leitura do direito processual, a partir da Constituição; olhamos o processo da constituição, e não, o contrário, como ocorria, tradicionalmente.

Essa perspectiva constitucionalista do processo potencializa o objeto de nosso estudo, na medida em que o mandado de segurança é **um instrumento constitucional** e, assim, essencial para a tutela constitucional do processo. Por isso, deve mais que qualquer outro instrumento ser compreendido a partir de bases e valores constitucionais, para que os valores que estão fora da Constituição Federal e que, de certa forma, restringem as normas constitucionais não minem, isto é, não deformem o mandado de segurança. Pois, apesar de ser um instrumento manejável no âmbito do processo civil é um instrumento constitucional e precisa ser pensado, interpretado e aplicado nesse contexto constitucional, sob pena de ser desfigurado.

⁸⁷ Existem inúmeras outras características do mandado de segurança que são dotadas de especialidade (no sentido também de efetividade) como o prazo de impetração de 120 dias, por exemplo, mas escolhemos abordar somente aquelas que tem mais ligação com o nosso objeto de estudo.

Como salienta Cassio Scarpinella Bueno⁸⁸ “[...] essa visão constitucional do processo permite enxergar a verdadeira grandeza e amplitude do instituto, bandeira da manutenção, conservação e desenvolvimento do Estado Democrático e de Direito brasileiro”. Pois será apenas com essa visão global, constitucional do mandado de segurança que entenderemos sua essência e a razão de sua existência.

Para Scarpinella não basta detectar quando uma norma legal sobre o instituto “mandado de segurança” será inconstitucional e, sim, traçar o modelo constitucional do mandado de segurança, para que a legislação posterior ou anterior à Constituição Federal (promulgada em 5-10-1988), que tenha sido contemplada ou recepcionada respectivamente, possa permitir o intérprete do direito e seu aplicador não se afastarem das mesmas. Caso contrário, não estará dando cumprimento às diretrizes ou os valores optados pelo constituinte.

Assim sendo, considerando o *writ* a partir da Constituição Federal, como podemos buscar a efetividade do cumprimento das decisões proferidas no mandado de segurança, prestigiando o princípio constitucional e direito **fundamental efetividade do processo**? É sobre a incidência de mecanismos que garantem tal efetividade que trataremos no próximo item.

2.3 INCIDÊNCIA NO PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA DE MECANISMOS QUE VISAM À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Analisaremos, a seguir, a possibilidade de incidência de alguns mecanismos ⁸⁹ típicos e “atípicos” ⁹⁰ que possam conferir a efetividade tão almejada à prestação da

⁸⁸ Meirelles, 2006, p. 4.

⁸⁹ Não trataremos de todos os mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que conferem efetividade ao cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança. Elegemos apenas alguns desses mecanismos por entendermos que são os que trazem uma grande efetividade e/ou por haver importantes focos de discussão que não estão consolidados na doutrina pátria.

⁹⁰ Atípico no sentido que não estar previsto no Código de Processo Civil, que é a legislação subsidiária ao mandado de segurança, mas está previsto em outra lei infraconstitucional e, portanto, será analisado como uma analogia.

tutela jurisdicional, em decisões proferidas em mandado de segurança, em relação às obrigações de fazer não fazer e entrega de coisa.

Ao tratarmos das obrigações de fazer e não fazer e entrega de coisa, estamos analisando deveres que trazem, em seu bojo, a eficácia de sua concretização. Preceitua o art. 475-I do Código de Processo Civil que o cumprimento das sentenças, que tenham por objeto as citadas obrigações, seguirão o procedimento previsto nos artigos 461, 461-A do mesmo diploma legal ⁹¹. E do mesmo modo preceitua o art. 644 do CPC.

E serão os artigos 461 (para as obrigações de fazer e não fazer) e 461-A (para as obrigações de entrega de coisa) que nos permitirão destacar os mecanismos que garantirão a efetividade da tutela jurisdicional, objeto de nosso estudo.

Quanto à aplicação desses artigos do Código de Processo Civil, assevera Marcelo Abelha Rodrigues ⁹²:

Em razão dessa opção do legislador, fez-se necessário o aumento dos poderes do juiz, especialmente com a possibilidade de atuar de ofício, aplicando uma gama de mecanismos sancionatórios e medidas de apoio com o intento de promover a efetivação do provimento que impõe a tutela específica.

É preciso deixar claro, entretanto, que adotaremos a concepção trazida por Eduardo Talamini⁹³ quanto ao alargamento do termo “obrigações” para “deveres”, pois as “obrigações” comporiam uma das categorias dos “deveres”.

Esclarece o autor que *dever jurídico* é “a imposição jurídica da observância de determinado comportamento ativo ou omissivo, passível de ser resguardada por sanção”. Mas, também não se confunde com o **estado de sujeição** pelo fato de impor uma prestação positiva ou negativa, já que o estado de sujeição “é a simples

⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.48.

⁹² Scarpinella Bueno, 2005, p. 78-79 e RODRIGUES, Marcelo Abelha; DIDIER JR., Fredie; CHEIM JORGE, Flávio. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 203.

⁹³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.125-130.

submissão do sujeito a efeitos extintivos, modificativos ou constitutivos de direito que se produzam em sua esfera jurídica – independente de conduta sua”.

Podemos compreender que quando empregamos o termo “deveres”, temos o objetivo de ampliar a conotação do vínculo existente no plano material e que é levado para exame perante o Poder Judiciário, pois muitas vezes há a necessidade de realização de direitos sem natureza obrigacional.

E, ao tratarmos dos mecanismos de efetividade da tutela jurisdicional utilizados no mandado de segurança, veremos que os artigos do Código de Processo Civil que se aplicam subsidiariamente ao procedimento do mandado de segurança, não se restringem ao tratamento de “obrigações” propriamente ditas, pois se estende “a todos os *deveres jurídicos* cujo objeto seja um fazer ou um não fazer [...]. Não faria sentido a lei excluir de regime de proteção mais adequado os deveres não obrigacionais ⁹⁴”.

Faremos, entretanto, um corte metodológico em nosso estudo, pois as “obrigações” de fazer, não fazer e entrega de coisa contrapõem-se ao pagamento em dinheiro⁹⁵, ou seja, à indenização. Portanto, não trataremos da tutela do equivalente e tão somente a realização da “obrigação” *in natura*.

Esclarecida a ampliação do estudo da efetividade do cumprimento das “obrigações” para o cumprimento de “deveres”, passaremos a ampliar também nossa visão referente ao direito material e o buscado através da prestação jurisdicional.

Federico Carpi⁹⁶ explica que, quando se discute a execução de obrigações não patrimoniais, nota-se um desinteresse pela dificuldade dos meios processuais

⁹⁴ Talamini, 2003, p. 127.

⁹⁵ A “tutela do equivalente”, por seu turno, seria aquela que se torna pecúnia, ou seja, transforma-se no ressarcimento em dinheiro. É a tutela prevista no art. 461 §1º do Código de Processo Civil (Art. 461 § 1º do Código de Processo Civil: A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente).

⁹⁶ CARPI, Federico. *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1996. p. 81-94.

idôneos a obter a satisfação do direito e pela percepção que a coerção indireta, como a *astreinte*, é um paliativo que não se adapta totalmente à ordem judicial.

O autor faz um paralelo entre as obrigações de pagar quantia certa e de fazer, dizendo que, para a condenação ao pagamento de uma soma em dinheiro, não importa que o inadimplemento faça referência a um contrato de mútuo ou ao contrato de compra e venda de madeira para uma obra, pois a obrigação se restringe ao pagamento em espécie.

Enquanto, na obrigação de fazer ou entrega de coisa é diferente. Isso porque uma ordem de reintegração do trabalhador, ilegitimamente licenciado é bastante diferente de uma obrigação de entrega de um menor, de demolir um muro ou de remover um “piquete” de trabalhadores grevistas, fazendo com que os meios empregados para efetivá-la também se diferenciem. Daí uma acentuada preocupação com a efetividade de tais obrigações no plano processual.

2.3.1 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil é aplicado, subsidiariamente à lei do mandado de segurança, por isso faremos uma análise, principalmente, sobre a incidência dos mecanismos de coerção dos artigos 461 e 461-A do citado diploma legal.

Eduardo Talamini⁹⁷ assim assevera: “Aplicam-se subsidiariamente ao mandado de segurança as regras do art. 461. A sua condição de garantia constitucional regulamentada por lei própria, longe de afastar tal conclusão, impõe-na”.

Entretanto, acrescenta o referido autor, que também não se aplicarão todas as regras do Código de Processo Civil indistintamente, pois não incidirá nenhuma hipótese que seja incompatível com o procedimento do mandado de segurança, como as normas de produção de provas orais ou periciais, por ser o mandado de segurança um instrumento que demanda prova pré-constituída, como já visto.

⁹⁷ Talamini, 2001, p. 236.

Eduardo Talamini⁹⁸ traz uma esclarecedora observação que resume bem o aproveitamento das regras do art. 461 do Código de Processo Civil dentro do procedimento do mandado de segurança, quando diz que terá:

(I) força mandamental e executiva *lato sensu*; (II) máxima preferência pelo resultado específico; (III) cabimento da antecipação de tutela. A incidência subsidiária do art. 461 serve para (a) confirmar o cabimento da adoção, no próprio processo, de medidas atípicas para a concretização da tutela (art. 461, § 5º), inclusive medidas sub-rogatórias, e (b) permitir a imposição de multa em caso de descumprimento do comando (art. 461, §4º).

Marcelo Abelha Rodrigues⁹⁹ ao tratar da tutela específica dos art.461 e 461-A do Código de Processo Civil afirma que:

[...] o direito material predetermina qual a técnica processual mais indicada à sua proteção. Por isso, para a obtenção da tutela específica dos deveres de fazer e de não fazer, as técnicas de coerção recebem forte influxo do direito material, especialmente quando se está diante de uma obrigação infungível. De outra parte, em relação às obrigações de entrega de coisa, onde a satisfação é realizada mediante um desapossamento, ganham relevo as técnicas de sub-rogação, em que o Estado realiza imperativamente aquilo que o devedor não fez espontaneamente.

Assim, quando falarmos de “efetividade” do mandado de segurança, necessariamente, teremos que partir da análise dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e, assim, poderemos analisar outros artigos do citado diploma legal para eventuais complementações.

A busca pela efetividade, no entanto, não é um problema atual, e, mesmo no ordenamento brasileiro, já é feita há algum tempo.

O Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁰, Lei nº 8.078/1990, foi o que primeiro previu a tutela específica que deu origem aos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

⁹⁸ Talamini, 2001, p. 237.

⁹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. p. 253.

¹⁰⁰ BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001a.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁰¹ aponta tal artigo do Código de Defesa do Consumidor como a origem mais direta dos arts. 461 e 461-A¹⁰² do Código de Processo Civil e afirma:

A idéia é esta: empregar todos os meios legítimos, mesmo a força quando necessário, para proporcionar ao credor de um *fazer* ou de um *não-fazer* precisamente o mesmo resultado útil que o adimplemento da obrigação lhe teria proporcionado. Nada de impor meras compensações em dinheiro.

Tanto os artigos do Código de Processo Civil citados quanto o artigo do Código de Defesa do Consumidor “[...] constituem uma resposta à necessidade de uma efetiva tutela dos direitos”¹⁰³.

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁴ assim estabelece:

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

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

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

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

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

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

¹⁰¹ Dinamarco, 2002, p. 599.

¹⁰² JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual: comentários às leis n. 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.216-218, analisam as mudanças trazidas à obrigação de entrega de coisa, que lhe concedeu o mesmo regime jurídico concedido anteriormente às obrigações de fazer e de não fazer. Não nos aprofundaremos, entretanto, em tais alterações, pois nosso intuito será analisar alguns dos mecanismos de efetividade para o cumprimento das citadas obrigações.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006b. p. 163.

¹⁰⁴ BRASIL, 2001a.

Pela redação do citado artigo, podemos perceber que a tutela específica do Código de Defesa do Consumidor traz quase à mesma redação do Código de Processo Civil¹⁰⁵ atual, que preceitua:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. *(Redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)*

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. *(Parágrafo acrescentado pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)*

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). *(Parágrafo acrescentado pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)*

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. *(Parágrafo acrescentado pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)*

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. *(Parágrafo acrescentado pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)*

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. *(Parágrafo com redação dada pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002)*

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. *(Parágrafo acrescentado pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002)*

O Código de Processo Civil buscou incorporar a premissa do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que tal previsão foi muito aceita e aplicada, possibilitando uma efetividade muito grande para o processo em geral.

Sendo o Código de Defesa do Consumidor pioneiro na previsão da tutela específica, a previsão no Código de Processo Civil só veio fortalecer a regra.

As duas normas co-existem, pois a previsão da tutela específica do art. 461 do Código de Processo Civil rege os direitos individuais, enquanto o artigo 84 do

¹⁰⁵ BRASIL. *Código processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007a.

Código de Defesa do Consumidor tem a função de proteger não só os direitos individuais como também os direitos difusos e homogêneos.

Tais artigos exercem esse papel, pois será através de medidas sub-rogatórias ou coercitivas que poderemos garantir o mesmo resultado útil ao processo. Porém quando a obrigação exige que apenas o próprio devedor possa cumpri-la, deverão ser impostos meios de coerção e não de sub-rogação, haja vista ser a coerção psicológica o mecanismo que o compelirá o suficiente para fazer cumprir a obrigação.

De acordo com o princípio da legalidade “[...] ninguém será obrigado a fazer, senão em virtude de lei”, previsto constitucionalmente no art. 5º, II da Constituição Federal, significa ser impossível compelir alguém a fazer alguma coisa contra sua vontade, por essa razão, os meios de coerção empregados visam à pressão psicológica, para que o próprio devedor cumpra a obrigação.

Tais artigos possibilitam que os magistrados estabeleçam meios de pressão psicológicos ou meios de substituição da atividade do devedor, para impor o efetivo cumprimento da tutela jurisdicional, através de qualquer medida prevista ou outra tutela que não esteja descrita na lei, mas que seja legítima e adequada, o que possibilitaria inúmeras soluções à escolha do juiz, para se alcançar a efetividade, das quais trataremos nos próximos capítulos.

Portanto, está presente no legislador brasileiro a preocupação com a resistência ao cumprimento da obrigação imposta, por isso a elaboração crescente de meios que possibilitem a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Se a parte deseja uma obrigação de fazer, ela certamente não quer dinheiro ou a substituição por qualquer outra obrigação, e sim, que a pessoa faça, ou quando se tratar de obrigação fungível, que outra pessoa com a mesma qualificação faça em seu lugar.

Essa prestação específica se torna ainda mais insubstituível, quando se trata de deveres ordenados por uma decisão mandamental, já que esta envolve a concessão do bem *in natura*.

E, ainda, existem categorias de direitos que não têm conteúdo econômico imediato, como os direitos fundamentais da pessoa humana. Assim sendo, quando é pleiteada a proteção à vida, à saúde, à educação, à habitação, dentre outros não é viável a reparação em danos. Para essa espécie de direito, a tutela ressarcitória é ineficaz, necessitando-se de tutelas preventivas ou urgentes para impedir a concretização do dano.¹⁰⁶

Cândido Rangel Dinamarco¹⁰⁷ afirma ser possível se valer de “[...] todos os meios legítimos, mesmo a força quando necessário, para proporcionar ao credor de um *fazer* ou de um *não-fazer precisamente o mesmo resultado útil que o adimplemento da obrigação lhe teria proporcionado*” (grifo do autor).

Ao juiz é dada a liberdade de tentar uma, duas, três, quantas medidas forem necessárias para alcançar a tutela específica, pois, às vezes, uma primeira medida se torna inócua ou ineficaz e acaba por não proteger de forma absoluta. Será necessário majorar tal medida, como no caso de alteração no montante da multa imposta, ou a determinação de uma segunda medida, que o magistrado entenda necessária para a imposição da devida coerção e assim por diante.

¹⁰⁶ Bedaque, 2003, p. 18.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução de liminar em mandado de segurança – desobediência: meios de efetivação da liminar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro:, n. 200, p. 314, 1995.

CAPÍTULO 3

A MULTA COMO MEIO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Existem vários meios coercitivos ou sub-rogatórios que prestigiam a efetividade da tutela jurisdicional que são cabíveis no procedimento do mandado de segurança.

Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁸, analisando a obrigação de entregar coisa contra a fazenda pública, assevera que, como se trata de execução que é feita *in natura*, o art. 461-A § 2º do Código de Processo Civil traz a possibilidade de, no caso de recalcitrância do Poder Público, expedir em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

Dentre os mecanismos previstos pelo ordenamento para possibilitar a concretização do direito material pleiteado, envolvendo as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa destacaremos em nossa pesquisa três que entendemos ser os que demandam um maior estudo e sendo meios coercitivos e sub-rogatórios trarão a efetividade ao cumprimento da decisão do *writ*.

O primeiro mecanismo a ser tratado será a imposição de multa como meio coercitivo.

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 24. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 2007. p. 390.

A incidência de meios coercitivos na busca da efetividade, como mencionado, é justificado diante dos direitos fundamentais¹⁰⁹.

Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁰ sobre tal idéia afirma que: “Nos dias atuais, as medidas coercitivas vêm se caracterizando como instrumento de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de tal sorte que o seu emprego não pode ser excluído *de maneira apriorística* (grifo do autor)”.

O Código de Processo Civil incide subsidiária e legitimamente ao procedimento do mandado de segurança, possibilitando o cabimento de mecanismos de coerção, para que suas decisões sejam cumpridas com efetividade.

A imposição de multa foi prevista originalmente nos artigos 644 e 645 do Código de Processo Civil, e foi reforçada pela redação dos §§ 4º e 5º do art. 461 e no §3º do art. 461-A, que faz remissão expressa aos parágrafos do art. 461, todos do Código de Processo Civil.

Afirma Marcelo Abelha Rodrigues¹¹¹ que: “A natureza desta pena é processual, porque tem a finalidade instrumental de efetivação do provimento mandamental. Assim, surge com o processo e nasce tão logo o juiz a imponha”.

¹⁰⁹ AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001. "Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública" (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 189.108 - SP (1998/0069627-0). Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado, verbis: "OBRIGAÇÃO DE FAZER - Multa cominatória - Imposição à Fazenda do Estado - Possibilidade - Inocorrência de privilégio legal – Sujeição do Estado de Direito às leis que edita - Exceções que devem constar expressamente de lei, no caso inexistentes - Agravo improvido. Processo RESP 189108 - Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilson Dipp. Data: 12 de fevereiro de 2001. Diário da Justiça, Brasília, 23 de fev. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=%40docn&processo=189108&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

¹¹⁰ Marinoni, 2007, p. 31.

¹¹¹ Rodrigues, Didier Júnior e Jorge, 2003, p. 206.

Pela previsão de tais artigos é viável a imposição de multa coercitiva para fazer cumprir uma decisão judicial imposta contra a Fazenda Pública¹¹².

Afirma José Carlos Barbosa Moreira¹¹³:

O emprego desses *meios de coerção* não constitui atividade propriamente executiva. A execução forçada, em sentido técnico, tem como característica a virtude de atuar praticamente a norma jurídica concreta, satisfazendo o credor, independentemente da colaboração do devedor, e mesmo contra a sua vontade que se despe de qualquer relevância. Aqui, bem ao contrário, em vez de prescindir-se da atividade do devedor, o que se procura é influenciá-lo psicologicamente, para que se disponha a realizá-la ele próprio (grifo do autor).

Podemos perceber que a aplicação do meio coercitivo, **multa**, faz com que o devedor original cumpra a obrigação de modo *in natura*, o que coaduna com o escopo da ação de mandado de segurança.

3.1 DESTINATÁRIO DA MULTA APLICADA COMO COERÇÃO AO CUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA

Com a premissa estabelecida pela possibilidade de imposição da multa, como meio de coerção ao cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, passaremos à análise sobre quem ficaria responsável pelo pagamento da multa imposta.

¹¹² Processo RESP 504482 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2003/0035107-0 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 26/05/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 02.08.2004. Ementa: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. É firme o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é possível a fixação, pelo Juízo da Execução ou a requerimento da parte, de multa contra a Fazenda Pública por inadimplemento de obrigação de fazer (implementação de benefício previdenciário). 2. Dizer da existência, ou não, do elemento subjetivo, apto a caracterizar atitude prejudicial à parte adversa, demanda inegável apreciação de matéria que se insula no universo fático-probatório, o que, como cediço, é vedada em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula nº 7 desta Corte Superior de Justiça. 3. Recurso especial improvido (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo RESP 504482 / SC ; Recurso Especial 2003/0035107-0. Recurso especial. Processual civil. Fazenda pública. Obrigação de fazer. Imposição de multa. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Data: 26 maio 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Resp+e+504482+e+SC&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>>. Acesso em: 23 ago. 2007).

¹¹³ Barbosa Moreira, 2002, p. 218.

Para tal análise é necessário o estudo sobre quem é a pessoa passiva no mandado de segurança.

3.1.1 Parte passiva do mandado de segurança

Quando falamos que o mandado de segurança tem o escopo de trazer o bem *in natura*, espera-se que a autoridade coatora, responsável pela concessão do ato, faça, não faça ou entregue alguma coisa. Mas, quem será a pessoa contra qual se pleiteia a segurança? Será contra a autoridade coatora que terá de cumprir a ordem ou será contra a pessoa jurídica de direito público a qual está vinculada à autoridade coatora?

Para entendermos tais posicionamentos é mister que saibamos quem é essa **autoridade coatora**.

Cassio Scarpinella Bueno¹¹⁴ começa o estudo desse tema, trazendo o conceito estampado no art. 1º, § 2º, III, da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que “[...] regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, definindo a autoridade sendo “[...] o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”.

Completa seu pensamento, estabelecendo que a autoridade coatora “[...] deve ser a pessoa física que, em nome da pessoa jurídica à qual esteja vinculada, tenha poder de decisão, isto é, de desfazimento do ato guerreado no mandado de segurança”¹¹⁵. E acrescenta: “[...] é a pessoa que ordena a prática **concreta** ou a abstenção impugnáveis”. Não é aquele que fixa as normas gerais de cada ato individual e nem mesmo o mero executor material do ato, porém aquele que tem o poder de decidir ou deliberar sobre o ato impugnado do mandado de segurança.

¹¹⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007d. p. 22.

¹¹⁵ Scarpinella Bueno, 2007d, p. 22.

Uma outra característica destacada pelo autor é a qualidade que a autoridade coatora tem de ser **representante** da pessoa jurídica de direito público à qual está vinculada, como ocorrem com as demais pessoas previstas no art. 12 do Código de Processo Civil. Mas, não se trata aqui de **representação judicial, detendo capacidade postulatória, e sim, representação processual**¹¹⁶.

Podemos entender, após essas definições, que a autoridade coatora é aquela que tem a função de decidir sobre o ato impugnado e ocupa um papel de representante da pessoa jurídica de direito público a qual pertence e, por isso, não poderia ser parte do mandado de segurança.

Existem duas correntes distintas sobre o referido tema. A corrente minoritária¹¹⁷ entende que a autoridade coatora é a parte ré no mandado de segurança, porque é a mesma que terá que cumprir a obrigação.

E a segunda corrente, da qual fazem parte Cassio Scarpinella Bueno¹¹⁸, Seabra Fagundes, Castro Nunes, Temístoles Cavalcanti, Celso Agrícola Barbi¹¹⁹ e Sérgio

¹¹⁶ Em opinião diversa destaca FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 88. Assevera o autor: “a) A autoridade coatora não *representa* ou *representa* a pessoa jurídica. Se o fizesse, estaria nos autos como *parte* e poderia, assim, até mesmo omitir-se ou confessar – o que lhe é vedado; b) A autoridade coatora, ao prestar informações, não o faz como “[...] órgão da pessoa jurídica cujos quadros integra, mas como *agente administrativo* a quem se atribui uma ação ou omissão ilícita e/ou abusiva. E por que atua, no *writ* como *agente* do órgão, mas não como o *órgão*, é que não é parte e está jungindo ao dever da verdade, em suas informações. [...]”. Mas, acreditamos que a crítica de Sérgio Ferraz à opinião de Cassio Scarpinella é infundada, uma vez que seguindo na leitura da citada obra veremos que um pouco mais adiante, o próprio Ferraz (2006, p. 93) afirma que a controvérsia é sanada com os olhos voltados à Constituição Federal, pois esta prevê que “[...] à Advocacia-Geral da União, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e às Procuradorias dos Estados, Municípios e do Distrito Federal incumbe (arts. 131 e 132 da CF de 1988), *com exclusividade*, a **representação judicial** das pessoas jurídicas de capacidade política, perde sentido tentar responder ao problema com as possíveis especificidades da Lei 1.533/1951, que contra a Lei Magna não prevalecerão. A solução constitucional é, pois inequívoca: *parte, também no mandado de segurança*, é a pessoa jurídica de direito público a que vinculada a autoridade coatora. E essa pessoa jurídica só atua por meio dos **representantes** indicados nos arts. 131 e 132 da CF – o que torna obrigatória a sua citação, independentemente da notificação do coator para prestar informações [...]. Veja, que neste ponto o autor fala em **representantes da pessoa jurídica de direito público** que até então era negada e criticada.

¹¹⁷ Faz parte desta corrente o Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Carlos Alberto Menezes (MENEZES, Carlos Alberto. *Manual do mandado de segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 91).

¹¹⁸ Scarpinella Bueno, 2007d, p. 223.

¹¹⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 125.

Ferraz¹²⁰, acredita ocupar o pólo passivo, no mandado de segurança, a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertencem a autoridade apontada como coatora.

Para essa corrente, o ato do funcionário é ato da entidade pública à qual ele está subordinado, e, portanto, seus efeitos operariam em relação à pessoa jurídica de direito público e não, à autoridade coatora. Além do mais, será a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado em atribuições do Poder Público que terá capacidade de ser parte no Direito processual civil.

Sérgio Ferraz¹²¹ apresenta o que denomina de “solução correta”:

- 1) Parte passiva é a pessoa de direito público (que, como tal, deve ser citada).
- 2) O coator é mero informante; por não ser parte, e por ser agente administrativo, está jungido ao dever de veracidade.
- 3) Como informante, pode postular sua permanência no feito, eis que legítima, em tese, sua pretensão de sustentação do ato que cometeu ou omitiu.
- 4) Como *não* é parte, o coator não tem diretamente (como tal se entendendo a legitimação recursal que decorre do fato de ser litigante sucumbente), legitimação recursal, a não ser que intervenha também como terceiro, numa das modalidades legalmente admissíveis.
- 5) Como *parte* é a pessoa jurídica, ela é a que *diretamente* se legitima para interpor ou impugnar recursos [...] (grifo do autor).

Cassio Scarpinella Bueno¹²² aduz que a autoridade coatora não sendo ré do mandado de segurança e, tão somente, aquela que representa, processualmente, a pessoa jurídica à qual pertence, não poderá provocar a extinção do processo sem a resolução do mérito (art. 267, VI do Código de Processo Civil), numa eventual indicação errônea de sua pessoa. Acrescenta que a complexidade da estrutura administrativa não pode ser oposta como impedimento do desenvolvimento eficaz do remédio constitucional.

Outro dado interessante levantado por Cássio Scarpinella Bueno, ainda dentro desse tema, sendo comum na jurisprudência, é o entendimento de que mesmo para aqueles que acreditam que a autoridade coatora é a verdadeira *ré* do mandado de segurança, quando há uma indicação equivocada dessa autoridade, não poderá

¹²⁰ Ferraz, 2006, p. 89-92.

¹²¹ Ferraz, 2006, p. 93.

¹²² Scarpinella Bueno, 2007d, p. 26.

haver a extinção do processo. Isso porque, não haverá extinção por ilegitimidade passiva, quando nas informações prestadas por tal autoridade não houver argüição da ilegitimidade ou quando, mesmo no caso de existir a preliminar, a autoridade coatora acabar por “encampar” o ato, ou seja, defender sua juridicidade ¹²³.

No entanto, o supracitado autor observa em sua obra “Mandado de Segurança” que, de acordo com o art. 2º da Lei n.º 1.533/51, a “notificação” da autoridade coatora deve ser entendida como a citação do réu (da pessoa jurídica de direito público). Portanto, “[...] o réu do mandado de segurança, que é a pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade indicada como coatora, é **citado** para formar a relação processual daquela ação pela “notificação” da autoridade coatora, [...]”¹²⁴.

E completa, aduzindo que a autoridade coatora receberá notificação para prestar informações no prazo de dez dias, e os advogados públicos serão intimados da impetração para atuarem em juízo (contestando, recorrendo, etc.).

E, ainda, a autoridade coatora receberá uma nova intimação, caso a liminar seja concedida, uma vez que tal notificação será para dar cumprimento à liminar.

A redação do artigo 3º da Lei n.º 4.348/1964 ¹²⁵, na redação que lhe deu o artigo 19 da Lei n.º 10.910/2004 diz:

Art. 3º Os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão intimados pessoalmente pelo juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nela mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abuso de poder.

Ao ler o artigo, com o conhecimento da afirmação de Cassio Scarpinella Bueno, poderemos entender que tal notificação significa a citação da pessoa jurídica a que

¹²³ Scarpinella Bueno, 2007d p. 27.

¹²⁴ Scarpinella Bueno, 2007d, p. 77.

¹²⁵ BRASIL. Lei 4.348, de 26 de junho de 1964. Lei ordinária. Estabelecenormas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=114880>>. Acesso em: 23 maio 2004.

pertence à autoridade coatora, sendo aquela a verdadeira ré do mandado de segurança.

Fredie Didier Jr.¹²⁶ resume, portanto, a atividade da autoridade coatora a duas funções: a) prestar as informações e b) completar a citação, comunicando ao réu a existência da demanda contra ele proposta.

3.1.2 Pessoa jurídica de direito privado nas atribuições do poder público

José Cretella Junior¹²⁷, em sua obra “Comentários à Lei do Mandado de Segurança”, analisa as funções delegadas pelo poder público às pessoas jurídicas de direito privado. Acredita ser toda delegação outorgada às pessoas jurídicas, públicas ou privadas em razão da descentralização administrativa, ou, ainda, poderá ser outorgada a pessoas físicas, que editam atos administrativos em nome da autoridade delegante.

O citado autor cita o exemplo de inspetores federais ou estaduais, que fiscalizam estabelecimentos de ensino privado, secundários e superiores, que são delegados do Poder Público. Como essas autoridades praticam atos de autoridade, poderão estar sujeitas ao controle jurisdicional, através da impetração do mandado de segurança. Os atos de diretores de escolas particulares são atos compreendidos na

¹²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. In: Scarpinella Bueno, Bueno; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Arruda Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmico atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap. 14, p. 369.

¹²⁷ CRETELA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 151.

expressão “funções delegadas do poder público”, cabendo, portanto, o mandado de segurança¹²⁸.

Por conseguinte, o Superior Tribunal de Justiça¹²⁹ solidificou seu entendimento com a redação da Súmula 333, preceituando que: “Cabe Mandado de Segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou em empresa pública”.

Celso Agrícola Barbi¹³⁰ acredita que, ao se tratar de pessoa de direito privado, exercendo funções delegadas do poder público, a parte passiva serão as autoridades, e não, o Poder Público.

¹²⁸ RE 108636 / PR – PARANÁ, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. OSCAR CORREA, Julgamento: 24/11/1987 Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJ 18-12-1987 PP-29143 EMENT VOL-01487-04 PP-00861 Ementa MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE DIRETOR DE ESTABELECIMENTO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

RE 101100 / SP - SÃO PAULO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. OSCAR CORREA Julgamento: 10/04/1984 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Publicação DJ 18-05-1984 PP-07733 EMENT VOL-01336-03 PP-00622, RTJ VOL-00109-03 PP-01264 Ementa FACULDADE DE ENSINO SUPERIOR - FUNDAÇÃO MUNICIPAL. REGIME A QUE ESTA SUJEITA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, NOS TERMOS DA SÚMULA 15 DO TFR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Acórdãos no mesmo sentido: RE 102082 ANO-1984 UF-SP TURMA-02 AUD-06-09-1984 Min. FRANCISCO REZEK DJ 06-09-1984 PP-14336 EMENT VOL-01348-04 PP-00764 RE 102642 ANO-1984 UF-SP TURMA-01 Min. SOARES MUÑOZ AUD-06-09-1984 DJ 06-09-1984 PP-14337 EMENT VOL-01348-05 PP-00851 RTJ VOL-00111-01 PP-00452 RE 101110 ANO-1984 UF-SP TURMA-02 Min. DJACI FALCÃO AUD-21-09-1984 DJ 21-09-1984 PP-15475 EMENT VOL-01350-04 PP-00616 RTJ VOL-00111-02 PP-00779 CC 15642 / SP; CONFLITO DE COMPETENCIA 1995/0061273-9 Relator(a) MIN. PEÇANHA MARTINS (1094), Órgão Julgador, S1 - PRIMEIRA SECAO, Data do Julgamento 08/03/1996, Data da Publicação/Fonte DJ 19.08.1996 p. 28414 Ementa CONFLITO DE COMPETENCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE DIRETOR DE FACULDADE DE UNIVERSIDADE MUNICIPAL. PRECEDENTES. 1. A EG. 1A. SEÇÃO DO STJ ASSENTOU ENTENDIMENTO CONSOANTE O QUAL INCUMBE A JUSTIÇA ESTADUAL PROCESSAR E JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DA DIREÇÃO DE UNIVERSIDADE PARTICULAR OU DE AUTARQUIA ESTADUAL OU MUNICIPAL. 2. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUIZO DE DIREITO DA 4A. VARA CIVEL DE BRAGANÇA PAULISTA-SP, SUSCITADO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 108636 / PR – PARANÁ, Recurso Extraordinário. Relator: Min. Oscar Correa. Data: 24 de novembro de 1987. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 ago. 2007d).

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula 333**. Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2007i.

¹³⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 126.

Acreditamos, contudo, que pessoas jurídicas de direito público ou privado na atribuição do poder público serão as legítimas rés do mandado de segurança, e as autoridades coatoras figuram como terceiras responsáveis pelo cumprimento da obrigação imposta.

3.1.3 Cabimento de assistência e de litisconsórcio no pólo passivo do mandado de segurança

O art. 19 da Lei 1.533/51 preceitua que: “Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio”.

A redação atual de tal artigo foi dada pela Lei n.º 6.071/74 que teve a função de visitar toda a legislação processual civil extravagante da época para adequá-las ao Código de Processo Civil de 1973¹³¹.

Hoje em dia, tal previsão não faz sentido, já que é de entendimento pacífico a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em todas as leis extravagantes, excetuando-se aquilo que é nítida contradição.

Mas, e quanto à assistência? Caberia pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ou, mesmo com esse entendimento, será necessária sua expressa previsão?

Carlos Alberto Menezes Direito¹³² acredita que apenas se aplicam ao mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil, referente ao litisconsórcio e, por não estar prevista a aplicação do instituto da assistência, não seria, assim, possível.

No entanto, explica Cássio Scarpinella Bueno¹³³ que a redação original do artigo 19 da Lei n.º 1.533/51 previa o cabimento do litisconsórcio e da assistência. E com a

¹³¹ Scarpinella Bueno, 2007, p. 189.

¹³² Menezes, 1999, p. 106-107.

¹³³ Scarpinella Bueno, 2007d, p. 189

nova redação, o legislador disse menos que deveria, ou melhor, não deveria sequer ter dito algo, já que, na omissão da legislação extravagante, caberia necessária e subsidiariamente o Código de Processo Civil. Assim, também caberia, no mandado de segurança, o instituto da assistência, fosse ela simples ou litisconsorcial¹³⁴.

Cassio Scarpinella Bueno¹³⁵ traz dois exemplos elucidativos do instituto da assistência dentro do mandado de segurança. O primeiro é o caso dos “substituídos” do art. 1º, §2º, e do art. 3º da Lei n. 1.533/51, que são os legitimados extraordinários. Esses poderão possuir direito idêntico àquele levado a juízo ou poderão ser titular do direito originário:

Art. 1º § 1º Consideram-se autoridades para os efeitos desta lei, os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções. (*Redação dada pela Lei n. 9.259, de 9.1.1996*).

Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente.

O segundo caso é o da autoridade coatora, que dependendo do fundamento da impetração, poderá gerar para ela interesse jurídico suficiente (art. 50 do Código de Processo Civil) para ingressar como assistente. Porque mesmo que a

¹³⁴ Processo REsp 616485 / DF RECURSO ESPECIAL 2003/0229144-1 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 1/04/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 22.05.2006 Ementa PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL EM GRAU DE RECURSO: ADMISSIBILIDADE. 1. O litisconsórcio e a assistência são institutos com características e objetivos diversos. 2. Na assistência litisconsorcial, tema do recurso, existe uma pretensão do assistente sobre o objeto material do processo e assemelha-se a uma "espécie de litisconsórcio facultativo ulterior, ou seja, o assistente litisconsorcial é todo aquele que, desde o início do processo, poderia ter sido litisconsorte facultativo-unitário da parte assistida" (CPC Comentado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, 8ª ed., RT, p. 487, nota de rodapé n. 1, comentários ao art. 54 do CPC). 3. **A assistência, simples ou litisconsorcial, tem cabimento em qualquer procedimento ou grau de jurisdição, inexistindo óbice a que se admita o ingresso do assistente em mandado de segurança, ainda que depois de transcorrido o prazo decadencial do writ.** 4. Dissídio não configurado 5. Recurso especial conhecido em parte e improvido (BRASIL. Processo REsp 616485 / DF. RECURSO ESPECIAL 2003/0229144-1. Processual Civil – Mandado De Segurança – pedido de assistência Litisconsorcial em grau de recurso: admissibilidade. Relatora: Ministra ELIANA. Data: 11 de abril de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 de maio 2006b. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%40docn%29+E+%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.&processo=616485&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 jan. 2007).

¹³⁵ Scarpinella Bueno, 2007d, p. 191.

responsabilidade pessoal da autoridade não possa ser discutida no mandado de segurança, a autoridade, em nome próprio, poderá atuar no processo para defender-se, como a previsão de cabimento de recurso de terceiro prejudicado (art. 499, *caput* e §1º do mesmo diploma legal).

Sérgio Ferraz¹³⁶, apoiando a incidência da assistência, afirma que:

I – muito mais que a assistência, o litisconsórcio, sim, é suscetível de dilargar o rito da ação; e nem assim foi, aqui, excluído; II – ademais disso, como realça o art. 50 do CPC, a assistência tem lugar em todos os tipos de procedimento e todos os graus de jurisdição – sem exceção.

Quanto ao litisconsórcio, podemos assegurar que não há formação de litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público à qual ela pertença, pois, como já mencionado, a autoridade coatora não é parte passiva do mandado de segurança e, portanto, não poderá caracterizar o litisconsórcio passivo, desde que não haja pluralidade de sujeitos¹³⁷.

Então, para que falar em cabimento de litisconsórcio?¹³⁸ A previsão legal não será de litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público que ela representa, e sim, um litisconsórcio daqueles que possam vir a ter seus interesses afetados pela concessão da segurança.¹³⁹

¹³⁶ Ferraz, 2006, p.132.

¹³⁷ Processo RMS 20780 / RJ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0161550-7 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 09/08/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 17.09.2007
Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA CITAÇÃO DO LITISCONSORTE. ANULAÇÃO. ART. 47, CPC.

I - Necessidade de que os candidatos nomeados no certame em decorrência da nova classificação sejam citados para integrar a lide, posto que a eventual concessão da segurança implicará necessariamente invasão da esfera jurídica destes. Litisconsórcio necessário. (grifo nosso). II – Tal aspecto decorre de imposição legal (art. 47, CPC), cuja inobservância conduz à nulidade absoluta. Recurso ordinário parcialmente provido para, anulando-se o processo a partir das informações, determinar a intimação do impetrante a fim de que promova a citação dos litisconsortes passivos necessários.

¹³⁸ Não nos aprofundaremos nas hipóteses de litisconsórcio cabíveis, discorrendo sobre litisconsórcio facultativo e necessário, nossa análise se completa em estudar seu cabimento ou não. Sobre o tema ver: Sérgio Ferraz, *Mandado de Segurança*, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 127 a 132 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo RMS 20780/RJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2005/0161550-7. Rel. Min. Felix Fischer. Data. 9 de agosto de 2008. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 set. 2007e. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 set. 2007.

¹³⁹ Scarpinella Bueno, 2007d, p. 193-194.

3.1.4 Parte passiva do mandado de segurança e destinatário da multa

Será que seguindo a corrente majoritária sobre a parte ré no mandado de segurança, a multa como meio de coerção deverá ser imposta, necessariamente, à pessoa jurídica de direito público?

Não necessariamente. Podemos destacar aqui também dois entendimentos divergentes sobre quem será o destinatário da multa.

O primeiro posicionamento, de acordo com a corrente majoritária sobre a parte ré no mandado de segurança, aponta também a pessoa jurídica de direito público como o destinatário da multa. Isto é, quando houver o descumprimento da medida e eventual imposição de multa como meio de coerção, para que a liminar, sentença ou acórdão sejam cumpridos, quem deverá arcar com o pagamento é a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade coatora, uma vez que a última é mero funcionário daquela. Porque será justamente a pessoa jurídica de direito público quem figurará no pólo passivo da demanda do *writ*.

Eduardo Talamini¹⁴⁰, entretanto, aceita a idéia de haver dúvida, quando a imposição da multa for aplicada à pessoa jurídica de direito público. Acredita ser possível surgir algum óbice ao cabimento de multa contra a fazenda pública, mas tal dúvida seria infundada, se se tratasse de multa imposta à pessoa jurídica de direito privado, no exercício de atribuições do Poder Público, já que não há qualquer vedação a respeito. Mas, ainda assim, ultrapassada tal discussão, o citado autor se filia à corrente que aponta a pessoa jurídica de direito público, como a responsável pelo pagamento. Recorda que os agentes (autoridades coadoras) poderão, ainda, ser cobrados e punidos posteriormente, em eventual ação de regresso ou em sanções penais/administrativas, respectivamente.

Para essa primeira corrente, não há o que impossibilite a imposição de multa à fazenda pública e, ademais, esta ainda terá o direito de regresso “[...] contra o

¹⁴⁰ Talamini, 2001, p. 239.

agente que, por conduta pessoal dolosa ou culposa, der causa à incidência da multa”, não excluindo o eventual sancionamento penal cabível.¹⁴¹

Eduardo Talamini¹⁴² complementa seu pensamento com a lembrança da *astreinte*, existente no Direito Francês, que incide contra entes públicos ou, no exercício de atividade pública, desde 1956, pela Corte de Cassação, “no âmbito dos litígios cuja competência excepcionalmente fosse dos tribunais judiciários”, que depois veio a ser previsto também nos tribunais administrativos. Portanto, tal imposição da multa ao ente da fazenda pública tem suas raízes bem solidificadas.

Segundo Eduardo Talamini, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público não justificam subtrair dos entes públicos regimes mais eficientes de cumprimento das decisões. Até porque se o provimento jurisdicional tivesse sido cumprido, devidamente, não haveria necessidade de tal imposição.

No entanto, em trabalho mais recente, Talamini¹⁴³ prevê uma particularidade, quando dispõe sobre a possibilidade de, em casos graves, a multa ser cominada diretamente contra a pessoa da autoridade coatora, aduzindo que:

Em vista das peculiaridades (e deficiências) da estrutura interna administrativa, muitas vezes apenas a multa contra a própria autoridade atinge concretamente a meta de pressionar ao cumprimento. Para tanto, há de se interpretar o §5º do art. 461 como permitido não apenas a adoção de medidas atípicas, mas também o direcionamento dessas medidas contra terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a consecução da tutela.

Com base exata nesse pensamento, uma segunda corrente acredita que a multa deverá ser imposta à pessoa da autoridade coatora, pois foi ela a responsável pelo descumprimento da decisão imposta e será a responsável por sua efetivação.

¹⁴¹ Talamini, 2001, p. 239.

¹⁴² Talamini, 2001, p. 239.

¹⁴³ Mais recente, pois a opinião anterior foi exposta em 2001 e esta afirmativa se deu em 2003 em Talamini (2003, p. 449).

Marcelo Lima Guerra¹⁴⁴ traz argumentos importantes para reforçar essa segunda corrente e afirma:

É que a medida coercitiva, como instrumento de pressão psicológica, requer que seja exercida contra uma *vontade, enquanto fenômeno psíquico*. Daí que, imposta contra pessoas jurídicas, as medidas coercitivas tendem a ser eficazes apenas naquelas hipóteses em que possa, dada a estrutura peculiar de cada pessoa jurídica, atingir também uma vontade humana (grifo do autor).

Acredita o autor que, quando a multa é imposta à pessoa jurídica de direito público, se torna inoperante, exatamente pela falta do poder de coerção.

Completa sua opinião, aduzindo que o argumento de que o juiz não pode prestar tutela jurisdicional a favor de quem, ou contra quem não é parte no processo, não poderá ser utilizado contra essa corrente. Para que o juiz alcance a concretização do direito não é raro que “o juiz depare-se com obstáculos representados pela ação ou omissão de terceiros, à ultrapassagem dos quais ele deve tomar medidas de força, de atuação práticas de ordens, sejam medidas sub-rogatórias, sejam medidas coercitivas”. E, ainda, existem vários dispositivos no sistema processual brasileiro que preceituam a aplicação do poder coercitivo do juiz em relação a terceiros (artigos 358, 412, 445, II, todos do Código de Processo Civil)¹⁴⁵.

Desse modo, a multa deverá ser aplicada contra o agente administrativo responsável pelo cumprimento da obrigação imposta em decisão judicial.

Filiamo-nos à segunda corrente, pois concordamos que a multa deverá ser imposta à autoridade coatora responsável pelo ato, justamente por trazer a coerção psicológica maior, razão pela qual foi criado tal mecanismo, pois envolverá a mudança em *seu* patrimônio e não no patrimônio público.

¹⁴⁴ GUERRA, Marcelo Lima. Execução contra o Poder Público. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 25, p. 76, out./dez. 2000.

¹⁴⁵ Guerra, 2000, p. 77.

Acreditamos, como Marcelo Lima Guerra, que se a autoridade coatora for a única pessoa capaz de cumprir a medida imposta, só haverá coerção, se for ela mesma a responsável pelo pagamento da multa. Caso contrário (se o responsável pelo pagamento for a pessoa jurídica de direito público ou a pessoa jurídica de direito privado, em atribuições do Poder Público), não carecerá dela mesma tanta urgência no cumprimento da obrigação, já que não sofrerá prejuízo monetário algum.

3.1.5 Nossa análise na imposição de multa à pessoa jurídica de direito público

Como já demonstrado, a multa deverá ser imposta à autoridade coatora. Mas, caso entenda o magistrado como a primeira corrente, ou seja, que a multa deverá ser imposta à pessoa jurídica de direito público, poderá, ainda assim, impô-la à autoridade coatora, se a primeira cominação não trazer a coerção esperada.

Podemos justificar esse posicionamento, fazendo uma analogia à “Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica” do direito civil, preceituada no art. 50 do Código Civil ¹⁴⁶que estabelece:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Essa teoria aplica-se no direito civil quando, para fins patrimoniais, o juiz quebra a regra que preceitua que os bens dos sócios não poderão ser atingidos pela dívida contraída pela sociedade limitada, passando, portanto, da pessoa jurídica de direito privado para alcançar os bens do sócio responsável.

Tal regra não configura hipótese idêntica à discutida. Entretanto, se tomarmos por base tal premissa, poderemos fazer uma analogia à regra da imposição da multa à autoridade responsável.

¹⁴⁶ BRASIL. *Código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Sendo, pois, a autoridade coatora a responsável pelo descumprimento da medida jurisdicional, será ela quem deverá ser pessoalmente responsável, no intuito de coerção ao cumprimento da decisão.¹⁴⁷ Assim, se primeiramente, houve a imposição da medida coercitiva à pessoa jurídica (como primeiro são atingidos os bens da sociedade) e, sendo infrutífera a tentativa à coerção, a multa deverá recair sobre a autoridade coatora (como a dívida recai sobre o patrimônio dos sócios responsáveis).

A autoridade coatora é a pessoa que faz o elo de ligação entre o processo e o plano material, portanto, nada mais coerente que impor-lhe a multa.

3.2 BENEFICIÁRIO DA MULTA

Quando existe a imposição de multa quem será a pessoa legítima para a cobrança do valor incidido? Em outras palavras, quem será o beneficiário da multa, ou seja, aquele para quem a multa será revertida?

Eduardo Talamini¹⁴⁸, ao introduzir o tema, faz a ressalva de que existem dois tipos de beneficiários, de acordo com a espécie do processo. Se tratarmos de processo coletivo, o beneficiário da multa será o “fundo” especificado no art. 13 da Lei n.º 7.347/85 (v. Dec. 1.306/94, art. 2º) e o art. 214 da Lei n.º 8.069/90. Mas, no caso do processo individual, a multa se reverterá em benefício do autor da demanda.

¹⁴⁷ O mesmo raciocínio se faz quando se tratar de pessoa jurídica de direito privado. Primeiramente, a multa deverá ser imposta à pessoa jurídica, caso não surta qualquer coerção deverá o magistrado aplicá-la diretamente ao diretor, ou à autoridade coatora responsável. Talamini (2003), em assunto totalmente diverso, ao falar da caracterização do crime de desobediência, que será a seguir analisado, afirma que caso a ordem seja dirigida a pessoa jurídica de direito privado, no exercício de atribuições do Poder Público, havendo desobediência quem responderá é a pessoa natural investida dos poderes jurídicos para dar cumprimento ao comando. Assim, caberá aqui outra analogia, pois por que quando se fala em crime, se responsabiliza a pessoa natural e quando se impõe a multa se responsabiliza a pessoa jurídica? Daí a nossa conclusão de que a multa poderá ser imposta à autoridade coatora, mesmo que posteriormente.

¹⁴⁸ Talamini, 2003, p. 263-267

Para Cassio Scarpinella Bueno¹⁴⁹, José Eduardo Carreira Alvim¹⁵⁰, Araken de Assis¹⁵¹ dentre outros a multa referente ao art. 461 do Código de Processo Civil pertence indiscutivelmente ao autor, mesmo que ela seja fixada de ofício pelo juiz, pois será o autor o maior prejudicado.

Eduardo Talamini¹⁵² ressalta a existência de crítica à destinação da multa ao autor, e não, ao Estado, justamente em razão de a multa ter cunho coercitivo, gerando duas indignações. A primeira seria o fato de que dentro de um sistema como o da França, onde as *astreintes* foram jurisprudencialmente desenvolvidas com cunho indenizatório¹⁵³, a destinação ao credor é um pouco mais compreensível. Mas nos sistemas onde a multa não foi criada com caráter indenizatório, como no Brasil, fica mais difícil a compreensão, uma vez que o caminho natural seria a destinação ao Estado, como acontece no sistema alemão e no anglo-saxônico.

Além do mais, a multa não pode ser confundida com o ressarcimento por perdas e danos e não tem o seu valor adstrito ao valor do “dever” objeto da tutela.¹⁵⁴

Mas, Eduardo Talamini¹⁵⁵, também traz dois pontos positivos da destinação da multa ao autor da demanda:

Primeiro, a aptidão de a multa pressionar psicologicamente o réu será tanto maior quanto for à perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rapidamente e rigorosamente executado. E não há melhor modo de assegurar a severidade da execução do que atribuindo o concreto *interesse* na sua instauração e desenvolvimento ao próprio autor – mediante a destinação do resultado nela obtido.

Em segundo lugar, sendo o crédito de multa titularizado pelo autor, este pode utilizá-lo em eventual composição com o adversário.

¹⁴⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. Comentários aos seguintes dispositivos: Do artigo 282 a 294, do 458 a 466, do 480 a 495, do 686 a 731. In: Antônio Carlos Marcato. (Org.). Código do Processo Civil Interpretado. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1, p. 1412.

¹⁵⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira *Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer e entrega de coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 101.

¹⁵¹ ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.226.

¹⁵² Talamini, 2003, p. 264.

¹⁵³ Ver também MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 445.

¹⁵⁴ Talamini, 2003, p. 64.

¹⁵⁵ Talamini, 2003, p. 264-265.

Concluindo, embora a destinação da multa ao autor não se justifique no ordenamento jurídico brasileiro, tal previsão acaba por trazer certo grau de pressão psicológica, que poderá ser válida no escopo de se atingir a efetividade da tutela jurisdicional.

3.3 OUTRAS CARACTERÍSTICAS DA MULTA PREVISTA PELO ART. 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Eduardo Talamini¹⁵⁶, em sua obra “Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer” estuda de diversas características sobre a “multa”, as quais passarão a ser analisadas (valor, alteração, limites temporais, exigibilidade e execução de crédito decorrente da multa).

3.3.1 Valor da multa

Segundo José Miguel Garcia Medina¹⁵⁷, o valor a ser estipulado, quando da fixação da multa não possui um critério determinado quanto ao seu limite, portanto, não precisa corresponder até o montante da obrigação, já que o seu escopo não é substituir a obrigação, e sim, coagir a outra parte para o cumprimento da decisão¹⁵⁸. Deve seguir, entretanto, o princípio da menor onerosidade (ou princípio da menor restrição possível).

A lei, desse modo, menciona “suficiência” e “compatibilidade” da multa com a obrigação.¹⁵⁹

Preceitua o art. 461 § 4º do Código de Processo Civil:

¹⁵⁶ Talamini, 2003, p. 247-263.

¹⁵⁷ Medina, 2004, p. 446 a 448.

¹⁵⁸ Esse mesmo pensamento é compartilhado por Theodoro Júnior (2007, p. 553). MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 106.

¹⁵⁹ Talamini, 2003, p. 247.

Art. 461 § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for *suficiente ou compatível* com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito (*Parágrafo acrescentado pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994*) (grifo nosso).

Assim, faz-se necessária a observância desse comando, já que define o limite quantitativo da multa a ser aplicada (sendo suficiente e compatível). E o valor a ser estipulado pelo magistrado, na fixação do valor da multa, deverá observar sempre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.¹⁶⁰

Afirma Araken de Assis¹⁶¹ que “[...] o valor da *astreinte* deve ser fixado de molde a quebrar a vontade do obrigado, desvinculado dos limites idéias de indenização do dano”. E, ainda: “[...] seu valor será exorbitante, desproporcional ao conteúdo econômico da causa, mas adequado à pessoa do executado”¹⁶².

Mas, o valor da multa não é fixado de acordo com a obrigação nem aos danos derivados da mesma, pois não se trata aqui de “cláusula penal” fixada por contrato, porquanto a multa do § 4º do art. 461 não tem caráter indenizatório e tão somente de coerção, como preceitua o §2º do citado artigo: Art. 461 § 2º. “A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”.¹⁶³

Por se tratar de coerção, o valor deverá ser tal que imponha algum tipo de pressão psicológica, caso contrário, não estará cumprindo seu propósito. E, em busca desse fim, o juiz poderá diminuir o valor estabelecido ou aumentá-lo.

Assevera José Carlos Barbosa Moreira¹⁶⁴:

[...] pode recorrer-se, no direito brasileiro, à ameaça de dano pecuniário (multa), grave bastante para que o devedor, na contingência de optar entre sofrer o dano e cumprir a obrigação, seja levado a escolher o segundo termo da alternativa, razão pela qual não há cogitar necessariamente de proporcionalidade entre o valor de um e de outra.

¹⁶⁰ CARVALHO, Fabiano Execução da multa (Astreintes) prevista no art. 461 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 114, p. 211, mar./abr. 2004.

¹⁶¹ ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 566.

¹⁶² Assis, 2006, p. 224.

¹⁶³ BRASIL, 2007a.

¹⁶⁴ Barbosa Moreira, 2002, p.218.

3.3.2 Alteração da multa

De acordo com o § 6º do art. 461, o juiz poderá alterar a multa sempre que houver necessidade: “§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva” (*Parágrafo acrescentado pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002*).¹⁶⁵

Se houver necessidade de alterar o valor, ou seja, o montante quantitativo da multa, o juiz poderá assim proceder sem necessidade de requerimento do autor. Caso, a necessidade observada não seja referente à mudança do valor, mas da periodicidade da multa, a medida torna-se mais eficaz, se for imposta multa em um determinado valor, diariamente e não semanalmente, o juiz também poderá modificar tal lapso temporal da medida imposta.

Afirma Humberto Theodoro Júnior¹⁶⁶:

Pode-se concluir que a sistemática da multa coercitiva, tal como prevê o Código de Processo Civil, não segue uma orientação que torne obrigatória e inflexível sua aplicação em todas as causas relativas ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer e de entrega de coisa. Há de se apurar, em cada caso, a possibilidade, ou não, de a sanção pecuniária ter a força de compelir o devedor a cumprir, de fato, a prestação *in natura*.

O juiz poderá fixar a multa de ofício e, por isso, sua alteração também independe do requerimento da parte, mas também não o exclui¹⁶⁷.

A alteração permitida é justamente para fazer valer o seu fim, ou seja, para trazer a coerção que, em tese, foi insuficiente ou excessiva demais¹⁶⁸.

Um ponto importante é a possível fixação ou alteração da multa mesmo com a coisa julgada. Explica o autor que a imutabilidade da coisa julgada recai sobre a pretensão

¹⁶⁵ BRASIL, 2007a.

¹⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 24. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 2007. p. 553.

¹⁶⁷ Talamini, 2003, p. 249 e Theodoro Júnior, 2007, p. 557.

¹⁶⁸ Lembra Talamini que todas essas fixações poderão ser objeto de recurso da parte contrária, caso haja insatisfação com a fixação (TALAMINI, 2003, p. 249).

que foi acolhida, portanto, não abrange o valor da multa ou mesmo sua imposição, justamente por ser esta um elemento acessório, apenas a serviço da efetividade ¹⁶⁹.

Outra observação ¹⁷⁰ é que não se pode confundir a multa processual prevista no art. 461, §2º com a multa contratual, prevista em cláusula penal, no caso de inadimplemento. A multa contratual é mecanismo de direito material e é fixada para incentivar o cumprimento tempestivo da obrigação. E quanto à multa fixada pelo magistrado, como já analisado é mecanismo de direito processual ¹⁷¹.

Estabelece Eduardo Talamini¹⁷²:

E não parece possível afirmar que a previsão da multa no contrato funcionaria como ato de vontade das partes, no sentido de previamente limitar eventual multa judicial a aquele valor. A multa judicial – como mecanismo de efetivação de comando judicial e instrumento de preservação da autoridade jurisdicional – não está na órbita de disponibilidade das partes.

Assim sendo, nada impede o magistrado de fixar a multa processual quando já for prevista pelas partes a multa contratual, pois ambas se fundamentam em diferentes situações.

¹⁶⁹ TALAMINI, 2003, p. 250.

¹⁷⁰ Rodrigues, Didier Júnior e Jorge, 2003, p.207 e Talamini, 2003, p. 251-252.

¹⁷¹ Processo RMS 22369 / DF ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0158754-9 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Relator(a) p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, Órgão Julgador, T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 05/10/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 03.04.2007 p. 216, Ementa RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSIÇÃO DE MULTA. DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO PARA CONSTITUIÇÃO EM MORA. CLÁUSULA QUE LIMITA A APLICAÇÃO DA MULTA DIÁRIA. APLICAÇÃO.

1. Em sede de Recurso Ordinário, esta Corte pode fixar a interpretação de cláusulas contratuais. 2. Não se confunde cláusula contratual que estabelece a necessidade de a Contratante oficial à Contratada acerca do transcurso do prazo para o cumprimento da obrigação e, a partir daí, considerar a impontualidade da entrega como recusa do cumprimento da obrigação, com outra que prevê a imposição de multa diária de mora a partir do vencimento da obrigação. 3. Incabível a aplicação de multa diária de mora por período superior àquele expressamente previsto no contrato (30 dias). 4. Recurso Ordinário parcialmente provido, apenas para limitar a aplicação da multa diária de mora a período não superior a 30 dias (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo RMS 22369 / DF. Recurso ordinário em mandado de segurança 2006/0158754-9. Relato: Min. Humberto Martins (1130). Data: 5 de outubro de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 3 abr. 2007g. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2007).

¹⁷² Talamini, 2003.

3.3.3 Limites temporais da multa

Para analisarmos o limite temporal, é necessária a leitura da referência ao prazo que faz o art. 461, § 4º, quando dispõe: “[...] fixando-lhe **prazo razoável** para o cumprimento do preceito”.

O prazo¹⁷³ razoável que a lei impõe, portanto, com base na razoabilidade, é aquele que não é curto o bastante para impossibilitar o cumprimento no prazo determinado; e nem, longo o suficiente para não provocar a coerção. Poderá, entretanto, ser alterado na medida das necessidades do caso concreto.

3.3.4 Exigibilidade da multa

Existe a discussão de que a multa poderá ser exigida em dois momentos¹⁷⁴: o primeiro se dá assim que a multa não puder mais ser revista; e o segundo momento é quando a decisão que a impôs não estiver mais sujeita ao recurso com efeito suspensivo *ex lege*¹⁷⁵.

Carolina Bonadiman Esteves¹⁷⁶ aponta a existência de três correntes sobre o tema. Para a primeira corrente, a multa só poderá ser exigida pela parte após o trânsito em julgado da decisão final, já que até esse momento poderá haver reforma da decisão

¹⁷³ Talamini (2003, p. 252-257) fixa, ainda, o termo inicial e final da multa. O termo inicial se estabelece depois de passado o prazo concedido para seu cumprimento, ou, no descumprimento, nas hipóteses que exigiam o cumprimento imediato. Já o termo final será fixado, levando em conta a finalidade da multa que é a pressão psicológica empregada ao devedor. Assim, esta incidirá até que haja o cumprimento, ou não havendo, até ser possível tal cumprimento e não existindo pedido de conversão em perdas e danos. Aí, neste caso, prevê o autor que sendo jurídica ou materialmente inviável ser atingido o resultado específico, a multa deixa de ser exigida do momento da ocorrência da impossibilidade em diante, podendo o juiz de ofício cessar a multa. Para o autor, nos casos de possibilidade de cumprimento a multa deverá incidir até que haja a insolvência do réu ou outro elemento que a torne inadequada, já que cessando a multa, favoreceria a recalcitrância do réu.

¹⁷⁴ Talamini, 2003, p. 257 -261.

¹⁷⁵ Acrescenta o autor que no caso da multa ser estabelecida em antecipação de tutela se for adotada a primeira hipótese, a multa só será exigível quando transitar em julgado a própria sentença de procedência, confirmando a tutela antecipada. Caso seja adotada a segunda hipótese, a multa será desde daí exigível, pois caso haja o recurso de agravo o mesmo, em regra, não possui o efeito suspensivo *ex lege* (caso contrário a multa não será exigível e nem a multa incidirá neste prazo de suspensão).

¹⁷⁶ Esteves, 2006, p. 265.

que fixa a multa, o que faria a multa ser inexigível e indevida. A segunda corrente entende ser exigível após o decurso do prazo para a interposição de recurso com efeito suspensivo, pois nesse prazo a decisão que impôs a multa terá sua eficácia suspensa em razão da sua recorribilidade¹⁷⁷. E a terceira corrente, entende que a multa é exigível, desde o momento em que ela é devida, já que o escopo da mesma é a coerção para o cumprimento da decisão e, por isso, seria exigível desde então.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁷⁸ acredita que a multa poderá ser exigida a partir do dia em que começa a incidir e estabelece que:

A partir do dia em que começa a incidir a multa, faculta-se ao credor exigi-la, através do procedimento da execução por quantia certa. Se o devedor, citado, pagar nas 24 horas a que se refere o art. 652, mas permanecer inadimplente no que tange à obrigação de fazer ou não fazer, a multa continuará incidindo. Poderá o exeqüente, a qualquer tempo, requerer a atualização do cálculo e promover nova execução pelo valor acrescido.

Teori Albino Zavascki¹⁷⁹ compartilha do mesmo raciocínio e afirma que a hipótese de reforma da sentença é possível em qualquer execução provisória e, portanto, não poderia ser o argumento usado para negar a exigibilidade imediata da multa.

Entendemos, como os supracitados autores, que a terceira corrente, por acreditar ser possível a exigibilidade da multa, desde o momento em que passa a incidir, coaduna mais com o objetivo inicial da criação de tal mecanismo de coerção. Isso porque, se o autor da demanda desde aquele momento resolvesse cobrar a multa, faria uma maior pressão psicológica ao cumprimento da decisão, como é seu escopo principal e, caso houvesse a reforma da sentença, o credor ficaria obrigado a restituir o valor pago¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Neste sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. p. 325.

¹⁷⁸ Barbosa Moreira, 2002, p. 220.

¹⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil, do processo de execução, arts. 566 a 645*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 8. p. 480-481.

¹⁸⁰ Em posição diversa está Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3, p. 82), pois acredita que a finalidade coercitiva da multa não se relaciona com a sua exigência imediata e sim pela possibilidade de cobrança futura.

No entanto, se, em razão de recurso ou outro motivo, ficar estabelecido que o autor não tenha mais direito ao bem da vida pretendido, ficará sem efeito o crédito derivado da multa que tenha incidido. Como acontece no caso da sanção criminal por desobediência, que deixa de ser cabível, quando a decisão que a justificou é reformada¹⁸¹.

Portanto, seguindo o procedimento previsto no Código de Processo Civil, a parte exeqüente deverá prestar caução idônea para fazer o levantamento do montante referente à multa, de acordo com o art. 588, II, do Código de Processo Civil. Sendo prestada a caução e efetuado o levantamento do montante correspondente à multa, em caso de sentença desfavorável, ou da reforma em via recursal da sentença de procedência do pedido, o autor ficará responsável pela restituição do réu e também por eventuais danos sofridos, conforme estabelecido nos incisos I e III, do mesmo preceito legal.

Mas, a corrente contrária acredita que, como a regra no sistema do Código de Processo Civil é que a apelação seja recebida nos dois efeitos (art. 520 do Código de Processo Civil), ou seja, que a sentença não produza efeitos imediatos, não seria possível que a multa a ela agregada produzisse efeitos imediatos.¹⁸²

Cassio Scarpinella Bueno afirma que¹⁸³ :

A multa é exigível a partir do instante em que a decisão que a fixa seja *eficaz*. É dizer: se fixada liminarmente (art. 461, § 3º), desde já a multa pode ser cobrada pelo autor, salvo se eventual agravo de instrumento interposto dessa decisão for processado com efeito suspensivo (art. 558, *caput*). Se fixada na sentença, a exigibilidade da multa depende da inexistência de efeito suspensivo ao recurso de apelação (ver o art. 520, VII, em caso de sentença que confirma anterior antecipação dos efeitos da tutela), do encerramento dos segmentos recursais munidos de efeito suspensivo ou do trânsito em julgado.

¹⁸¹ Talamini, 2003, p. 259-260.

¹⁸² Marinoni e Arenhart, 2007, p. 80.

¹⁸³ Scarpinella Bueno, 2005, p. 1413.

Deste modo, Luiz Miguel Garcia Medina¹⁸⁴, Luiz Guilherme Marinoni¹⁸⁵, Sérgio Cruz Arenhart¹⁸⁶, José Eduardo Carreira Alvim¹⁸⁷, Teori Albino Zavasski¹⁸⁸, acreditam na exigibilidade imediata da multa fixada liminarmente para uma maior coercibilidade.

No entanto, José Miguel Garcia Medina¹⁸⁹ afirma que a doutrina tem defendido que a multa fixada liminarmente também só poderá ser exigida após a sentença, por aplicação analógica à Lei da Ação Civil Pública (art. 12, § 2º) e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 213, § 3º).¹⁹⁰

3.3.5 Execução do crédito decorrente da multa

A imposição da medida coercitiva (multa) dar-se-á no próprio processo em que houve o proferimento da decisão. Já a cobrança do crédito da multa seguirá o procedimento de “execução por quantia certa”¹⁹¹.

Antes da edição da Lei n.º 11.232/05, a execução por quantia certa era iniciada em processo autônomo ao processo de conhecimento que reconheceu sua existência. Assim, proferida a decisão que reconheceu o crédito, havia necessidade de ser ajuizado um novo processo: o processo de execução. E o mesmo não acontecia com a execução de fazer, não fazer e entrega de coisa, que sendo execução *lato sensu* eram “executadas” no mesmo processo, pelo próprio juiz, não havendo necessidade de ajuizamento de uma nova demanda.

¹⁸⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil**: teoria geral, princípios fundamentais. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 450.

¹⁸⁵ Marinoni e Arenhart, 2007, p. 80.

¹⁸⁶ Marinoni e Arenhart, 2007, p. 80.

¹⁸⁷ ALVIM, 2003, p. 101.

¹⁸⁸ ZAVASCKI, 2003, p. 480-481.

¹⁸⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil**: teoria geral, princípios fundamentais. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 449.

¹⁹⁰ Não nos aprofundaremos na análise dos argumentos trazidos pela doutrina pátria quanto ao momento da exigibilidade da multa, pois nosso objeto de estudo analisa a sua importância como um meio de coerção para o cumprimento da decisão proferida pelo magistrado, podendo a multa ser exigível desde que passou a incidir, quando não puder mais ser revista ou quando a decisão que a impôs não estiver mais sujeita ao recurso com efeito suspensivo.

¹⁹¹ Talamini, 2003, p. 261.

Atualmente, depois da edição da referida Lei, o que era exceção passou a ser regra, fazendo com que quase todas as execuções fossem executadas no mesmo processo, porém, em uma nova fase, nomeada fase de cumprimento de sentença.

No entanto, tal procedimento não incluiu a execução por quantia certa, proferida contra a fazenda pública e, nem mesmo, as execuções baseadas em título extrajudicial.

Desse modo, se a multa for imposta à pessoa jurídica de direito público, será executada mediante o procedimento previsto para a concessão de precatórios ou por requisição de crédito pequeno valor, nos moldes do art. 100 e seus parágrafos, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil e/ou do art. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Se a multa for imposta à autoridade coatora, a execução de seu crédito dar-se-á no procedimento comum, na segunda fase do processo de conhecimento “fase da execução”, de acordo com alteração feita pela Lei 11.232/05¹⁹².

¹⁹² A atuação jurisdicional não se limita em reconhecer o direito, pois busca a sua realização (SCARPINELLA BUENO, 2005, p. 4). Não basta ao Estado dizer o direito é necessário para que esse direito seja concretizado. Para chegar a tal finalidade, o Código de Processo Civil de 1973 previu em seus “Livros” I e II os processos de conhecimento e execução, respectivamente. O processo de conhecimento é o processo em que o juiz irá conhecer do processo e dos direitos das partes. É nesse processo que o juiz irá reconhecer o direito da parte, daí o nome de processo de “conhecimento”. Antes da Lei 11.232/05, o juiz era limitado a esse fim, quando se tratava de processo de conhecimento, ou seja, ao final desse processo havia somente o “reconhecimento” desse direito. Assim, era necessário que a parte detentora do direito buscasse efetivar esse direito, já reconhecido, através de um novo processo: o processo de execução, pois este teria a finalidade de realizar tal direito. O processo de execução, portanto, deveria trazer a concretização do mesmo. A Lei 11.232/05, deste modo, possibilitou esse entendimento, isto é, com as alterações trazidas pela citada lei fica claro que a finalidade do Estado-juiz é não somente reconhecer o direito, mas também realizá-lo. Assim, o que antes já tinha sido concedido pelo legislador de 1994 (com a Lei nº 8.952) e de 2002 (Lei nº 10.444) às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, foi também estendido às obrigações de pagar. Por isso, a alteração se estendeu aos artigos 162, §1º, 267, *caput*, 269, *caput*, e 463, *caput* todos do Código de Processo civil, pois, foi necessário ficar bem evidenciado que a sentença não encerra o procedimento em primeiro grau, ou seja, que a sentença no processo de conhecimento não encerra o processo, já que o reconhecimento do direito não é suficiente. É preciso que a atividade jurisdicional proporcione também a efetivação desse direito, portanto, após a sentença no processo de conhecimento já será possível dar-se início a fase de execução. Essa idéia acabou por conceder um pouco mais de efetividade ao processo, daí a sua importância de sua citação no nosso estudo. Com a vigência de tal lei é possível falar-se em fase de “conhecimento” e fase de “execução”. Teremos, portanto, etapas dentro de um único processo que será chamado de processo “sincrético”. O processo jurisdicional será um conjunto de duas fases: a fase de conhecimento e a fase da execução, que não serão mais processos, e sim, partes de um único processo.

É importante ressaltarmos que é possível a “execução parcial” da multa¹⁹³, ou seja, não há necessidade de aguardar o prazo final de sua incidência, pois uma vez devida ela será exigível, havendo necessidade de novas execuções para os créditos posteriores. Inclusive tais execuções trarão ainda mais coerção psicológica ao devedor da obrigação.

Por tudo isso, podemos concluir que a multa é um mecanismo que poderá causar a coerção suficiente para o cumprimento da decisão, quando for corretamente imposta pelo magistrado, pois deve atingir o fim a que se propõe, qual seja, a efetiva coerção psicológica. Caso contrário, sua aplicação deve ser cessada e, assim, ser buscada a aplicação de outra espécie de meio coercitivo.

3.4 APLICAÇÃO DE MULTA COMO SANÇÃO E NÃO COMO COERÇÃO

Cássio Scarpinella Bueno¹⁹⁴ destaca, ao tratar dos mecanismos de apoio ao cumprimento das decisões a introdução do novo inciso V e novo parágrafo único no artigo 14, no Código Processo Civil, pela Lei n.º 10.358/01.

Tal mecanismo não se refere à imposição de multa¹⁹⁵ como meio coercitivo, mas como uma sanção ao descumprimento da decisão mandamental que, indiretamente, coage ao bom cumprimento da mesma.

Esse preceito é um exemplo de norma processual civil e também, principalmente, incide no procedimento do mandado de segurança, quando faz expressa menção à regra mandamental.

Preceitua o citado artigo:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] V – cumprir com exatidão os provimentos

¹⁹³ Talamini, 2003, p. 263.

¹⁹⁴ Scarpinella Bueno, 2007, p. 89.

¹⁹⁵ Não será objeto de nosso estudo as características de tal multa sanção (exigibilidade, sujeito passivo, dentre outras, pois nos limitaremos ao estudo da multa coercitiva, prevista no art. 461 do CPC.

mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.¹⁹⁶

Tal inciso, aliado ao parágrafo único do mesmo artigo, será uma forte arma no combate ao descumprimento das medidas, uma vez que traz a idéia de que, caso haja violação ao citado inciso, constituirá um ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz fixar multas não superiores a 20% do valor da causa.

Assim prevê o parágrafo único:

Art. 14. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado (*Parágrafo acrescentado pela Lei 10.358, de 27.12.2001*).

Essas medidas poderão ser impostas à autoridade coatora, quando, sendo seu dever cumprir a decisão, a mesma permanecer inerte ou criar obstáculos para o seu cumprimento. Tal multa terá a característica de “sanção” e não de “coerção”, como veremos mais adiante no presente capítulo.

Assevera Fredie Didier Jr ¹⁹⁷:

Deverá o magistrado, ainda, ao expedir a ordem ou o mandado para cumprimento da diligência, providenciar advertir esses sujeitos (partes ou terceiros) de que o seu comportamento recalcitrante poderá resultar na aplicação da mencionada multa. Sem essa comunicação/advertência prévia, pensamos que a multa porventura aplicada é nula, por desrespeito ao princípio do contraditório.

Podemos entender que existem mecanismos para fazer cumprir a decisão judicial proferida e também mecanismos para punir as autoridades que insistem em não cumprir com seu dever (art. 461 e 461 do Código de Processo Civil e art. 14, inc V e

¹⁹⁶ BRASIL, 2007a.

¹⁹⁷ Rodrigues, Didier Júnior e Jorge, 2003, p.13.

parágrafo único, respectivamente), tudo em busca de uma prestação jurisdicional mais efetiva¹⁹⁸.

3.5 PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE POSSÍVEL

Com todo o estudo sobre a imposição de multa ao devedor e com as devidas ressalvas de como a multa deverá ser imposta (possibilidade de alteração do valor, dentre outros) faz-se necessário a ponderação sobre o princípio da **menor onerosidade possível**, pois o respeito a tal norma-princípio poderá causar um relativo óbice para a conduta de imposição de multa.

¹⁹⁸ REsp 770753 / RS ;2005/0126059-3; Relator(a): Ministro LUIZ FUX; Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento:27/02/2007; Data da Publicação/Fonte DJ 15.03.2007. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA CERTA. MEDICAMENTOS. ASTREINTES. **FAZENDA PÚBLICA. MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA. CABIMENTO.** NATUREZA. PROVEITO EM FAVOR DO CREDOR. VALOR DA MULTA PODE ULTRAPASSAR O VALOR DA PRESTAÇÃO. NÃO PODE INVIABILIZAR A PRESTAÇÃO PRINCIPAL. NÃO HÁ LIMITAÇÃO DE PERCENTUAL FIXADO PELO LEGISLADOR. 1. **A obrigação de fazer permite ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, ainda que seja a Fazenda Pública, consoante entendimento consolidado neste Tribunal.** Precedentes: AgRg no REsp 796255/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeiro Turma, 13.11.2006; REsp 831784/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 16.10.2006; REsp 851760 / RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, 11.09.2006. 2. **A multa processual prevista no caput do artigo 14 do CPC difere da multa cominatória prevista no Art. 461, § 4º e 5º, vez que a primeira tem natureza punitiva, enquanto a segunda tem natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial.** 3. Os valores da multa cominatória não revertem para a Fazenda Pública, mas para o credor, que faz jus independente do recebimento das perdas e danos. Conseqüentemente, não se configura o instituto civil da confusão previsto no art. 381 do Código Civil, vez que não se confundem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor. 4. O legislador não estipulou percentuais ou patamares que vinculasse o juiz na fixação da multa diária cominatória. Ao revés, o § 6º, do art. 461, autoriza o julgador a elevar ou diminuir o valor da multa diária, em razão da peculiaridade do caso concreto, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva, sempre com o objetivo de compelir o devedor a realizar a prestação devida. 5. O valor da multa cominatória pode ultrapassar o valor da obrigação a ser prestada, porque a sua natureza não é compensatória, porquanto visa a persuadir o devedor a realizar a prestação devida. 6. Advirta-se, que a coerção exercida pela multa é tanto maior se não houver compromisso quantitativo com a obrigação principal, obtemperando-se os rigores com a percepção lógica de que **o meio executivo deve conduzir ao cumprimento da obrigação** e não inviabilizar pela bancarrota patrimonial do devedor. 7. Recurso especial a que se nega provimento (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo REsp 770753 / RS RECURSO ESPECIAL 2005/0126059-3. Processual Civil. Obrigação de entregar coisa certa. Medicamentos. Relator: Min. Luiz Fux. Data: 27 de fevereiro de 2007. *Diário de Justiça*, Brasília, 15 de mar. 2007h. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=770753&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 jun. 2007.

3.5.1 Características do conteúdo do princípio

Para Cândido Rangel Dinamarco¹⁹⁹ o equilíbrio nos meios processuais constitui um limite político à execução. E é essa idéia do conteúdo do **princípio da menor onerosidade possível** que está estampado no art. 620 do Código de Processo Civil, pois preceitua que será aplicado o meio menos gravoso ao devedor.

Assim estabelece a citada regra processual: “Quando por vários meios, o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”²⁰⁰.

Afirma Cândido Rangel Dinamarco²⁰¹:

Essa disposição representa o núcleo de um verdadeiro sistema de proteção ao executado contra excessos, inspirado nos princípios da justiça e da equidade, sabendo-se que essa proteção constitui uma das linhas fundamentais da história da execução civil em sua generosa tendência à humanização.

Destarte, o devedor não poderá ser penalizado por nada além do necessário, ou seja, as escolhas de emprego de mecanismos executórios em desfavor do devedor deverão ser feitas com certa moderação, ou seja, não mais que o necessário.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia da Almeida e Eduardo Talamini²⁰² entendem que o citado princípio, também conhecido como princípio do menor sacrifício do executado, “[...] não é mais do que desdobramento do princípio da proporcionalidade, que permeia todo o direito (não só o processual)”.

Existem inúmeras regras consumadas ou mesmo positivadas que buscam esse menor prejuízo ao devedor como: a) a nomeação à penhora do bem que faça menos falta ao devedor (artigos 655-656 do Código de Processo Civil, etc.); b) a remição de

¹⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002b. v. 1. p. 57-59.

²⁰⁰ Art. 620 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2007a).

²⁰¹ Dinamarco, 2002b, p. 57.

²⁰² Wambier, Almeida e Talamini, 2007, p. 145.

bens do executado por seus familiares; c) a imposição de cuidados indispensáveis para que se possa proceder à penhora mediante arrombamento (artigos 660 e ss do Código de Processo Civil), dentre outras.

Há uma preocupação do legislador brasileiro com um menor prejuízo possível ao devedor e também com a efetividade da tutela jurisdicional, portanto, deverá haver a observância dos dois valores e, caso haja qualquer tipo de conflito no emprego desses dois princípios deverá ser aplicado o método da ponderação dos princípios de acordo com a teoria de Alexy²⁰³.

²⁰³ Aplicaremos em casos concretos a fórmula de Alexy no capítulo 6.

CAPÍTULO 4

A PRISÃO COMO MEIO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

4.1 PRISÃO PENAL DA AUTORIDADE COATORA

Antes de adentrarmos no estudo da determinação da prisão como um mecanismo coercitivo, destacaremos a incidência de sanção ao descumprimento das decisões do mandado de segurança que acabam por conferir, indiretamente, a efetividade do processo, ou seja, analisaremos brevemente o cabimento da prisão penal.

Cassio Scarpinella Bueno²⁰⁴ traz a análise do art. 2º da Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966, que preceitua: “A autoridade administrativa ou judiciária que ordenar a execução de pagamento com violação das normas constantes do artigo anterior incorrerá nas sanções do art. 315 do Código Penal²⁰⁵ e pena acessória correspondente”.

Ainda que tal artigo se refira expressamente ao descumprimento da obrigação de pagar, nossa análise será válida na medida em que incidirão sanções que trazem certa efetividade à tutela jurisdicional.

E, ainda, o art. 3º da mesma lei dispõe que: A autoridade que deixar de cumprir o disposto no §2º do art. 1º incorrerá nas sanções do art. 317, §2º do Código Penal²⁰⁶ e pena acessória correspondente. Preceitua o §2º do art. 1º: Na falta de crédito, a

²⁰⁴ Scarpinella Bueno, 2007c, p. 294-297.

²⁰⁵ Art. 315 do Código Penal: Emprego irregular de verbas ou rendas públicas: “Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena: detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa” (BRASIL. *Código penal*. São Paulo: Saraiva, 2007b).

²⁰⁶ Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena: reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa (*Pena determinada pela Lei n. 10.763, de 12.11.2003*) § 2º: Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa (BRASIL, 2007b).

autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor.

Assevera o supracitado autor²⁰⁷, que tal dispositivo deixa ainda mais evidente a **mandamentalidade** da determinação proferida, ou seja, “[...] busca listar um outro mecanismo que, de alguma forma, possa *influenciar* a vontade do réu em acatar a decisão (ordem) jurisdicional que lhe é dirigida” (grifo do autor).

Na omissão da conduta prescrita, a autoridade responsável incorrerá no crime de corrupção passiva, sem prejuízo da aplicação de outras penas administrativas²⁰⁸.

É certo que quando há o descumprimento do provimento jurisdicional pela autoridade coatora, é cabível a incidência de sanções, sejam elas administrativas ou penais.²⁰⁹

Fernão Borba Franco²¹⁰ aduz que as disposições do artigo 461 do CPC têm grande importância, pois garantem ao juiz um poder muito maior de fazer valer as suas decisões.

O supracitado autor afirma que, caso a autoridade coatora não cumpra a decisão que lhe caiba, seja por liminar, seja por sentença, a doutrina tem apontado, como a solução existente no ordenamento, o enquadramento no crime de desobediência²¹¹.

²⁰⁷ Scarpinella Bueno, 2007c, p. 295-296.

²⁰⁸ Scarpinella Bueno (2007c, p. 296) inclui a esse rol, de aplicação de sanções administrativas, a sanção prevista no art. 12,III da Lei n. 8.429/92, Lei de Improbidade administrativa.

²⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e “execução indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, p. 49-59, out/dez. 1998.

²¹⁰ FRANCO, Fernão Borba. A execução da sentença “mandamental” e a obrigação de fazer: possibilidade de prisão como um meio coercitivo. In: SCARPINALLA BUENO, Cássio; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 358.

²¹¹ Medina (2004, p. 440) também acredita que o não cumprimento da ordem judicial poderá ensejar prisão penal por crime de desobediência.

Tal crime está previsto no art. 330 do Código Penal que preceitua: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena: detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.²¹²

No entanto, Fernão Borba Franco²¹³ acredita ser insuficiente tal solução, pois é imprecisa a caracterização do crime, uma vez que está tratando de agente público e não particular.

O ato poderia se encaixar no crime de prevaricação que estabelece: Art. 319 do Código Penal: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”.

Aduz, ainda, que existem muitas outras possibilidades de cabimento de sanções, podendo, caracterizar ato de improbidade administrativa, crime de responsabilidade dentre outros.

Para Eduardo Talamini²¹⁴ o descumprimento pela autoridade coatora do provimento jurisdicional que constitui verdadeira **ordem** é passível de se encaixar como crime de desobediência, justamente por tal provimento deter a eficácia **mandamental**.

O referido autor pondera que²¹⁵:

Ao se incriminar a prevaricação, busca-se tutelar o bom funcionamento da máquina administrativa, internamente considerada. Já a tipificação penal da desobediência destina-se a preservar a autoridade estatal no exercício de qualquer de suas funções.

²¹² O projeto de Lei nº 5.067- A de 2001, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências, em seu art. 26 traz a previsão de configuração do crime de desobediência “o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950, quando cabíveis” (BRASIL, 2007b).

²¹³ Franco, 2002.

²¹⁴ Talamini, 2001, p. 241.

²¹⁵ Talamini, 2001, p. 242.

Portanto, a determinação de prisão penal, como sanção ao descumprimento da decisão mandamental imposta pelo juiz, poderá se fundamentar em diversos artigos penais elencados pelo Código Penal como o que prescreve o crime de desobediência e o que prevê o crime de prevaricação²¹⁶, basta o enquadramento no tipo penal específico.

²¹⁶ Processo HC 12008 / CE HABEAS CORPUS 2000/0007538-8 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 06/03/2001 Data da Publicação/Fonte DJ 02.04.2001. Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. DESOBEDIÊNCIA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATIPIA. ATIPICIDADE RELATIVA. I - **A autoridade coatora, mormente quando destinatária específica e de atuação necessária, que deixa de cumprir ordem judicial proveniente de mandado de segurança pode ser sujeito ativo do delito de desobediência (art. 330 do C.P.)** (grifo nosso). A determinação aí, não guarda relação com a vinculação - interna - de cunho funcional-administrativo e o seu descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica). II - **A recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, por força de atipia relativa (se restar entendido, como dedução evidente, a de satisfação de interesse ou sentimento pessoal), configurar, também, o delito de prevaricação (art. 319 do C.P.)**. (grifo nosso) Só a atipia absoluta, de plano detectável é que ensejaria o reconhecimento da falta de justa causa. Writ indeferido. Processo MS 9366 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2003/0199656-6 Relator(a) Ministro LUIZ FUX Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 22/09/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 25.10.2004 Ementa: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VI, DO CPC. 1. Mandado de segurança visando direito já assegurado na via judicial sem qualquer demonstração de possível transgressão, mercê de pretender sustar o exercício de ação de cobrança, por parte da Administração, o que em última análise implica em vedar ao erário o acesso à Justiça, medida inviável através de qualquer espécie de ação, máxime em mandado de segurança. 2. Na hipótese sub examine sobressai que o direito instrumental visa à proteção, in casu, de um direito que não é nem líquido nem certo, porquanto cumpria ao requerente demonstrar a negativa do exercício de defesa do impetrante no processo administrativo, bem como a determinação de sua inscrição no SIAFI. 3. **In casu, verifica-se a existência de determinação judicial às fls.87/91 para que a autoridade pública se abstenha de inscrever o ora impetrante como inadimplente junto ao SIAFI, sendo certo que, o descumprimento do referido decisum, importa, potencialmente, em crime de desobediência previsto no Código Penal.** (grifo nosso) 4. Ademais, a decisão da autoridade coatora, que determinou o prosseguimento das providências a serem tomadas no âmbito administrativo, não se refere exatamente à inscrição do impetrante no SIAFI. Com efeito, do compulsar dos autos, sobressai inequívoca a ausência de qualquer determinação da Administração Pública que vise descumprir a ordem judicial com base no ato ora impugnado. 5. O Mandado de segurança - remédio de natureza constitucional - visa a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado, e por ter rito processual célere não comporta dilação probatória. 6. Dessarte, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de ser contemplado em norma legal, e restar indubitado (certo e incontestável). 7. Dependendo seu exercício de situações e fatos ainda indeterminados, o direito não enseja o uso da via da segurança, embora possa ser tutelado por outros meios judiciais. 8. Mandamus extinto sem julgamento do mérito (art. 267, inciso VI, do CPC) (BRASIL. Processo HC 012008. Trata-se de writ preventivo impetrado em favor dos Ilmos. Srs. Soraia Thomas Dias Victor e Ednilton Gomes Soares, respectivamente os Secretários de Administração e da Fazenda do Estado do Ceará, contra decisão do eminente Desembargador Relator do Mandado de Segurança nº 00.08045-3. Habeas Corpus nº 12.008 - Ceara (2000/0007538-8). Relator(a) Min. Felix Fischer Data: DJ 16.02.2000 Decisão Habeas Corpus nº 12.008 - CEARA (2000/0007538-8). Tribunal de Justiça do Estado do Ceara. Relator: Min. Felix Fischer Data: 2 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=012008&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=7>>. Acesso em: 20 dez. 2006c).

Ultrapassado o cabimento de eventuais sanções penais à autoridade coatora é mister analisarmos o cabimento da prisão civil como meio de coerção, já que o escopo é conferir efetividade ao cumprimento das decisões, independentemente do descumprimento gerar eventual sanção penal.

4.2 PRISÃO CIVIL DA AUTORIDADE COATORA

As decisões proferidas no mandado de segurança têm natureza preponderantemente mandamental ²¹⁷. Portanto, há, no proferimento dessas

²¹⁷ Barbi (1998. p. 49) afirma que o mandado de segurança tem conteúdo *variável*, dependendo da pretensão do autor. Se sua pretensão for a abstenção de um ato, como no mandado de segurança preventivo, a sentença terá eficácia condenatória. Se, por outro lado, visar à anulação de um ato administrativo que lesou o impetrante terá como eficácia a constitutiva. Por isso, para o supracitado autor, o mandado de segurança não pode ser classificado como uma tutela exclusivamente declaratória, constitutiva ou declaratória, pois dependendo do caso concreto será predominantemente uma ou outra. Em virtude desse pensamento, Celso Agrícola Barbi classifica o Mandado de Segurança como uma ação de cognição “[...] que exerce através de um procedimento especial da mesma natureza, de caráter documental, pois só admite prova dessa espécie, e caracterizado também pela forma peculiar da execução do julgado” (BARBI, 1998. p.50). Lucia Valle Figueiredo aduz que a sentença do mandado de segurança pode ser constitutiva, condenatória e, até mesmo, declaratória, em certos casos especiais. Por isso a citada autora não concorda com o acréscimo de sentenças mandamentais, porque o mandamento seria o objeto da própria sentença condenatória (FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 203). Para a autora terá o mandado de segurança eficácia condenatória, por exemplo, quando proíbe a concessão de medida liminar de mandado de segurança impetrado visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumentos e a extensão de vantagens (Lei n.º 4348/64, art.5º, *caput*). Ou, ainda, quando ao juiz é pedido que o comandante da polícia militar reintegre policial expulso da polícia por suspeita de crime doloso contra a vida. Neste caso, se o juiz entendesse precipitada a decisão do comandante, uma vez que se deve esperar o trânsito em julgado da decisão para a dispensa, tal sentença carregará uma carga condenatória muito grande, quando da reintegração. Terá eficácia constitutiva em quase todas as situações, já que o mandado de segurança tem o poder de modificar, extinguir ou criar relação jurídica ainda não existente. A autora, ainda, acrescenta que poderá ter natureza executória quando previr que a sentença que implicar em pagamento de atrasados, será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (arts. 906 a 908 do Código de Processo Civil) procedendo-se, em seguida, de acordo com o art.204 da Constituição Federal (Lei 5.021/66, art. 1º, §3º). E, por fim, poderá em todas as hipóteses apresentadas indicar certo grau de eficácia declaratória. Eduardo Talamini aduz que a sentença de procedência do mandado de segurança poderá veicular as eficácias: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e também a executiva *lato sensu* (Talamini, 2001, p. 235-236). Quanto à eficácia declaratória, o autor acredita que a sentença de procedência “reconhece, em cognição exauriente, o direito do impetrante”. Terá eficácia constitutiva “quando vier a anular ou tornar ineficazes atos de procedimentos estatais em curso”. A eficácia condenatória, para o autor, será dada quando o servidor público pleitear vencimentos referentes às parcelas vencidas entre a impetração e a concessão da segurança, ou seja, essa sentença de procedência funcionará como título executivo judicial. E já para as parcelas vencidas depois da concessão da segurança terá força mandamental. A eficácia mandamental, por sua vez, é a preponderante no mandado de segurança onde o “juiz *ordena* à autoridade coatora a adoção de determinada conduta. O descumprimento caracterizará afronta ao comando estatal”. E, por fim, a eficácia executiva *lato sensu* incidirá sempre que, para impor o cumprimento da ordem, “buscar-se-á a tutela através dos meios sub-rogatórios (e, sempre, sem prejuízo da responsabilização da autoridade que insistiu em descumprir a ordem)”.

decisões, a imposição de uma ordem com intuito de que a mesma seja imediatamente cumprida.

Ocorre que nem sempre esse mandamento é cumprido e quando isso ocorre a tutela mandamental se torna inócua e por isso é necessário que o magistrado imponha meios coercitivos para seu efetivo cumprimento.

O juiz necessita de implantar meios que o possibilite a obtenção do fim desejado, que é o cumprimento da decisão para a concretização do direito material buscado. Para isso, deverá se valer dos meios legítimos disponíveis na legislação, como a imposição de multa acima analisada.

A imposição de multa é aceita facilmente pela doutrina, porém a imposição de prisão civil à autoridade coatora atinge valores tidos como mais nobres e, por isso, é bastante criticada.

Ao analisarmos o cabimento da prisão civil para a autoridade coatora que descumpriu o ato, como meio de coerção psicológica, estamos tratando da prisão civil à pessoa física da autoridade coatora, uma vez que, no Brasil não é possível a imposição da pena de “prisão” à pessoa jurídica, salvo no crime ambiental, onde há a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, funcionando, portanto, como sanção penal e não como coerção civil.

Por conseguinte, essa prisão civil que nós retratamos não é sanção penal aqui já tratada, mas e sim um mecanismo de *coerção* e deverá incidir na pessoa física da autoridade coatora competente para o fazimento ou desfazimento do ato.

Sobre o cabimento de prisão civil à autoridade coatora que descumpriu a ordem do magistrado, existem duas correntes. A primeira delas é majoritária, não concordando com a prisão civil como um meio de coerção ao cumprimento das decisões

judiciais²¹⁸. Já um segundo posicionamento, acredita ser possível a imposição da prisão, por se tratar de mecanismo de coerção que visa a um fim maior: a efetividade no cumprimento das decisões proferidas pelos magistrados.

4.2.1 Argumentos contra o cabimento de prisão civil como meio coercitivo

Tão importante quanto o “fim” está o “meio” da realização de algo em um Estado Democrático e de Direito. A prisão civil caberá somente nos casos de depositário infiel²¹⁹ e nos casos de descumprimento de pagamento de pensão alimentícia, e não, na imposição de prisão como meio de coerção processual das demais obrigações²²⁰.

Com base em tais argumentos não há prescrição de prisão civil por coerção, na Constituição da República Federativa do Brasil que, ao contrário, em seu inc. LXVII, art. 5º, prevê: “[...] não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.²²¹

²¹⁸ A jurisprudência dos Tribunais Superiores é majoritária em não admitir a prisão civil para hipótese diversa daquela prevista na Constituição. Exemplo: HC 1.272.254-2 – 11.ª Cam. – j. 05.08.2004 – rel. Juiz Vasconcellos Boselli. Revista dos Tribunais, ano 94. v. 834, P. 206. abr 2005.

²¹⁹ Existe discussão doutrinária a respeito da possível inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. Não iremos discutir tal suspeita de inconstitucionalidade, pois não analisaremos as hipóteses de prisões civis já previstas no ordenamento e, sim, da hipótese de prisão civil como mecanismo de coerção. Odete Novais Carneiro Queiroz, apostando na defesa dos direitos humanos acredita que: “Essa importância da preservação da liberdade do cidadão, como um direito fundamental, vem sendo acolhida, através dos tempos, em todos os ordenamentos jurídicos que deixaram de lado a possibilidade de aceitar que o cidadão devedor pudesse ser compelido a pagamento, sob pena de ver seu direito de ir e vir sacrificado” (QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão civil e os direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 116).

²²⁰ Scarpinella Bueno (2007a, p. 303) traz a idéia que a ordem de prisão civil, nos casos de não pagamento de pensão alimentícia, caberá quando o devedor não pagar e nem justificar porque não pagou, assim, prevalecerá a ordem de prisão e não a autorização para perseguir no patrimônio do devedor o equivalente monetário. Nesse caso, se fosse requerida à incidência de alguns meios de sub-rogação a tutela deixaria de ser mandamental para ser executiva lato sensu, sendo descontado o valor devido em folha de pagamento, ou tutela condenatória no caso de penhora do automóvel do devedor para sua alienação oportuna.

²²¹ Há certa polêmica sobre a amplitude do termo “depositário” sobre a exceção se estender aos diversos tipos de depósito. Não discutiremos tal amplitude, pois não faz parte de nosso objeto de estudo.

E, ainda, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por restringir mais esse rol, proibindo a prisão civil para depositário infiel. Mas, agora já volta a discutir tal possibilidade.²²²

Além da Constituição da República Federativa do Brasil prever a proibição da prisão civil por dívida, o Pacto São José da Costa Rica, incorporado pelo Direito interno brasileiro também traz em seu art. 7º, 7 tal restrição: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”²²³.

²²² Posição exposta também no julgamento do Habeas Corpus nº 90172 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min.GILMAR MENDES Julgamento: 05/06/2007, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 17-08-2007 PP-00091, EMENT VOL-02285-04 PP-00672, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EMENTA: Habeas Corpus. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. **Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE nº 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel.** 4. Superação da Súmula nº 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC nº 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar. Habeas Corpus -Em votação unânime, a Segunda Turma do STF deferiu pedido de HC 90172 em favor M.A.A., responsável pela guarda de 87,5 mil quilos de aço galvanizado. Com a decisão, fica revogada prisão decretada pela acusação de depositário infiel desse material. A votação seguiu voto do relator, ministro Gilmar Mendes. Segundo ele, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel. HABEAS CORPUS 90.172-7 SÃO PAULO RELATOR: MIN. GILMAR MENDES COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 68584 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA R E L A T Ó R I O O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC/90172 - Habeas Corpus. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=90172&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 fev. 2007f).

²²³ Há uma discussão muito grande sobre como os Tratados de Direitos Humanos poderiam ser incorporados no Direito interno brasileiro. E para tal explicação existem três correntes: (a) como Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º) ou (b) como Direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP) ou (c) como Direito constitucional (essa é a posição doutrinária fundada no art. 5º, § 2º, da CF) ou, por último, (d) como Direito ordinário (antiga posição da jurisprudência do STF). Não entraremos nessa discussão, pois nos desviaremos do nosso objeto de estudo. GOMES, Luiz Flávio. Prisão civil, tratados de direitos humanos e as antinomias com a lei e com a Constituição. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1472, 13 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10142>>. Acesso em: 20 set. 2007.

Destarte, há suficiente previsão legal de que é proibida qualquer nova hipótese de prisão civil por dívida, mesmo que o fim seja a coerção e que o escopo seja prestigiar a **efetividade da tutela jurisdicional**. O “fim” que se busca com a coerção psicológica é o cumprimento da decisão. No entanto, para essa corrente, esse fim não pode ser obtido através de um “meio” ilegítimo, uma vez que a Constituição Federal não prevê tal possibilidade.

José Miguel Garcia Medina²²⁴ reforça a corrente que acredita na impossibilidade da prisão civil para o descumprimento das obrigações impostas pelo juiz. Argumenta o autor que a prisão por não pagamento de dívida alimentícia também é um meio de coerção, já que o devedor, mesmo sendo preso, não se livra da obrigação de pagar. Assim, a prisão civil por dívida alimentícia não é uma sanção, mas, um mecanismo coercitivo. Portanto, se a Constituição da República Federativa do Brasil previu, expressamente, a prisão civil por dívida alimentícia e excluiu as outras, significa que as demais não são cabíveis.

Outro argumento é a *lex poetelia papiria* (428 a.c) que retirou do corpo do devedor a execução no Direito Romano. Recorda Ivan Aparecido Ruiz que, desde então, a execução passou da pessoa do próprio devedor para atingir seu patrimônio. E, nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro também tem prestigiado a **execução real**, pois esta execução é que recai sobre a coisa, por isso a adoção do princípio da responsabilidade patrimonial²²⁵.

²²⁴ Medina, 2004, p. 461-462.

²²⁵ RUIZ, Ivan Aparecido. A prisão civil por dívidas e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 5, p. 247-248, jan./jun. 2005.

4.2.2 Argumentos a favor ao cabimento de prisão civil como meio coercitivo

Uma segunda corrente, contudo, acredita ser possível a prisão da autoridade coatora como meio de coerção.²²⁶

Luiz Guilherme Marinoni²²⁷ sustenta que a Constituição Federal, ao preceituar tal regra, estava tratando de outro tipo de prisão, que não a civil como meio coercitivo, pois previu que não poderia haver *prisão por dívidas pecuniárias*, e não por qualquer outro tipo, já que, em seu texto, consta a expressão “[...] não haverá prisão civil *por dívida*”²²⁸, salvo [...]”. (grifo do autor).

E assim elucida:

Caso a intenção fosse a de proibir toda e qualquer prisão, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, não haveria como explicar a razão pela qual deu *conteúdo* à prisão civil, afirmando que ‘não haverá prisão *por dívida*’. O entendimento de que toda e qualquer prisão está proibida implica em retirar qualquer significado da expressão ‘dívida’ (grifo do autor).

Para o supracitado autor a interpretação de tal regra deve ser elevada em nível dos direitos fundamentais, e completa:

Se é necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio – e assim considerar um direito fundamental –, é absolutamente indispensável

²²⁶ Magalhães (2000) resume as previsões existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel nos seguintes pontos: a) o inc. LXVII do art. 5º da Constituição [...] estaria em contraste com a Convenção, a ela sobrepondo-se; b) a Convenção contém norma de caráter geral e, assim, pelo princípio de que norma geral não revoga lei especial, nem por esta é revogada (art. 2º, § 2º, da LICC), continuaria vigente a norma especial que regula a prisão do depositário infiel, no caso da alienação fiduciária em garantia (Dec.-lei 911/69); c) o que se proíbe é a prisão por não pagamento de dívida e não a prisão como meio para impedir que o depositário se furte a entregar o bem a ele confiado (MAGALHÃES, José Carlos de A prisão do depositário infiel: um ilícito internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 771, p. 76-86, jan. 2000).

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipada da tutela*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006c. p. 268.

²²⁸ Medina (2004, p. 462) contradiz tal idéia, argumentando que “Realmente, o que a Constituição Federal veda, expressamente, é a prisão civil *por dívidas*, nada referindo, textualmente, ao descumprimento de decisão judicial. *Data vênia*, contudo, pensamos que mesmo assim a vedação constitucional se impõe, pois a decisão a ser descumprida determina o cumprimento *de um dever jurídico oriundo de lei ou de contrato*), razão pela qual, admitindo-se a prisão civil na hipótese, esta acabará ocorrendo em razão de tal dever, e não em virtude do descumprimento da decisão judicial.

*permitir o seu uso para a efetividade da tutela dos outros direitos fundamentais*²²⁹ (grifo do original).

Refutando tal explicação, Eduardo Talamini²³⁰ traz um argumento forte, asseverando que se essa fosse a regra “[...] como explicar que uma das duas exceções previstas na norma – a do depositário infiel – não envolve prisão por dívida pecuniária?”. E com base em tal constatação, acredita que a Constituição Federal ao vedar a prisão civil estava tratando de **qualquer** tipo de prisão civil.²³¹

4.2.3 Argumentos que compõe uma corrente intermediária

Uma ponderada observação foi feita por Marcelo Lima Guerra²³² sobre como estabelecer a definição da expressão “prisão **por dívida**” e assim, entender a regra prescrita na Constituição Federal. Acredita o supracitado autor que, quando a Carta Magna adotou o termo **dívida**, relacionou ao termo dois significados: dívida como “obrigação civil” e dívida como “obrigação de pagar quantia certa”. Com tal afirmação, as correntes poderiam atingir pontos opostos, pois a Constituição ao adotar o termo **dívida** como “obrigação civil” estaria por completo vedando a imposição da mesma como meio de coerção. Mas, se por outro lado, a Constituição adotou o termo **dívida** como “obrigação de pagar quantia certa” não estará vedada a prisão civil da autoridade coatora, por exemplo.

Podemos resumir a idéia de Marcelo Lima Guerra²³³ com o seguinte trecho:

O que é certo, e infelizmente não foi plenamente compreendido pela doutrina, é que tal *ambigüidade não pode ser ignorada e, o que é mais grave, não pode ser resolvida no plano meramente semântico*. Isto quer dizer que não é possível, *in abstracto*, tomar como significado “exato” ou mesmo o “mais correto”, para a expressão “dívida”, *nenhum dos dois acima indicados*. Assim, a compreensão do inc. LVII do art. 5º da CF requer uma *decisão interpretativa explícita e fundamentada*, pois, do contrário, resultará *arbitrária* a aplicação de tal norma, quer para vedar, quer para autorizar a prisão civil fora dos casos ali referidos (grifo do autor).

²²⁹ Marinoni, 2006c, p. 268.

²³⁰ Talamini, 2003, p. 301-304.

²³¹ Ver também de Talamini, 1998.

²³² Guerra, 2003, p. 134-137.

²³³ Guerra, 2003, p. 136.

Entretanto, apesar da observação do autor de que é necessária a avaliação de tal ambigüidade existente, o mesmo acredita ser “racionalmente justificada” a interpretação do termo “dívida” como “obrigação de pagar quantia”, já que está adequada à teoria dos direitos fundamentais e está “materialmente justificada” pela proteção que garante, por exemplo, o direito fundamental à tutela efetiva, com a devida ponderação no caso concreto ²³⁴.

Assim, Marcelo Lima Guerra ²³⁵ entende também ser legítima a imposição de prisão por coerção, quando esta for a única forma de se garantir o cumprimento da obrigação ²³⁶.

Concordamos com tal afirmação, uma vez que não consiste em uma afirmação categórica sobre a vedação, ou não, da prisão civil como meio de coerção, e sim, consiste em afirmação de ser “racionalmente justificada” diante do direito fundamental à tutela efetiva.

Acreditamos que o legislador constitucional quis sim proteger o direito de liberdade de ir e vir que é direito fundamental da pessoa humana, mas, que uma vez estipuladas exceções, permitiu que o sopesamento de outros valores, também tidos como fundamentais, fosse da mesma forma permitido.

Portanto, somos por uma posição intermediária. Isso porque a primeira corrente sustenta que a Constituição Federal vedou qualquer tipo de prisão civil, exceto as na Constituição Federal expressas enquanto a segunda corrente defende que a Carta Magna vedou somente a prisão **por dívida** e, no nosso entendimento, não há uma posição absoluta, adotando uma *ou* outra corrente.

Consideramos ser necessário a seguinte ponderação: quando há uma norma-regra que proíbe a prisão civil, salvo em algumas situações, é nítido que a regra é “não há prisão civil” e a exceção é “há prisão civil em determinado caso”. Por isso, em casos

²³⁴ Guerra, 2003, p. 136.

²³⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 245-246.

²³⁶ Neste sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 270.

extremos, como a do depositário infiel e do devedor de pensão alimentícia, são normatizadas hipóteses de “exceções”. E quais serão esses valores com tamanha importância que constituem exceções a uma regra tão protegida? Sem aprofundarmos na discussão, podemos afirmar que o inadimplemento de uma obrigação alimentícia afronta um forte valor: a vida, já que alguém está sendo privado dos provimentos essenciais para sua existência. Quanto ao depositário infiel, a alguém foi imposta a obrigação de guardar, conservar o bem alheio e depois entregar, mas ao contrário apropriou-se dessa coisa, descumprindo, portanto, a obrigação. Aqui, se protege o cumprimento da obrigação.

Por que, então, não possibilitar a prisão civil como meio de coerção, no caso de descumprimento de obrigações que envolvam valores tidos como capitais, se há a prisão para os casos acima citados?

E, ainda, não estamos tratando aqui de imposição de prisão civil até o cumprimento da obrigação, como acontece no caso de descumprimento do pagamento da obrigação alimentícia. Ao contrário dessa idéia, que soa como “punição”, queremos discutir a hipótese de imposição da prisão apenas para a coerção. Portanto, se com a decretação da prisão, não houver o cumprimento da decisão imposta, então, entendemos que será dever do juiz partir para a imposição de outro meio coercitivo, como acontece na imposição da multa, pois esta não incide indeterminadamente, e sim, somente dentro do espaço de tempo que o juiz entenda causar coerção. Se a medida continuar sendo descumprida, deverá ser imposto outro tipo de coerção.

Não é possível afirmar que haja proibição expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, da prisão civil como meio de coerção ao descumprimento da decisão judicial e nem o contrário.

Para fundamentar a eventual decretação da prisão civil, nesses casos, podemos utilizar, além das regras relativas à **efetividade da tutela** jurisdicional como direito fundamental, novamente o próprio art. 461, § 5º do Código de Processo Civil.

No citado artigo, é conferido ao juiz o poder de aplicar qualquer medida, desde que necessária, para a efetivação das decisões impostas, pois o legislador optou por exemplificar alguns tipos de medidas possíveis, e não, por exaurir o rol de imposição de medidas necessárias.

Sobre o art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni²³⁷ aduz que comprovam a superação do princípio da tipicidade, pois para que se garanta uma prestação jurisdicional efetiva “é indispensável não apenas procedimentos e sentenças diferenciados, mas também que o juiz tenha amplo poder para determinar a modalidade executiva adequada ao caso concreto”.

Cristiano Chaves de Farias²³⁸ afirma que:

Nesta linha de idéias, é preciso realçar os matizes da técnica de ponderação de interesses como importante critério de afirmação dos valores constitucionais e da própria efetividade da norma maior. É que a norma constitucional (normas-regras e normas-princípios) reclama efetividade e a técnica de ponderação de interesses (ou proporcionalidade) apresenta-se como mecanismo para materializar a legalidade constitucional. Ao ponderar diferentes valores, afirma-se a relevância da norma constitucional, conferindo cores mais nítidas à necessária dignidade humana.

4.2.4 Medidas Legítimas e Necessárias

Faz-se importante a indagação: Será necessária e legítima a imposição de prisão à autoridade coatora que descumpriu a ordem do juiz?

Para a primeira corrente essa ponderação não precisa ser feita, porque há uma escolha na Constituição Federal das hipóteses em que caberá a prisão civil e não há opção no caso concreto, portanto, não será legítima. Ou ainda, tal limite nem precisaria advir da Constituição Federal, e sim, da própria redação do citado

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 127, p. 58, set. 2005.

²³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Prisão civil por alimentos e a questão da atualidade da dívida à luz da técnica de interesse: uma leitura constitucional da Súmula 309 do STJ: o tempo é o sr. da razão*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 26, n. 26, p. 7-29, abr./jun. 2006.

parágrafo 5º, quando faz referência às **medidas necessárias**, porque o principal é o cumprimento da obrigação, e não, a punição, porquanto não seria “necessária”.

A segunda corrente, entretanto, entende ser legítima e necessária a prisão da autoridade. Legítima porque a Constituição da República Federativa do Brasil não proibiu tal mecanismo de coerção e, ainda, o Código de Processo Civil permite o uso de mecanismos necessários para a imposição do cumprimento da decisão. E necessária porque, de outro modo, não se obteve o resultado esperado, isto é, não houve o cumprimento da decisão com a imposição de outros meios coercitivos. Por isso, esta corrente aposta na cominação da prisão após a tentativa em vão da imposição de vários outros meios de coerção.

Luiz Guilherme Marinoni²³⁹ diz que a doutrina “[...] não pode ver na norma constitucional que proíbe a prisão por dívida uma porta aberta para a expropriação de direitos fundamentais para o homem”. Continua explicando que uma interpretação, de acordo com a nova hermenêutica constitucional, não pode retirar do fato prisão por coerção apenas coisa negativa, isto é, há de se olhar o objetivo da medida aplicada.

Se analisarmos a questão de choque entre princípios, a interpretação dada por Marcelo Lima Guerra²⁴⁰ é que:

A solução de um conflito entre princípios é sempre dependente de uma situação concreta, seja porque (a) o próprio princípio sempre ocorre *in concreto*, seja porque (b) deve-se levar em consideração tanto a importância *in abstracto* da realização de cada princípio em conflito, como também (e principalmente) a interferência (restrição) que a realização de cada um deles impõe ao outro.

Concluimos também que essa análise só poderá ser feita em cada caso concreto e por isso, não é uma posição radical, haja vista afirmarmos ser possível permitir a imposição da prisão como coerção psicológica para o cumprimento da decisão

²³⁹ Marinoni, 2006c, p. 269.

²⁴⁰ Texto tirado de um roteiro de aula de GUERRA, Marcelo Lima. **Princípios constitucionais do processo**. Disponível em: <www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/principios_constitucionais.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2007.

proferida, com fundamento no art. 461§ 5º do Código de Processo Civil²⁴¹, **apenas** nos casos em que outros meios impostos não se mostraram eficazes. Portanto, consideramos que essa medida deverá ser imposta, caso seja infrutífero o cumprimento através de outras coerções, como a multa. E, **ainda**, somente se o “valor” em jogo, depois de uma análise concreta, for verificado como extremamente importante de ser tutelado. A finalidade principal da coerção é o cumprimento da decisão, e não, a violação de direito fundamental, mas, se este direito for “menor” que o valor fundamental em jogo, deverá então ser afastado.

Marinoni faz uma ressalva importante quando afirma²⁴²:

Lembre-se de que a prisão apenas pode ser usada quando a decisão não exigir dispêndio de dinheiro e depender do exclusivo comportamento da parte. Além disso, somente pode ser utilizada quando nenhum outro meio de execução se mostrar capaz de dar efetividade à decisão judicial. Como a prisão civil é um meio executivo e esse não pode se desprender do caso concreto, é a motivação que viabiliza o controle da decisão judicial.

Adverte o autor que o juiz deverá fundamentar o porquê da sua opção por determinado meio coercitivo, já que hoje não vigora mais o princípio da tipicidade dos meios executivos. “O equívoco da **justificativa** é que evidenciará a ilegitimidade da escolha do juiz, e assim que a sua atividade não ficou contida nas advertências das regras da ‘adequação’ e da ‘necessidade’”²⁴³.

Por fim, deduzimos que: a) não está expressamente vedada a hipótese de prisão civil como meio de coerção, uma vez que se pode dar à Constituição diferentes interpretações, indagando o que o legislador *quis dizer* ao estipular **prisão por dívida**, de acordo com a tese que se deseja sustentar, mas o fato é que o texto constitucional traz a expressão **por dívida** e também algumas exceções, por isso possibilita discussões e diferentes interpretações; b) o próprio art. 461 do Código de Processo Civil traz a possibilidade da implantação de medidas necessárias ao cumprimento da decisão, então, não estaríamos analisando uma regra **proibida**; c) haverá necessidade de se aplicar primeiro todos os meios possíveis de coerção que

²⁴¹ BRASIL, 2007a.

²⁴² Marinoni, 2006c, p. 273.

²⁴³ Marinoni, 2007, p. 29.

o juiz entender como legítimos e necessários para o cumprimento, antes de aplicar a prisão; d) os valores, que estão em jogo, devem ser analisados em cada caso concreto e não possibilitar o cabimento, ou não, da prisão para toda e qualquer situação. Só estamos discutindo a **possibilidade** de tal cabimento, e não, a total liberação.

4.2.5 Um exemplo concreto

Um caso recente de decretação da prisão civil, como meio de coerção, gerou grande repercussão entre os capixabas ²⁴⁴.

O secretário estadual de Saúde do Espírito Santo, Anselmo Tose e o gerente de Assistência Farmacêutica da secretaria, Sílvio César dos Santos foram presos durante oito horas, no dia 14-5-2007, por descumprimento de ordem judicial que determinava fornecimento, em 24 horas, de um medicamento dispendioso e em falta no sistema de saúde.²⁴⁵

Sem maior análise sobre o caso, podemos perceber que tal medida não foi a mais correta, uma vez que a decretação da prisão civil foi imposta como a única alternativa de que dispunha o juiz.

²⁴⁴ Informação SECRETÁRIO é preso por não fornecer remédio. *Jornal da Globo*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL36648-5598,00.html>>, Acessado em: 7 out. 2007.

²⁴⁵ Afirmou a Polícia Federal do Espírito Santo que o secretário descumpriu uma determinação judicial para que a Secretaria Estadual da Saúde fornecesse, gratuitamente, um medicamento de alto custo para uma paciente portadora de câncer no cérebro. Anselmo Tose e Sílvio César dos Santos foram levados pelos agentes federais para a Superintendência da Polícia Federal, em São Torquato, Vila Velha. O juiz da Vara da Justiça Federal de Colatina, Flávio Roberto de Souza, responsável por tal imposição afirmou: “O objetivo dessa prisão foi garantir o fornecimento pelo Estado de um remédio muito caro para uma criança de 5 anos que está com um tumor cerebral e que se encontra em um estado bastante grave. O prazo dado pela Justiça foi de 24 horas e o Estado não cumpriu esse prazo. Quase dez dias após a decisão judicial nada foi providenciado, por isso que a prisão foi decretada”. De acordo com a assessoria de imprensa do governo, já há uma equipe na cidade para realizar a entrega dos medicamentos e parte do medicamento foi conseguida de forma solidária, na rede particular, junto ao Hospital Santa Rita, e encaminhada à Vara da Justiça Federal de Colatina com o pedido de revogação da ordem de prisão (SECRETÁRIO, 2007).

Não acreditamos que a prisão civil deva ser utilizada dessa maneira, pois existem, à disposição do juiz, outras medidas menos gravosas que poderiam vir a ser suficientes. E caso não fossem, então, poderia o juiz se utilizar de tal coerção.

É necessário que a **efetividade da tutela jurisdicional** seja sempre almejada, mas tal concretização deve ser buscada com um mínimo de proporcionalidade e observando as particularidades do caso concreto.²⁴⁶

4.3 PONDERAÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE IR E VIR

Para ponderarmos sobre o princípio da liberdade de ir e vir e, corretamente, avaliarmos sua preponderância em eventual choque com o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, faz-se importante destacar algumas de suas características.

4.3.1 Características do conteúdo do princípio

Para Celso Ribeiro Bastos²⁴⁷, “[...] é pela locomoção que o homem externa um dos aspectos fundamentais da sua liberdade física. Circular consiste em deslocar-se de um ponto para o outro. Em um sentido amplo, contudo, deve incluir o próprio direito de permanecer”.

José Afonso da Silva²⁴⁸ aduz que a liberdade de locomoção se explicita em duas situações: uma é a liberdade de locomoção no território nacional e a outra é a liberdade de a pessoa entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair com seus bens.

²⁴⁶ Falamos em particularidades do caso concreto, pois seguindo a concepção de Alexy (2002) é assim que a ponderação de valores deve ser realizada. Analisaremos no capítulo 6, que em um outro caso concreto, a prisão civil foi comprovadamente a medida certa a ser tomada.

²⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo, 2001. p. 210.

²⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 237.

Desses dois direitos nascem muitos outros, como o direito de circular, de migrar, de emigrar, permanecer, etc. O **direito de ir e vir** está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, XV, que preceitua: “[...] é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Tal norma-princípio está inserida na Constituição Federal como direito fundamental, já que está localizado no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos). Assim sendo, representa uma norma jurídica de grande peso e proteção dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A **efetividade da tutela jurisdicional** e a **liberdade de ir e vir** configuram valores importantes para o ordenamento, haja vista estarem previstos entre os direitos e garantias fundamentais.

Quando falamos na preponderância de um valor sobre o outro, isto é, na escolha pelo magistrado de um dos dois valores em choque, haverá necessidade de ponderação entre tais princípios em cada caso concreto²⁴⁹. Consideramos a fórmula do peso criada por Alexy um correto mecanismo de auxílio a tal análise.

²⁴⁹ Aplicaremos a fórmula do peso de Robert Alexy entre os princípios da *liberdade de ir e vir* e da *efetividade da tutela jurisdicional* em um dado caso concreto no capítulo 6.

CAPÍTULO 5

A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

5.1 INTRODUÇÃO SOBRE O TEMA

Após a análise sobre o cabimento da multa e da prisão civil, como meios coercitivos que visam ao cumprimento da obrigação imposta pelo magistrado, abordaremos a possibilidade de intervenção judicial como um meio que garanta uma maior efetividade na concretização do direito material pleiteado.

Ao mencionarmos o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil, constatamos que tal preceito possibilita o juiz determinar “medidas necessárias” para que haja a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Isto é, foi conferido ao magistrado o poder de empregar qualquer medida que entenda ser necessária para possibilitar a realização do direito.²⁵⁰

O preceito legal traz um rol exemplificativo, pois não esgota a previsão dessas medidas, haja vista que, na menção a uma delas, existe a expressão “tais como”. Assim, fica claro que é apenas um rol enumerativo, cabendo ao juiz, de acordo com sua imaginação, criar medidas quaisquer, desde que necessárias e legítimas, para possibilitar a efetivação da medida.

Cândido Rangel Dinamarco ²⁵¹ assegura que o legislador: “Na exemplificação, tipifica algumas medidas cabíveis, “tais como” a busca-e-apreensão, remoção de pessoas e coisas, *etc.*, mas não enuncia com isto algum suposto rol exaustivo das condutas permitidas ao juiz”.

²⁵⁰ BRASIL, 2007a.

²⁵¹ Dinamarco, 2002a, p. 607.

Para Eduardo Talamini²⁵², com base nessas medidas exemplificativas, o juiz poderá adotar medidas atípicas coercitivas ou sub-rogatórias.

Por conseguinte, sabemos ser possível o emprego de outros meios que sejam atípicos, mas que tenham o escopo de aumentar as alternativas dos juizes, buscando uma maior efetividade no cumprimento das decisões.

Assim, traremos da incidência de meio sub-rogatório, diferentemente das análises feitas até então, pois, no presente caso, não haverá a pressão psicológica, para que o próprio devedor cumpra a obrigação imposta, como ocorre nas hipóteses de incidência dos meios coercitivos. Ao contrário, haverá a intervenção de terceiro a fim de que este realize a obrigação no lugar do devedor originário.

5.2 A FIGURA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

É com o pensamento em criar novos meios que garantam a efetividade das decisões judiciais e, principalmente, na possibilidade do emprego de meios sub-rogatórios nas decisões do mandado de segurança, que tentaremos entender a figura do interventor e, posteriormente, fazer uma analogia com o oficial *ad acta* do direito italiano.

Marcelo Lima Guerra²⁵³ traz, em sua obra, a figura do “interventor”, quando noticia sobre a intervenção judicial, prevista pela Lei Antitruste n.º 8.884/94.

Assevera o autor que o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer encontra grandes dificuldades, quando o devedor é uma pessoa jurídica. E tais dificuldades são ainda maiores, quando o conteúdo dessas obrigações é preenchido por realizações mais complexas, que não poderiam ser tuteladas por meios sub-rogatórios de execução.²⁵⁴

²⁵² Talamini, 2001, p. 238.

²⁵³ Guerra, 2003, p. 122-126.

²⁵⁴ Guerra, 2003, p. 122.

Porém, argumenta sobre a possibilidade da utilização de técnicas sub-rogatórias que possibilitem uma substituição apropriada e determinante do devedor por uma atividade imposta pelo órgão jurisdicional a um terceiro (o chamado interventor), para que este “[...] possa **cumprir e fazer cumprir quaisquer prestações, mesmo e principalmente as mais complexas e de caráter continuativo, que caberia ao mesmo devedor realizar**”.²⁵⁵

Eduardo Talamini²⁵⁶ resume claramente a função do chamado interventor:

- 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 práticas 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.

Como poderemos utilizar a intervenção judicial na efetividade do cumprimento das decisões?

No caso de descumprimento de decisão judicial, em que o devedor é a pessoa jurídica, a Lei 8.884/94²⁵⁷, trazendo a figura do “interventor”, em seu Capítulo II, preceitua, no artigo 69, que o juiz decretará a intervenção na empresa, quando necessária, para permitir a execução específica, nomeando um interventor, sendo necessário que tal decisão seja fundamentada e que estejam indicadas as atribuições do interventor. Prevê também que, se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar a colaboração do interventor, o juiz determinará que este assumam a administração total ou parcial da empresa (art. 74, § 2º do referido diploma legal).

²⁵⁵ Guerra, 2003, p. 123.

²⁵⁶ Talamini, 2003, p. 275.

²⁵⁷ BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1994/8884.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

Nessa perspectiva, o juiz poderá substituir o verdadeiro devedor para realizar a obrigação até então descumprida.

Ressalta Marcelo Lima Guerra²⁵⁸ que:

Neste sentido, é oportuno esclarecer que a intervenção judicial não consiste, obrigatoriamente, numa verdadeira “administração judicial” de toda a empresa, através da ação de terceiro, nomeado interventor. Através dela, a intervenção, 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 mesmo essas atividades serem pontuais e de caráter isolado, no conjunto daquelas normalmente desempenhadas pela mesma empresa.

A Lei Antitruste prevê a intervenção de um terceiro, nomeado pelo juiz, para concretizar o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer imposta (e sua extensão para as obrigações de entrega de coisa), assim como, há no Código de Processo Civil, nos artigos 634 e ss, a possibilidade da prestação ser realizada por terceiro. Porém, diferente da Lei Antitruste, o Código de Processo Civil permite que o juiz, a *requerimento do exeqüente*, imponha a terceiro a realização da obrigação. A referida Lei, contudo, prevê que o juiz, diante do descumprimento, determine a intervenção para que esse terceiro intervenha na pessoa jurídica a fim de permitir a execução específica.²⁵⁹

Aduz o mencionado autor: “[...] é possível à utilização da intervenção judicial em pessoa jurídica, sempre que ela se revelar mais oportuna do que a “execução por terceiro”.²⁶⁰

A mesma lei traz a previsão de crimes de resistência, desobediência ou coação no curso do processo, previstos nos artigos 329, 330 e 344, todos do Código Penal, para aqueles que se opuserem ou obstaculizarem a intervenção decretada, ou

²⁵⁸ Guerra, 2003, p. 124.

²⁵⁹ A Lei 11.382 de 06/12/06 alterou vários dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos (BRASIL. Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase= 2&codigoDocumento= 255048>>. Acesso em: 10 mar. 2007c).

²⁶⁰ Guerra, 2003, p. 125.

praticarem algum ato que anule a intervenção já finalizada e ainda se desobedecerem às ordens do interventor²⁶¹.

5.2.1 A decretação de intervenção judicial no procedimento do mandado de segurança

Tentando transportar para nosso objeto de estudo tal mecanismo de efetivação, acreditamos que a decretação de intervenção judicial se encontra extremamente adequada, quando temos a pretensão de trazer a efetividade para as decisões proferidas em mandado de segurança. Por isso, figurando a pessoa jurídica como ré, seja pessoa jurídica de direito público, ou pessoa jurídica de direito privado nas atribuições do Poder Público, e havendo o descumprimento da decisão, poderá o magistrado decretar a intervenção judicial em sua administração.

O mandado de segurança é uma ação que tem como escopo a realização do bem *in natura*. Assim sendo, é necessária a possibilidade de incidência da intervenção judicial, como meio sub-rogatório direto para a execução da tutela específica, para a concretização do direito material pleiteado.

É sabido que, no procedimento do mandado de segurança, são cabíveis as normas jurídicas que não o contrariarem. A intervenção judicial, por seu turno, não contraria as normas referentes ao *writ*, pelo contrário, corrobora com a celeridade e eficiência da concessão da segurança, porquanto, com a opção da intervenção judicial, o juiz poderá ter ao seu alcance um outro meio de fazer valer a sua decisão. Se à determinada pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, em atribuição do

²⁶¹ Resistência Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio: Pena: detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos. § 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa: Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. Desobediência Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena: detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa. Coação no curso do processo Art. 344. Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral: Pena: reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência (BRASIL, 2001b).

Poder Público, foi imposta uma obrigação, seja essa obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa e essa não foi cumprida, o juiz, analisando a situação no caso concreto, poderá optar por esse outro meio, como o mais eficaz para o cumprimento da medida.

Uma segunda justificativa é exatamente o rol enumerativo do art. 461, §5º, já discutido, que não permitiria a vedação de aplicação de tal medida, uma vez que ao juiz é permitida a implantação de meios atípicos em nome da efetivação da tutela específica.

Marcelo Lima Guerra²⁶² também faz o estudo da intervenção judicial nas execuções contra o poder público e afirma que:

Revela-se, assim, de extrema conveniência o uso, também no âmbito das execuções contra o Poder Público, e guardadas as devidas proporções, desse novo meio de execução direta das obrigações de fazer, a *intervenção judicial*. Graças à sua grande adaptabilidade tal meio executivo está apto a satisfazer prontamente qualquer obrigação de fazer em face do Poder Público, sobretudo aquelas que consistam não na realização de um serviço simples, mas no desempenho de atividades dentro do próprio âmbito da pessoa jurídica de direito público executada.

Aparentemente não haveria óbice à aplicação da intervenção judicial para realização da tutela específica do mandado de segurança. No entanto, há uma grande proteção a um outro argumento utilizado que seria a interferência à “autonomia dos poderes” ou ao também chamado princípio da “separação dos poderes” que poderia frear tal cabimento.

5.3 PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes é uma norma jurídica que pode frear a autêntica execução contra o Poder Público, pois “a utilização de medidas executivas

²⁶² Guerra, 2000, p. 61-80.

sempre implica em *substituição* do Poder Público pelo Poder Judiciário, o que violaria a separação dos poderes”²⁶³.

Porém, é necessário analisarmos tal norma-princípio para entendermos porque a execução forçada contra o Estado não violará a separação dos poderes, seja quando tratarmos do mecanismo de sub-rogação em análise, seja em qualquer outra hipótese trazida no Código de Processo Civil²⁶⁴.

5.3.1 Características do conteúdo do princípio

Não fará parte da nossa análise a perspectiva histórica do princípio em comento, pois essa demandaria uma pesquisa fora do objeto de nosso estudo. Faremos tão somente uma sucinta referência, a fim de que possamos, posteriormente, sopesar tal princípio em eventual choque com o princípio da efetividade das decisões judiciais.

O princípio da separação dos poderes está previsto no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, que assim dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Tal princípio está entre os princípios fundamentais e constitui um valor de muito peso dentro da nossa Carta Magna.²⁶⁵

José Afonso da Silva²⁶⁶ afirma que:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e de novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e deste com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-

²⁶³ Guerra, 2000, p. 61-80.

²⁶⁴ Demos mais destaque princípio dentre todos os por nós apontados (princípio da menor onerosidade possível e princípio da liberdade de ir e vir), porque pode ser usado para frear qualquer tipo de execução forçada contra o Estado. Mas, estudá-los-emos na análise da intervenção judicial, pois é mecanismo que mais caracteriza, em tese, tal violação.

²⁶⁵ BRASIL, 2006a.

²⁶⁶ Silva, 2006, p. 108-109.

se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes* (grifo do autor).

Participando do mesmo pensamento, Américo Bedê²⁶⁷ acrescenta: “[...] não podemos pretender importar um modelo estrangeiro de separação de poderes sem a correta verificação de sua compatibilidade com as peculiaridades pátrias”.

Não podemos analisar, atualmente, a “separação dos poderes” com a mesma concepção que foi criada, pois quando esse princípio se afirmou, dentro da história, vigorava o tempo da figura do monarca soberano. Naquele tempo, era preciso garantir a proteção contra a soberania absoluta do monarca e, por isso, os princípios concebidos geravam tanto radicalismo, caso contrário, não cumpririam seu papel de proteção.

Mas, como salienta Marcelo Lima Guerra²⁶⁸ :

Por outro lado, logo começou-se a perceber que uma tal interpretação rígida do princípio da separação dos poderes não era só inviável na prática, como também terminava por se revelar contraditória com outros princípios de importância transcendental, nomeadamente, o princípio da supremacia da constituição e o da submissão do próprio Estado à lei e ao direito. Assim, por inspiração, sobretudo norte-americana, veio a ser adotada uma interpretação mais elástica do princípio da separação dos poderes, segundo a qual o que se visa a preservar, com tal princípio, é a concentração total de duas ou mais funções em um só órgão, permitindo-se uma certa distribuição dessas mesmas funções entre os três poderes. Ao lado disso, se buscou também construir um sistema de freios e contrapesos (“checks and balances”) entre os órgãos aos quais incumbia o exercício predominante, mas não exclusivo de cada função, viabilizando a realização de um controle recíproco entre eles.

E completa afirmando que a nova compreensão sobre o princípio da separação dos poderes permitiu o surgimento do *judicial review*, ou seja, a existência do controle judicial sobre os atos normativos e, conseqüentemente, dos atos administrativos.

Como analisar o princípio da separação dos poderes atualmente? Confiamos que a resposta está no emprego condicional de tal norma-princípio.

²⁶⁷ BEDÊ, Américo. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 36.

²⁶⁸ Guerra, 2000, p. 61-80.

5.3.2 O “Princípio da Separação dos Poderes Condicional”

Atualmente o princípio da separação dos poderes se mostra mais eficazmente exercido nos ordenamentos jurídicos em todo o mundo. Entretanto, tal princípio, como todo princípio fundamental, não é e nem deve ser absoluto.

É certo que a separação dos poderes trouxe a proteção de se evitarem abusos de um poder sobre o outro. Na sua concepção, essa feitura era extremamente necessária, já que vigorava o tempo em que existia a figura do monarca, que detinha para si todos os poderes do Estado.

Tal princípio, portanto, trouxe uma evolução muito grande para o exercício harmônico das funções do Estado e assim era necessário.

Porém, Charles D. Secondat Montesquieu²⁶⁹ ao propor a divisão dos poderes o fez visando ao bem comum da nação e não à soberania dos poderes como um fim em si mesmo. Ele deixa muito claro em sua obra, *L'Esprit des Lois* (O Espírito das Leis), que os poderes devem cooperar entre si e o que devem e podem fazer em relação ao outro. O objetivo principal de Montesquieu não era a separação dos poderes no sentido jurídico do termo, e sim, proporcionar à sociedade um equilíbrio de forças, condição da liberdade política. Como diria o autor, o Estado é livre, quando o Poder limita o Poder.

Ao esboçar os traços de uma teoria constitucional, Montesquieu pormenoriza os limites, os deveres e a cooperação esperada entre cada um dos poderes, tendo sempre em vista a organização de um Estado livre e nunca subjugado por nenhuma de suas forças constituintes. O Poder Legislativo deve manter uma postura de vigilância sobre o Executivo, examinando em que medida as leis foram corretamente aplicadas. O Judiciário, atuando como uma força invisível, constitui-se no intérprete das leis, despersonalizado e sem iniciativa, no que se teme a magistratura, e não, os magistrados.

²⁶⁹ MONTESQUIEU, Charles D. Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

O que garantiria essa “soberania condicional” dos três poderes seria a constante tensão entre seus limites. Caso se extinguisse a interferência nos pontos em que suas atribuições se tangenciam eles se converteriam em poderes despóticos, completamente refratários à crítica e a interferências, fadados à hipertrofia de suas prerrogativas e tornando-se nocivos à liberdade e ao equilíbrio das forças dentro de uma sociedade livre.

Por isso, hoje há de se fazer uma leitura ampla do valor “fim” que traz tal princípio. Não se pode conceber a separação dos poderes como sendo absolutos entre si. Se assim fosse, estaríamos retrocedendo na evolução, já que, em lugar de se garantir a perfeita ordenação e vigilância do poder monárquico absoluto, está-lo-íamos substituindo este poder por três formas absolutas de poder, a saber, o legislativo, o judiciário e o executivo absolutos.

A própria definição do princípio da separação dos poderes demanda que seja possível algum tipo de abertura, caso contrário, não seria “separação dos poderes”, “absolutismo dos três poderes”.

Deste modo, propomos, apenas para análise, a terminologia “Princípio da Separação dos Poderes Condicional”, pois é preciso deixar claro que tal separação não é absoluta, uma vez que deve ser condicionada à harmonia da concretização dos preceitos classificados como “fundamentais” dentro do ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, quando houver necessidade de contrastá-lo com outro direito fundamental.

Assim afirma Marcelo Lima Guerra²⁷⁰ :

Ao contrário, o sentido da separação dos poderes vigentes entre nós não apenas em nada obsta, como também *impõe* ao órgão jurisdicional o poder-dever de, exercendo o controle jurisdicional da Administração Pública, prestar a tutela jurisdicional devida ao caso concreto, e isto significa não apenas *reconhecer a existência de direitos subjetivos* (tutela declaratória, assim como *satisfazê-los concretamente* (tutela executiva).

²⁷⁰ Guerra, 2000, p. 61-80.

Contudo, o princípio da separação dos poderes não poderá ser utilizado como argumento contra a execução forçada do poder público, mas deverá ser respeitado dentro da sua concepção e limites.

5.3.3 Análise da separação dos poderes e da intervenção judicial

A análise Trazendo tal análise ao objeto de nosso estudo, podemos afirmar que, quando houver um choque entre duas normas-princípio, e o magistrado estiver ponderando, por exemplo, a **efetividade da tutela jurisdicional** com o princípio da separação dos poderes, como tem sido por nós discutida, existirão situações em que será mais “valioso” preservar a “separação dos poderes” e outras em que será necessário resguardar a “efetividade da tutela jurisdicional”. Não há uma prevalência pré-determinada de uma norma-princípio sobre a outra e sim a necessidade de uma análise particular e determinante.²⁷¹

A separação dos poderes configura uma norma-princípio muito forte dentro do ordenamento jurídico brasileiro e ocupa lugar de cláusula pétrea (art. 2º e 60, § 4º inc. III da CF/88), mas a efetividade da tutela executiva configura um direito fundamental que também está protegido pelo mesmo artigo 60 § 4, no inc. IV da Constituição Federal e, por isso, há de se levar em conta e ser respeitada.²⁷²

A intervenção judicial em determinada pessoa jurídica de direito público não representaria categoricamente violação à regra da separação dos poderes. Isso porque se tal intervenção fosse possível em “pessoa jurídica”, como prevê a Lei nº 8.884/94²⁷³, também seria possível a intervenção contra pessoa jurídica de direito público.

²⁷¹ É importante ressaltarmos que nossa função não é propor uma nova nomeação ao princípio ou de afirmar que o mesmo não deva ser restritamente observado e sim, tão somente, destacar a sua fragilidade, comum a todos os princípios (inclusive o princípio à vida) diante da análise da ponderação dos valores em conflito em cada caso concreto. Devemos, assim, fazer uma interpretação sistemática, analisando o sistema como um todo para garantirmos o devido respeito a todos e a cada um dos princípios fundamentais.

²⁷² BRASIL, 2006a.

²⁷³ BRASIL, 1994.

A Constituição da República Federativa do Brasil²⁷⁴ prevê, em seu art. 5º, LXXVIII e §1º, a imediata aplicação de regras que garantem a celeridade da aplicação das decisões judiciais e, assim, a estatua com “direito fundamental”. O Código de Processo Civil prevê no seu art. 461 § 5º que será aplicável qualquer medida necessária possível de trazer efetividade para o cumprimento das decisões judiciais e, ainda, a Lei do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51) a todo tempo destaca a celeridade de seu procedimento (art. 10,17, 18 dentre outros²⁷⁵).

Assim, se de um lado o princípio da separação dos poderes pesa, de outro, o princípio da efetividade possibilita um contrapeso.

A separação dos poderes não pode servir como um escudo para o cumprimento das decisões judiciais²⁷⁶. Ainda mais por se tratar de descumprimento da fazenda pública. Esta, ao contrário, deveria ser a mais exímia cumpridora de suas obrigações e das decisões do poder judiciário.

Luiz Guilherme Marinoni²⁷⁷ aduz que:

²⁷⁴ BRASIL, 2006a.

²⁷⁵ Lei n.1.533/51. Art. 10. Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora.

Art. 17. Os processos de mandado de segurança terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*. Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator.

Parágrafo único. O prazo para a conclusão não poderá exceder de vinte e quatro horas, a contar da distribuição (BRASIL. Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/manlei1533.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2007).

Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

²⁷⁶ Marcelo Lima Guerra, in *Execução Contra o Poder Público*. Revista de Processo, ano 25, outubro-dezembro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000 p. 61-80 faz menção à substitutividade como característica da jurisdição e assevera que a atividade jurisdicional é uma atividade de substituição: “Com as medidas executivas, repita-se, o órgão jurisdicional não estará exercendo nem atividade administrativa, nem legislativa, e sim, cumprindo a mais clara e inequívoca atribuição da função jurisdicional. Assim, é o próprio princípio da separação dos poderes que submete quer o poder Legislativo, quer o Poder Executivo à atividade, sempre substitutiva, do órgão jurisdicional destinada a atuar em última instância o ordenamento jurídico. Negar essa possibilidade, em favor de uma suposta prerrogativa de algum poder constituído, isso sim é um flagrante e intolerável violação ao princípio da separação dos poderes, tal como positivado no ordenamento constitucional brasileiro”. P. 69.

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 70.

Impedir-se ao Poder Judiciário o uso de seus poderes implícitos fere o *princípio da separação dos poderes*. É precedente perigoso, que poderá, numa seqüência de lógica nefanda, obstruir-lhe quem sabe o direito à cognição de algumas espécies de lesões a direitos, o que, lamentando-se a sombria, mas necessária constatação, verificou-se em nossa história de não muito tempo atrás.

Se, em determinado caso, depois de todas as análises e cuidados possíveis e após a aplicação de outros meios coercitivos (como a fixação de multa) ou sub-rogatórios, chegou-se à conclusão de que a intervenção judicial resolveria a situação, a intervenção não pode ser poupada, se o valor em tela pesar mais na ponderação feita pelo magistrado.

Portanto, sabemos que nem um dos dois princípios contém um valor maior que o outro. Ambos são essenciais, “fundamentais” para garantir a harmonia no sistema jurídico brasileiro e a análise deverá ser feita em cada caso concreto, com a devida ponderação dos valores.

Concluimos que a solução do conflito se dará com a ponderação trazida por Robert Alexy²⁷⁸, como já abordado, pois assim teremos o sopesamento de cada princípio em análise.

Nuno Peçanha²⁷⁹, em um ponto de seu profundo exame de vários dos desdobramentos que decorrem do tema, assevera: “É clássica a associação entre direitos fundamentais e separação dos poderes, lapidarmente estabelecida no art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão [...]”. E tal artigo preceitua: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição”.

É sabido que tanto a separação dos poderes, quanto à garantia dos direitos fundamentais são essenciais em um Estado Democrático de Direito. E é, exatamente, por esse motivo, que não poderemos falar em preponderância absoluta

²⁷⁸ Alexy, 2002.

²⁷⁹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 185.

de uma norma-princípio sobre a outra e, sim, na harmonia entre eles e eventual ponderação no caso concreto.

Américo Bedê²⁸⁰ aduz que será um “[...] arrematado absurdo apontar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais, uma vez que tal interpretação aniquila a efetividade (correta aplicação) da separação dos poderes”. E, mais adiante completa: “Tal releitura busca, especialmente, redimensionar a função judicial na materialização da Constituição”.

Devemos ter em mente que²⁸¹:

[...] é indispensável vislumbrar, no princípio da separação das funções, não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição”.

Com a análise da Lei Antitruste, e entendida a sua aplicação em outras hipóteses, que não sejam em execuções judiciais das decisões do CADE, podemos perceber que, ao cumprimento efetivo das decisões judiciais vêm sendo, intensamente, buscadas novas soluções ou aprimoramento nas já existentes, a fim de que haja máxima efetividade e, assim, cumprimento das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

E por isso, não se deve deixar de se buscar a aplicação de determinado “fim”, como a **efetividade da tutela jurisdicional**, por estar muitas vezes, supostamente, violando a “separação dos poderes”. Há de se fazer a análise em cada caso concreto.

5.4 O INTERVENTOR BRASILEIRO E O COMISSÁRIO AD ACTA ITALIANO

Após a análise da figura do interventor no direito brasileiro e da defesa da sua sobrevivência, frente ao princípio da separação dos poderes, tentaremos fazer uma analogia ao mecanismo de intervenção presente no Direito italiano.

²⁸⁰ Bedê, 2005, p. 38-39.

²⁸¹ Bedê, 2005, p. 45.

É preciso deixar claro que trouxemos a figura dessa intervenção estrangeira apenas para exemplificar com base em uma analogia ao instituto já existente. Não temos a pretensão de esgotar a análise de tais institutos e nem afirmar que tal hipótese se aplicaria ao direito brasileiro tal qual existe no Direito italiano, por respeito ao modelo do ordenamento jurídico.

Traçaremos, portanto, uma analogia entre a figura do “interventor” do direito brasileiro com o comissário *ad acta* do direito italiano, para uma análise conjunta de institutos com características semelhantes.

5.4.1 Introdução da idéia do comissário *ad acta* do Direito italiano

5.4.1.1 Unicidade ou dualidade de jurisdição

Antes de entrarmos em qualquer análise dentro do ordenamento jurídico italiano e, principalmente, se tal análise for referente a elementos dos tribunais administrativos italianos, é mister que tratemos das diferenças entre as espécies de jurisdições²⁸², para assim abordarmos sobre a figura do comissário *ad acta*, senão tal estudo ficará sem o devido embasamento e, portanto, difícil será a sua compreensão.

²⁸² Gualazzi (1986, p. 113-134) fez um grande estudo sobre a existência dos dois tipos de jurisdição (una e dual) em sua obra “Justiça Administrativa”. Quando analisa o sistema de jurisdição inglês, começa sua abordagem citando o princípio da *una lex, una jurisdictio* (GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 113- 134). Esse princípio caracteriza o sistema de jurisdição inglês ou sistema de *controle judicial*, como vem sendo chamado, pois nessa jurisdição cabe ao poder judiciário “dizer o direito” em matéria administrativa, atribuindo, aos próprios órgãos do aparelhamento judiciário, o conhecimento e a decisão das matérias administrativas. Em uma lenta evolução, a Inglaterra conseguiu inserir em seu aparelho judiciário todas as espécies de litígios, englobando os conflitos administrativos. Para Santos Neto (2003) o sistema de jurisdição única foi adotado pela Inglaterra por ficar bem caracterizado a divisão dos três poderes, pois se há tal divisão que define as funções de cada poder, cabendo ao poder judiciário a função de “dizer o direito” no caso concreto, não haveria de se excluir da apreciação do mesmo aos conflitos de matéria administrativa (SANTOS NETO João Antunes dos. Unicidade e dualidade de jurisdição. *Revista da escola Paulista da magistratura*, v. 2, n. 4, p. 132, jul./dez. 2003). Podemos definir, como principal característica de tal sistema, o fato de todo e qualquer litígio existente entre a Administração e o particular, nos países que adotam o sistema inglês, dentre eles o Brasil, serem dirimidos pelo Poder Judiciário. Este poder, no sistema *anglo-saxônico*, pode conferir decisões conclusivas (*final enforcing power*).

Existem dois sistemas de jurisdição: o sistema da dualidade da jurisdição ou chamado sistema francês, também classificado como contencioso administrativo. E o sistema da jurisdição una, ou sistema inglês, também chamado de sistema do controle judicial.

O sistema contencioso administrativo tem origem remota no direito romano.²⁸³ Mas, nos séculos XVIII e XIX, já existia com um modelo semelhante ao atual que foi implantado, primeiramente, na França e depois difundido por alguns países, havendo a implantação de duas ordens jurisdicionais: uma Justiça Administrativa Autônoma e uma Justiça Judiciária Independente.²⁸⁴

Já o sistema judiciário ou da jurisdição única teve sua origem na Inglaterra, expandindo-se para os Estados Unidos da América do Norte, Bélgica, México, Brasil, dentre outros. Esse sistema foi criado por vontade dos ingleses, quando em 1701, pelo *Act of Settlement*, o Poder Judiciário passou a ter independência em relação ao Poder Legislativo (parlamento) e do administrativo (rei), surgindo, assim,

²⁸³ BOCCANERA, Ney da Fontoura. O contencioso administrativo. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 37-38, p. 186, mês, ano

²⁸⁴ O sistema do Contencioso Administrativo surgiu na França com a divisão da atribuição do poder de julgar em órgãos judiciários e órgãos administrativos. Esse é chamado sistema de jurisdição dupla ou sistema francês e se rebate ao citado sistema inglês. Como o próprio nome diz, o sistema de jurisdição dupla é o sistema que comporta duas instituições com poderes jurisdicionais. Tal modelo "institui aparelhamento próprio e distinto para o julgamento de litígios do *Direito Comum* para o conhecimento exclusivo de causas exorbitantes e derogatórias daquele *Direito* (comum) informados por princípios não privatísticos de Direito Público" O sistema de jurisdição dupla teve início na França, sendo resultado de uma grande disputa da monarquia entre o parlamento, que na época detinha funções jurisdicionais, e os intendentes que representavam as administrações locais (Santos Neto, 2003, p. 138). Podemos verificar, segundo a ressalva do citado autor, que, desde os primórdios, a Monarquia francesa impossibilitava o judiciário de ficar encarregado de tomar todas as decisões, haja vista deixar aos juízes mais próximos do corpo administrativo estatal às matérias de conteúdo administrativo, enquanto cabiam aos outros juízes (nunca esses juízes eram os mesmos) as demais questões jurisdicionais, o que caracterizava que a jurisdição na França nem mesmo nasceu única. O sistema de jurisdição dual é composto por diversos órgãos. Dentre estes se destacam o Tribunal Administrativo e o Conselho de Estado. Este último é dividido em duas seções: a administrativa e a contenciosa. Seus juízes gozam das mesmas prerrogativas dos juízes do Poder Judiciário. Quando há conflito de competência entre as duas esferas a questão é resolvida pelo Tribunal de Conflito cuja composição é mista (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Contencioso administrativo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 8, n. 31, p. 126-130, jul./set.1983). Assim, todos os Tribunais administrativos estão direta ou indiretamente subordinados ao Conselho de Estado, que por sua vez faz o papel de juízo de cassação (*judge de cassation*), juízo de apelação (*judge d'appel*) ou excepcionalmente como juízo originário e único de alguns litígios administrativos, já que possui inteira jurisdição em matéria administrativa (Santos Neto, 2003, p. 142). Atualmente o Conselho de Estado funciona como 2º grau de jurisdição, enquanto o primeiro é composto pelos Tribunais Administrativos.

a jurisdição única, haja vista na jurisdição “dúplice” ser o Poder Executivo também responsável pelo julgamento de determinadas matérias²⁸⁵.

Gisela Zilsch Fagundes²⁸⁶ conceitua o sistema da jurisdição una como sendo “[...] aquele no qual todos os conflitos, todos os litígios sejam eles de natureza exclusivamente privada, sejam eles de natureza administrativa são resolvidos judicialmente pela justiça comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário”.

Duplicidade de jurisdição, por sua vez, consiste em um sistema de distribuição de justiça que comporta um aparelhamento paralelo ao Poder Judiciário, com a função de encarregar litígios em que a Administração está em conflito com o administrado, em matérias administrativas²⁸⁷.

5.4.2 Sistema do contencioso administrativo italiano

Para analisarmos o comissário *ad acta* italiano é importante fazermos algumas considerações sobre os tribunais administrativos italianos, já que tal interventor ocupa lugar nos tribunais administrativos italianos, e, não em seus tribunais judiciários.

Partindo da análise feita por Giuseppe Chiovenda²⁸⁸ sobre a existência dos Tribunais Cíveis e Tribunais Administrativos, podemos destacar alguns pontos mais importantes.

Como foi analisado no item 5.4.1.1, existem dois tipos de divisão de competências nos diversos ordenamentos jurídicos. A primeira divisão diz respeito ao sistema de jurisdição una adotada no Brasil, entre outros países, onde cabe apenas ao poder judiciário a competência de solucionar eventuais conflitos entre o particular e a

²⁸⁵ Boccanera, 188.

²⁸⁶ FAGUNDES, Gisela Zilsch. Do contencioso administrativo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 2, jul./dez. 1977.

²⁸⁷ Santos Neto, 2003.

²⁸⁸ Chiovenda, 1965, p.133-145.

administração (APÊNDICE). A segunda divisão se refere à jurisdição dual que existe, por exemplo, na Itália, cabendo a dois órgãos jurisdicionais a competência de solução de controvérsia, sendo que um deles tem a exclusiva competência para solucionar conflitos que envolvem a participação da Administração Pública.

Giuseppe Chiovenda²⁸⁹ começa o estudo desse tema, lembrando que é possível a relação do Estado com o particular, por isso existe a probabilidade de haver o conflito e, conseqüentemente, litígio da Administração contra o particular, ou o conflito do particular contra a administração. O segundo conflito é mais comum, uma vez que a Administração carrega alguns poderes e regalias e acaba por prevenir eventuais outros conflitos que, por ventura, pudesse ter com o particular, como a expropriação de bens particulares por utilidade pública, o seqüestro de bens, dentre outros.

Esses conflitos, portanto, entre o particular e administração divide o autor em duas pretensões. A primeira é a pretensão de alguma coisa devida pela administração e a segunda é a reação contra uma pretensão que a administração atua contra ele.

Na Itália, esses processos se dividem em tribunais civis ordinários e também nos tribunais especiais administrativos.

Expõe o autor que o conflito existente entre o cidadão e a Administração é resolvido na Itália, dependendo do direito material tutelado, tanto pela autoridade judiciária ordinária quanto pelos tribunais administrativos.

Nesse tipo de conflito, a autoridade judiciária ordinária se responsabiliza pela tutela dos direitos civis e políticos. No entanto, tal órgão não detém muitos poderes, pois não podem sequer anular um ato administrativo ilegal. Podem, tão somente, condenar a Administração ao ressarcimento de danos.

²⁸⁹ Chiovenda, 1965.

Os tribunais administrativos, ao contrário, detêm um poder mais amplo, não obstante serem compostos por magistrados estranhos à ordem judiciária²⁹⁰, porque podem conhecer em algumas situações até mesmo em situação de mérito (sobre a oportunidade e equidade do ato administrativo impugnado), enquanto o poder judiciário só controla a legalidade. E, também, porque podem proteger inteiramente o direito lesado pela Administração, expedindo o requisitado ato administrativo, diferente do Brasil, uma vez que aqui só poderá o juiz anular o ato viciado, reconhecer o direito à reparação do dano e, quando possível, por mandado de segurança, ordenar a autoridade administrativa a fazer, não fazer ou entregar algo.

A autoridade judiciária ordinária, no Brasil, portanto, engloba a competência dada aos tribunais administrativos existentes no sistema do Direito italiano²⁹¹.

Pode-se perceber que o “contencioso administrativo” italiano se difere do contencioso administrativo francês, uma vez que, na Itália, a matéria administrativa poderá ser julgada pelo tribunal ordinário de acordo com o bem jurídico por eles

²⁹⁰ Tais Tribunais são representados pelo Conselho de Estado, exercendo função jurisdicional e pelas Juntas Provinciais Administrativas que conhecem, em 1º grau de jurisdição, as questões locais (“interesse legítimo”). Para entender o que é “interesse legítimo” Chiovenda (1965, p. 131-135) desenvolve um raciocínio que nos remota aos tipos de atividade que podem ser desenvolvidas pela Administração, que poderão ser: regulamentada e discricionária. Para a nossa observação, nos interessa a atividade regulamentada. Nesta, a vontade da lei que impõe à Administração fazer ou não fazer poderá ter dois objetos: pode impor respeito a um direito do cidadão, por exemplo, o cidadão pode requerer algo que lhe seja pertencente. Assim, fará valer um direito seu absoluto que a administração terá o dever de obedecer. Mas, será possível a restrição desse direito, quando a lei assim permitir como no caso de uma expropriação. O segundo objeto é quando a vontade da lei impõe, especialmente, à Administração determinada prestação. Do mesmo jeito que a prestação poderia ser devida por um particular tal cidadão poderá pretender tal direito. Precisar apenas de identificá-lo. No entanto, se a Administração for devedora de uma prestação como um “poder”, precisará individualizar tal direito. É certo que a lei que impõe à Administração uma prestação, poderá garantir um bem a determinado indivíduo ou tão somente à coletividade, onde neste último (bem à coletividade) não poderá o cidadão requerer como titular de um direito, mas pode ter interesse, seja como membro da coletividade seja como indivíduo.

Essa atividade da administração possibilita a distinção entre direito e interesse. Mas, ressalta o autor que o interesse como contraposto ao direito pode envolver diversas coisas. O autor diferencia três tipos de interesses e nenhum deles pode ser considerado um direito. O interesse genérico é aquele interesse em que o cidadão, como membro da sociedade, pode ter na construção de um bem para a coletividade. Haverá o interesse genérico como observância da lei pela Administração. Tal interesse não é direito. Existe também o “interesse legítimo” (este é o que nos interessa nesta fase do estudo). Quando há um interesse lícito que coincide com a norma de lei, mas não é por esta garantido. Este interesse favorece a norma por via reflexa, que também não configura direito. Assim, explica que não é direito qualquer interesse lícito, não garantido por lei nem coincidente com qualquer norma.

²⁹¹ Chiovenda, 1965, p. 131-132.

ofendido ou pela natureza da proteção jurisdicional que se pretenda. Por isso dizer que tal contencioso é *sui generis*. Assim, além de tal competência concorrente, o contencioso administrativo italiano detém competência exclusiva nos julgamentos de litígios que envolvam a relação entre funcionários públicos e a administração ²⁹².

Para Eduardo Lobo Botelho Gualazzi²⁹³, a Itália adota um sistema misto, pois “[...] admite a possibilidade de legislação ordinária atribuir competência à jurisdição ordinária para decidir litígios relativos a atos da Administração Pública, no tocante a direitos subjetivos como a interesses legítimos”. Assim, o contencioso administrativo da Itália não tem a atribuição de julgar todos os litígios que tenham como parte a Administração e, por isso seria um sistema intermediário, uma vez que se difere do contencioso administrativo francês.

Entretanto, conclui Paulo Roberto de Gouvêa Medina²⁹⁴, acerca das atribuições da justiça administrativa, que de acordo com a Constituição Federal da Itália fica assim estabelecido²⁹⁵:

²⁹² Medina, 1983, p. 128.

²⁹³ Gualazzi, 1986, p. 54.

²⁹⁴ Explica Chiovenda que antes de 1865 vigorava em os diversos Estados Italianos instituições que estabeleciam que a decisão das controvérsias não meramente civis entre a Administração e particulares era confiada a tribunais especiais que têm de fato caráter jurisdicional, embora inserido na Administração. No entanto, foi preciso unificar as regras e, assim, houve uma reforma no sistema italiano que acabou por definir que as questões sobre direitos propriamente ditos, mesmo de natureza pública, quando de interesse da administração fossem matéria da jurisdição ordinária. Daí derivou um sistema de leis sobre a justiça administrativa (CHIOVENDA, 1965. p. 134-135). Eduardo Lobo Botelho Gualazi explica claramente como se deu a extinção do contencioso administrativo da Itália e depois o seu retorno (GUALAZZI, 1986, p. 51-76). Em 20 de março de 1865 entrou em vigor a Lei nº 2.248, que foi denominada como “lei de abolição do contencioso administrativo” (esta lei continua fundamentando o contencioso administrativo na Itália). Porém, aboliu os tribunais especiais investidos de jurisdição administrativa. Houve uma alteração e coube ao juiz ordinário julgar todos os litígios que eram de competência desses tribunais. Mas, havia, ainda, muito descontentamento e foram editadas outras leis para reformar algumas situações. No fim do século XIX aumentou-se a preocupação de proteção do particular em face ao Poder Executivo e a edição de várias leis possibilitou a consolidação de um Texto Único nº 6166 em 2 de junho de 1889. A evolução do “contencioso administrativo” continuou. Foi instituída a Quinta Seção do Conselho do Estado que possibilitou a retomada da jurisdição do mérito. E a jurisprudência possibilitou que fossem legalmente atribuídas competências ao contencioso administrativo para conhecer e julgar conflitos relativos a direitos subjetivos mesmo que não se tratasse de matéria exclusiva do Tribunal Administrativo, quando a matéria versar sobre questões prejudiciais ou incidentais necessárias à decisão principal de mérito sobre matéria administrativa, que ficou consolidado em Textos Únicos, vigentes até os dias atuais (Saber mais detalhes do histórico do contencioso administrativo no texto Gualazzi (1986, p. 51-76).

²⁹⁵ Medina, 1983, p. 128.

a) jurisdição da autoridade judiciária sobre os litígios relativos a direitos lesados por atividade ilegítima da Administração Pública; b) jurisdição geral de legitimidade do Conselho de Estado sobre litígios atinentes a interesses legítimos; c) jurisdição especial de mérito e especial exclusiva (sobre direitos e interesses) do Conselho de Estado em matérias determinadas; d) jurisdições especiais de outros colégios administrativos em matérias taxativamente fixadas em lei [...].

5.5 GIUDIZIO DE OTTEMPERANZA

Depois de analisarmos o sistema de jurisdição na Itália, criamos o ambiente necessário para falarmos de um mecanismo de efetividade existente no Direito Italiano: o *giudizio de ottemperanza*. Após esse estudo, ponderaremos a utilidade da apropriação de seus fundamentos, em nossa busca pela efetividade das decisões proferidas em mandado de segurança.

5.5.1 A nomeação de um comissário *ad acta*

Podemos dizer que a existência do *giudizio de ottemperanza* é um mecanismo implantado, na Itália, em matéria administrativa. Porquanto, não temos o objetivo de importação ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como é na Itália, por todas as diferenças existentes em ambos os ordenamentos.

No entanto, a busca por criação de mecanismos de efetivação serve de modelo para elaborarmos meios com a mesma intenção: a efetividade. E fazendo uma analogia ao interventor brasileiro, poderemos reforçar nossa proposta de implantar tal mecanismo no cumprimento de decisões contra a Fazenda Pública, ou seja, no procedimento do mandado de segurança.

Na Itália, existe a figura do *giudizio de ottemperanza*. Mas, o que representa tal mecanismo? *Giudizio* pode ser traduzido como “juízo”, ou melhor, “julgamento” e *ottemperanza* significa “obediência”, “submissão” ou “sujeição”.²⁹⁶

²⁹⁶ Tradução nossa.

No que se deduz, de um modo superficial e literal, que o *Guidizio de ottemperanza* é uma espécie de “juízo de obediência”, em que o juiz ordena que determinada pessoa cumpra e este assim procederá.

Desde logo, percebemos uma semelhança com a sentença do mandado de segurança, já que este tem a característica de impor uma ordem a alguém. Mas, qual será a peculiaridade de tal instituto?

Bruno Sassani²⁹⁷ explica, em artigo escrito para *Rivista di Diritto Processuale*, ser o instituto do *guidizio de ottemperanza* um mecanismo utilizado no Tribunal Administrativo Regional, que concede ao particular a possibilidade de, ocorrendo o inadimplemento da obrigação proferida pelo juiz, poder “impugnar” a decisão e, através da nomeação de um comissário *ad acta*, obrigar a Administração a cumprir a determinação imposta, pois será esse comissário quem agirá dentro da Administração, dotado de poderes para tanto e atuará em substituição da pessoa competente.

Assevera o autor que, por qualquer coisa que faça, “[...] o comissário fica sempre como um auxiliar do juiz, enquanto cumpre, por sua vez e no interesse dele, funções que o juiz poderia decidir de não delegar; funções, porém que, uma vez delegadas, não admitem outro controle que aquele peculiar de quem delegou” (tradução nossa)²⁹⁸.

Extraímos das observações do autor que o comissário *ad acta* nomeado terá o poder de fazer tudo aquilo que for possível ao juiz-administrativo fazer. Por essa razão, a nomeação de tal “interventor” causa a formação de um “órgão extraordinário da administração”, que proporcionará tal comissário a exercer uma atividade funcionalmente jurisdicional.

²⁹⁷ SASSANI, Bruno. Sul commissario all' ottemperanza quale organo dell' esecuzione forzata. *Rivista di Diritto Processuale*, anno XLVVII, n. 4, p. 1143-1169, otto./dic. 1992.

²⁹⁸ Sassani, 1992, p. 1160: “[...] il commissario resta sempre un ausiliario del giudice, in quanto compie, in sua vece e nel di lui conto, funzioni che il giudice potrebbe decidere di non delegare affatto; funzioni, però, che, una volta delegate, non ammettono altro controllo che quello precipuo del delegante”.

Afirma o autor ²⁹⁹:

Naquilo que cabe ao juiz, e do qual o juiz investe ao comissário, não pode, na passagem de um a outro órgão, mudar de natureza: o comissário faz aquilo que poderia abstratamente fazer o juiz; ele não tem – a rigor – um só fragmento de poder a mais de quanto cabia ao seu autor. Qualificando então o comissário (empenhado na obra de complemento e de inserção do episódio no ciclo da atividade pública) *órgão extraordinário da administração*, irá operar-se uma classificação meramente descritiva e com respeito à circunstância que, na divisa do administrador, ele desenvolve uma atividade funcionalmente jurisdicional (tradução nossa).

Mas, é preciso destacar a ressalva feita por Bruno Sassani ³⁰⁰, ao mencionar que, apesar de entender o *guidizio de ottemperanza*, como um mecanismo necessário para a efetivação da medida, é preciso que o desenvolvimento do juízo de obediência deva adaptar-se às regras do contraditório.

E completa afirmando que ³⁰¹:

É notável que o juiz que nomeie o comissário *ad acta* é, na sua veste de órgão judiciário, autorizado a pôr em existência uma atividade voltada a dar satisfação à pretensão do recorrente (vitorioso e insatisfeito) nos limites em que ele mesmo é convidado (e legitimado) a extrair da sentença que será praticada.

O procedimento de nomeação de um terceiro no Direito italiano é um procedimento de execução forçada, que de um lado unifica, em uma comum organização e em uma disciplina complexa, atos e atividades variadas, rendendo-as instrumentais à realização do resultado perseguido e garantido do ordenamento. Por outro lado, a execução (entendida como fenômeno processual) **dobra** a disciplina ordinária das

²⁹⁹ Sassani, 1992, p. 1160: “Ora, quel che spetta al giudice, e di cui il giudice (per sole ragioni di praticità) investe il commissario, non può, nel passaggio dall’uno all’altro organo, cambiar natura: il commissario fa quel che potrebbe astrattamente fare il giudice; egli non ha – a rigore – un solo frammento di potere in più di quanto spettava al suo dante causa. Qualificando allora il commissario (impegnato nell’opera di completamento e di inserzione della vicenda nel ciclo dell’attività pubblica) *organo straordinario dell’amministrazione*, si operà una classificazione meramente descritiva e fuorviante rispetto alla circostanza che, nella divisa della circostanza che, nella divisa dell’amministratore, egli svolge un’attività funzionalmente giurisdizionale”.

³⁰⁰ Sassani, 1992, p. 1163: “A noi, in altri termini, sembra che non si possa escludere che anche allo svolgimento dell’ottemperanza debbano adeguarsi le regole del contraddittorio, sotto il profilo del coinvolgimento del controinteressato. D’altronde non mancano in giurisprudenza importanti decisioni che si pongono consapevolmente e risolutamente su questa strada.”

³⁰¹ Tradução nossa. Sassani, 1992, p. 1159. “È noto che il giudice dell’ottemperanza è, nella sua veste di organo giudiziario, autorizzato a porre in essere un’attività volta adare soddisfazione alla pretesa del recorrente (vittorioso e insoddisfatto) nei limiti che egli stesso è invitato (e legittimato) a ricavarli dalla sentenza da eseguirsi”.

relações entre as partes, em medida variada, mas na intenção (e nos limites) de evitar que as incondicionais aplicações das regras ordinariamente vigentes inutilizem as garantias acordadas ao precedente do ordenamento³⁰².

Com uma breve citação ao comissário *ad acta*, podemos entender que no direito italiano, há a previsão de um mecanismo de efetivação da tutela, mas esse se encontra na esfera administrativa, e não, na esfera judiciária, já que o sistema da Jurisdição Italiana permite tal divisão.

Confessa o supracitado autor³⁰³:

*È noto che la strada dell'ottemperanza contro i c.d. atti elusivi è stata asfaltata solo di recente: per molti anni il rimedio esecutivo veniva ammesso solo (o prevalentemente) contro l'inerzia o il formale rifiuto dell'amministrazione di conformarsi agli obblighi discendenti dalla sentenza di annullamento.*³⁰⁴

O ordenamento jurídico brasileiro, por outro lado, prevê a intervenção judicial somente nas decisões do CADE, isto é, não há a previsão, indistintamente, de intervenção judicial em decisão proferida pelo Poder Judiciário.

Foi com essa visão que, com a devida analogia a figura do “interventor italiano”, Dr. Samuel Meira Brasil Junior, desembargador do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, elaborou em seu curso de mestrado na USP-SP³⁰⁵, uma proposta que

³⁰² Sassani, 1992, p. 1155-1156 tradução nossa: “[...] um procedimento di esecuzione forzata, da um lato *unifica*, in una comune organizzazione e in una disciplina complessiva, atti ed attività varie rendendoli strumentali alla realizzazione del risultato soggettivamente perseguito e garantito dall'ordinamento. Dall'altro – [...]– l'esecuzione (intesa come fenomeno processuale) *incurva, inflette* la disciplina ordinária dei rapporti tra lè parti, in misura varia ma nell'intento (e nei limiti) di evitare che l'incondizionata applicazione delle regole ordinariamente vigenti vanifichi le garanzie accordate al precedente dall'ordinamento”.

³⁰³ Sassani, 1992, p. 1160-1161.

³⁰⁴ Tradução nossa: “É notável que a estrada do juízo de ottemperanza, contra os atos elusivos, foi asfaltada recentemente: por muito anos o remédio (meio adequado e lícito para se alcançar determinado fim de direito) executivo vinha sendo aceito somente contra a inércia ou formal recusa da administração de conformar-se às obrigações descendentes da sentença de anulamento”.

³⁰⁵ BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. *Proposta para aPrevisão da intervenção judicial*. Projeto (Mestrado) - Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2003. Projeto apresentado à disciplina “Processo de Execução”, cujos professores eram Candido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque e Paulo Lucon.

abordou a eficácia das decisões de fazer, não fazer e entrega de coisa, exatamente com a inserção de um comissário *ad acta* que assim preceitua:

Art. 731. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer ou não fazer fundada em sentença, intimar-se-á a executada para impugná-la em 15 dias ou satisfazê-la no prazo assinado pelo juiz. Tratando-se de título extrajudicial, citar-se-á para opor embargos no prazo de 30 dias.

§ 1º Não opostos ou rejeitados os embargos, e na hipótese de não cumprimento do julgado no prazo assinado, **o juiz poderá determinar o cumprimento na forma do artigo 461, inclusive nomeando um comissário *ad acta* para praticar os atos concretos de execução, que terá os mesmos poderes do servidor administrativo competente. A nomeação recairá em funcionário público, sempre que possível integrante da respectiva estrutura administrativa.**

§ 2º A nomeação de comissário para a prática dos atos de execução não exclui as sanções previstas em lei pelo não cumprimento da decisão judicial.

§ 3º Tratando-se de obrigação de fazer que se exaure em práticas administrativas, o **comissário limitar-se-á a editar os atos necessários e suficientes**. Se a obrigação de fazer exigir recursos financeiros em montante superior a 60 vezes o valor do salário mínimo, o comissário somente poderá determinar sua realização se houver verba suficiente e previsão no orçamento da executada para despesa da natureza da obrigação.

§ 4º Se a lei exigir prévio procedimento administrativo para a prática do ato, cujo prazo de conclusão não possa ser determinado na decisão, o juiz designará data para o início do respectivo procedimento.

§ 5º O disposto neste artigo somente se aplica às obrigações específicas que sejam objeto da própria execução, excluindo-se as que sejam preparatórias às prestações vencidas de obrigação pecuniária.

Art. 731-A Quando o objeto da execução for entrega de coisa fundada em sentença, intimar-se-á a executada para impugná-la em 15 dias ou satisfazê-la no prazo assinado pelo juiz. Tratando-se de título extrajudicial, citar-se-á para opor embargos no prazo de 30 dias.

§ 1º Quando a execução recair sobre coisas determinadas pelo gênero e quantidade, a executada será intimada para entregá-las individualizadas, na forma especificada na sentença.

§ 2º Se o cumprimento da obrigação depender de recursos financeiros em montante superior a 60 vezes o valor do salário mínimo, o juiz somente poderá determinar sua realização se houver verba suficiente e previsão no orçamento da executada para despesa da natureza da obrigação.

§ 3º Se, no prazo fixado, a devedora não satisfizer a obrigação, e a devedora não possuir a coisa determinada pelo gênero e quantidade, o juiz nomeará um comissário 'ad acta' para praticar os atos concretos de execução, que terá os mesmos poderes do servidor administrativo competente. A nomeação recairá em funcionário, sempre que possível, integrante da respectiva estrutura administrativa.

§ 4º O disposto neste artigo somente se aplica à entrega de coisa que seja objeto da própria execução, excluindo-se as que sejam preparatórias às prestações vencidas de obrigação pecuniária.

Art. 731-B Não havendo previsão orçamentária para a efetivação da obrigação de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa, o juiz da execução oficiará o presidente do Tribunal competente, que requisitará a inclusão no orçamento da entidade de direito público executada, de verba necessária ao adimplemento da obrigação exequenda, observando-se o disposto no art. 730 e seguintes.

Art. 731-C Em caso de urgência e exclusivamente quando o objeto da execução visar à proteção de direitos inalienáveis ou perecimento da vida, é lícito ao presidente do tribunal competente, após a ouvida do

Ministério Público, determinar a exclusão de verba não essencial do orçamento das entidades de direito público, como propaganda ou outras atividades secundárias, destinando o respectivo recurso para a efetivação da sentença transitada em julgado.

§ 1º Da decisão do presidente do tribunal caberá agravo para o pleno ou, onde houver, para o órgão especial do tribunal.

§ 2º Aplica-se o disposto nos artigos precedentes para a tutela específica ou liminar concedida em cognição sumária não sujeita a recursos ou em cognição exauriente sujeita a execução provisória, exclusivamente na hipótese de gravíssima necessidade e para evitar perecimento da vida (grifo nosso).

No entanto, com o estudo feito da diferença que envolve a Jurisdição nos dois ordenamentos, sabemos ser impossível importar a figura do comissário *ad acta* tal qual se encontra no Direito italiano, pois lá o “interventor” existe nos tribunais administrativos.

Porém, percebemos que a idéia inserida na citada proposta se consubstancia toda em torno da efetividade das decisões proferidas contra a Fazenda Pública, envolvendo as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa e, em tais moldes, é possível na previsão do ordenamento pátrio.

Com a idéia de que o juiz possa determinar o cumprimento na forma do artigo 461, inclusive nomeando um comissário *ad acta*, para praticar os atos concretos de execução, detendo os mesmos poderes do servidor administrativo competente, está trazendo a idéia do *guidizio de ottemperanza*.

A idéia enunciada encaixa-se, impecavelmente, nas hipóteses por nós demonstradas, em que são impostas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa à Fazenda Pública e o agente competente indicado para o cumprimento do ato não cumpre a ordem emanada.

Tal mecanismo busca uma maior efetividade através de intervenção judicial, com a devida nomeação de um comissário *ad acta* para o cumprimento de determinada obrigação.

É importante lembrarmos que para o desembargador capixaba essa intervenção se daria quando o magistrado estivesse ponderando a efetividade da tutela jurisdicional

para tutelar tão somente a vida. Nesse caso, poderia haver a nomeação de um funcionário *ad acta* e, inclusive, com a intervenção no Poder Executivo, para desviar a verba de propaganda ou outras atividades secundárias, visando à prestação jurisdicional competente para proteger tal bem, no caso de gravíssima ameaça e perigo de perecimento da vida ³⁰⁶.

E, ainda, é nítida a preocupação em esclarecer que tal interventor, ou melhor, comissário *ad acta* terá tão somente o poder de determinar atos estritamente necessários para a efetivação da medida, já que não será possibilitado qualquer abuso de poder.

É neste sentido que trouxemos a analogia ao direito estrangeiro, pois é vendo como funciona o mecanismo de efetividade em outros sistemas, que poderemos, trazendo para o sistema pátrio, adaptá-lo, mesmo que por tortuosos e difíceis caminhos, mas com um objetivo comum de trazer a tão esperada efetividade ao cenário jurídico brasileiro.

Tal mecanismo de efetivação deverá ser aplicado, respeitando todas as análises feitas no estudo de efetivação quanto à multa e à prisão civil. Destarte, a decretação de uma intervenção judicial deverá ser ponderada em cada caso concreto, verificando a preponderância de uma ou outra norma-princípio em choque.

³⁰⁶ É importante destacar que a proposta apresentada fala em “determinar a exclusão de verba não essencial do orçamento das entidades de direito público, como propaganda ou outras atividades secundárias, destinando o respectivo recurso para a efetivação da sentença transitada em julgado”. Deste modo, podemos perceber que a intervenção se daria somente em verba não essencial do orçamento público. Assim, não está se tratando em mudança de verba da saúde, educação, dentre outras, e sim, tão somente das atividades secundárias realizadas pelo Estado.

CAPÍTULO 6

APLICAÇÃO DA FÓRMULA DE ROBERT ALEXY NA PONDERAÇÃO DOS VALORES

Neste capítulo, estudaremos a ponderação do valor **efetividade da tutela jurisdicional** em choque com todos os outros valores sob questionamento em nosso estudo: **menor onerosidade ao devedor** (no caso da imposição da multa), **liberdade de ir e vir** (no caso da imposição da prisão civil) e da **separação dos poderes** (no caso da intervenção judicial). Para tal, aplicaremos a fórmula do peso, elaborada por Robert Alexy³⁰⁷.

Mas é preciso recordar que nem sempre a aplicação da fórmula será necessária, pois para solucionar o conflito existente, deveremos observar três elementos parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Será na análise deste terceiro elemento que aplicaremos a **fórmula do peso**, uma vez que esta foi criada justamente para facilitar a complexa observação de tal sub-princípio.

Para haver certeza, contudo, sobre a determinação de algumas condutas, analisaremos todas elas (imposição de multa, prisão civil e intervenção judicial) sob observância da fórmula do peso citada, mesmo que o exame de alguma conduta não demande um maior aprofundamento, ou seja, mesmo que fosse possível ser resolvido apenas com a análise dos elementos “adequação” ou “necessidade”. Temos, portanto, o intuito de avaliar, em casos práticos, a preponderância de cada valor envolvido, pois tal estudo é mais nítido e menos subjetivo com a aplicação da **fórmula do peso**.

³⁰⁷ Alexy, 2002.

6.1 ANÁLISE SOBRE A IMPOSIÇÃO DA MULTA

Começaremos a nossa ponderação com a imposição da multa, determinada pelo magistrado, que resultará em um estudo do choque entre o princípio **da efetividade da tutela jurisdicional com o princípio da menor onerosidade ao devedor**.

Aplicando a fórmula do peso, elaborada por Robert Alexy, poderemos analisar, em um caso concreto, se a imposição do meio coercitivo, **multa**, deverá ser a conduta correta a ser realizada pelo magistrado.

Criando um caso prático para o questionamento sobre a correta decisão a ser tomada pelo magistrado, imaginaremos uma hipótese em que haja um pedido em mandado de segurança de reintegração de um policial militar ao comandante geral da polícia militar³⁰⁸. E que nesse caso, após os procedimentos necessários, o juiz entenda pela concessão da segurança, já que há provas suficientes nos autos da lesão ao direito do impetrante. Suporemos, que ao proferir a sentença determinando a reintegração do impetrante ao respectivo cargo, o comandante geral se negue a cumpri-la.

Com a negativa do cumprimento da obrigação de fazer, o magistrado deverá determinar a incidência de algum mecanismo de coerção para que haja o cumprimento da medida. Nessa primeira hipótese, portanto, o juiz analisará a possibilidade da imposição da multa³⁰⁹, como uma coerção para o cumprimento da decisão proferida.

No caso, haverá o choque de duas normas-princípio: a efetividade da tutela jurisdicional e a menor onerosidade ao devedor.

³⁰⁸ Como estamos tratando de uma hipótese fictícia, a reintegração pleiteada pelo policial militar poderá ter qualquer fundamentação, por exemplo, o processo criminal que sofria considerou-o inocente por haver impropriedade absoluta do meio.

³⁰⁹ Não analisaremos, aqui, quem será o destinatário da multa, e tão apenas a preponderância dos princípios envolvidos para a determinação da correta conduta a ser tomada.

Adotando a análise da **fórmula do peso**, veremos que será necessário identificar todas as incógnitas referentes ao princípio da **efetividade da tutela jurisdicional** e também ao princípio da **menor onerosidade ao devedor**, para posteriormente valorarmos em **leve, moderada e séria**, estabelecendo os valores 1, 2 e 4, respectivamente, para as incógnitas em questão, quais sejam: a) *W*, que significa o peso abstrato de cada princípio; b) *I*, que significa o grau de interferência que a conduta C causa em *P_i* ou o grau de interferência que a omissão da conduta C causará no *P_j* e *R*, que representa as evidências sobre as interferências nos princípios.

Como já mencionado no item sobre a Teoria do Sopesamento de valores abordada na Seção 1.3.3.3.2, a fórmula será:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i}{W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

Na análise da fórmula, no caso concreto, teremos que ponderar como o magistrado procederá. Assim, o juiz dará valores a cada uma das incógnitas para a resolução de qual princípio deverá prevalecer.

Mas, entendemos ser necessária a ressalva de que toda valoração dependerá da avaliação do magistrado envolvido no caso em questão, portanto, não podemos negar que carregará uma grande carga de subjetividade e poderá ser alterada de pessoa para pessoa. Contudo, mesmo com certo grau de subjetividade tal fórmula permite uma maior ponderação, já que divide em etapas a valoração dos princípios envolvidos, permitindo um exame mais detalhado e menos propício a equívocos.

Analisaremos a seguir, a Conduta (C) de **impor a multa**. Fixaremos a **efetividade da tutela jurisdicional** como princípio “i” (*P_i*) e a **menor onerosidade ao devedor** como princípio “j” (*P_j*).

a) determinação de *Wi*

Como já citado, *W* corresponde ao peso abstrato do princípio em análise. Para detectarmos *Wi* é necessário valorarmos o peso abstrato **da efetividade da tutela jurisdicional**.

O peso abstrato corresponde ao valor que tal norma-princípio carrega dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Tal valoração não se alterará dependendo do caso concreto, e sim, será determinada de acordo com o valor geral que tal norma contém dentro do sistema.

Pela análise feita, no primeiro capítulo, ficou evidenciado que tal princípio ocupa um lugar de grande importância no ordenamento pátrio. Presente na Constituição da República Federativa do Brasil em lugar de destaque, **a efetividade da tutela jurisdicional** compõe uma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, e, portanto, não poderá ser objeto de diminuição ou supressão, justamente, por ser considerado direito fundamental.³¹⁰

Será baseada nesse valor dado pelo sistema que classificaremos em **leve**, **moderado** ou **sério** o peso abstrato da **efetividade da tutela jurisdicional**.

Em nosso estudo, classificaremos como *sério* o peso abstrato da **efetividade da tutela jurisdicional**, e, por isso, apresentará o valor 4.

b) determinação de *li*

Após a análise de *Wi*, determinaremos o valor de *li*, ou seja, o valor do grau de interferência que a conduta *C* (imposição da multa), voltada a garantir uma **menor onerosidade ao devedor**, causará na **efetividade da tutela jurisdicional**.

³¹⁰ BRASIL, 200a.

No caso estudado, o grau de interferência que a realização da imposição da multa causa na **efetividade da tutela jurisdicional** é grande, uma vez que tal determinação será imposta justamente para causar a efetividade do processo, ou seja, para que haja a efetividade do processo é extremamente necessária a imposição da multa, pois não houve o cumprimento espontâneo por parte do devedor e tal resultado só será alcançado, se houver a imposição da multa (conduta C em questão) como um meio de coerção.

Sendo a imposição de multa essencial para a **efetividade da tutela jurisdicional**, classificaremos o grau de interferência que a imposição da multa causará na **efetividade da tutela jurisdicional** (*li*) como *sério*, apresentando o valor 4.

c) determinação de *Ri*

Ri configura as evidências sobre a interferência na **efetividade da tutela jurisdicional**, ou seja, qual é grau de possibilidade da **efetividade da tutela jurisdicional** ocorrer com a imposição da multa.

No caso em tela, o grau de possibilidade da **efetividade da tutela jurisdicional** ocorrer com a imposição da multa é **moderado**, pois não é garantido que a imposição da multa trará certamente a **efetividade da tutela jurisdicional**, portanto não poderá ser classificado como **sério**. Por outro lado, não será **leve**, pois se assim fosse, não haveria necessidade de impor a multa. Logo o grau será **moderado**, já que tem certa (mas não absoluta) probabilidade da multa coagir o suficiente para trazer o cumprimento da medida e, conseqüentemente, a **efetividade da tutela jurisdicional**.

Portanto, o valor estipulado para *Ri* será 2, porque ocupa a classificação **moderada**, de acordo com modelo triádico criado por Alexy.

d) determinação de *Wj*

Como já mencionado, *W_i* é o peso abstrato da **menor onerosidade ao devedor**. Ou seja, será necessário avaliar o peso abstrato correspondente ao valor que tal norma-princípio configura para o ordenamento jurídico brasileiro, como um todo e não tão somente na análise de determinado caso concreto.

Sabemos que o princípio da **menor onerosidade ao devedor** configura um valor relativamente importante. Dizemos **relativamente**, pois não está em um grau de máxima importância, por exemplo, na legislação. Não está entre as cláusulas pétreas constitucionais. Mas, também não podemos tirar todo o seu valor para o ordenamento, uma vez que a doutrina incentiva o emprego de tal princípio no processo de execução e tais regras estão previstas em leis infraconstitucionais, como as regras de³¹¹: i) a proibição da arrematação de bens do devedor por preço vil (art. 692 do Código de Processo Civil), ii) a impenhorabilidade de certos bens do devedor (artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil, dentre outros). Isto é, quando estiver em questionamento a determinação de uma coerção ou qualquer decisão, que cause algum tipo de lesão ao devedor, deve-se optar por aquela que traga a menor onerosidade ou prejuízo possíveis³¹².

Poderemos dizer que o peso abstrato da **menor onerosidade ao devedor** é 2, já que está entre o *sério* e o *leve*.

e) determinação de *Ij*

Nesse ponto, analisaremos o grau de interferência que a **omissão** da imposição de multa (~C), voltada a realizar a **efetividade da tutela jurisdicional**, causará na **menor onerosidade ao devedor**.

³¹¹ Wambier, Almeida, Talamini, 2007, p. 145.

³¹² Tal princípio tem muita aplicação quando em uma obrigação de pagar quantia certa o devedor é condenado e na penhora de bens ao invés de penhorar um bem de grande valor pessoal, para o devedor, há a penhora de um bem de pouca estimação, trazendo um menor prejuízo, ou onerosidade.

Para tal análise faz-se importante o seguinte raciocínio: Qual o grau de interferência que a ~C, isto é, a “não imposição da multa” trará para **a menor onerosidade ao devedor**? Podemos afirmar que esse grau será alto, já que se não houver a imposição da multa não haverá nenhum prejuízo ao devedor, pois continuará existindo o inadimplemento sem ocasionar um acréscimo de onerosidade, ou seja, se o devedor não tiver que arcar com o pagamento do montante da multa estabelecido pelo juiz, estará vigorando no maior grau possível a **menor onerosidade ao devedor**.

Podemos classificar como *sério* o grau de interferência que a omissão da imposição da multa gerará na **menor onerosidade ao devedor**, portanto, *Ij* receberá o peso máximo que é 4.

f) determinação de *Rj*

Rj significa as evidências sobre a interferência na **menor onerosidade ao devedor**. Em outras palavras, representa o grau de possibilidade da **menor onerosidade ao devedor** ocorrer com a imposição da multa.

O grau de possibilidade da **menor onerosidade possível ao devedor** ocorrer com a imposição da multa é **moderado**, pois tal conduta trará certa (mas não alta) onerosidade ao devedor, mas que, nem sempre, será a menor aos seus olhos, pois incidirá em seu patrimônio. Podemos estabelecer o valor 2 para *Rj*.

Aplicando tais equivalências na fórmula de Alexy, teremos a seguinte operação:

$$\frac{4 \cdot 4 \cdot 2}{2 \cdot 4 \cdot 2} = \frac{32}{16} = 2$$

Como já observado, se o resultado da operação for maior que um deverá preponderar o princípio *Pi*, e se for menor que um deverá preponderar o princípio *Pj*. Logo, se que o resultado da operação for dois, o princípio que deverá prevalecer é o da **efetividade da atividade da tutela jurisdicional**.

Assim, fazendo tal ponderação dos princípios em choque, o magistrado será capaz de verificar se a conduta de imposição de multa deverá ser tomada, uma vez que prevaleceu a proteção à efetividade jurisdicional.

Afirma Marcelo Abelha³¹³:

Nesse choque entre o interesse do exeqüente em ver satisfeita a tutela jurisdicional e do executado em fazer com que essa satisfação seja a menos onerosa possível para o seu patrimônio é que colocam a ponderação e a razoabilidade (o justo equilíbrio) como critérios insuperáveis na efetivação da tutela jurisdicional executiva.

6.2 ANÁLISE SOBRE A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO CIVIL

Continuando o estudo do caso fictício proposto, presumiremos que a imposição da multa não trouxe a coerção psicológica esperada e, portanto, terá o juiz o dever de impor outra medida que acredite ser possível de gerar o cumprimento da decisão proferida.

Mesmo que tenhamos afirmado que a prisão civil deverá ser imposta em último caso, iremos analisá-la neste ponto, pois não trataremos de todas as medidas cabíveis, mas tão somente as por nós destacadas.

Para tal exame haverá o choque entre dois princípios: o princípio da **efetividade da tutela jurisdicional** e o princípio da **liberdade de ir e vir**.

Fixaremos como conduta *C* a **determinação da prisão civil**, como princípio *Pi* a **efetividade da tutela jurisdicional** e como princípio *Pj* o princípio da **liberdade de ir e vir** para a correta aplicação da **fórmula do peso**.

³¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. In: SANTOS, Ernane Fidélis et al. (Coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.115.

a) determinação de W_i

Como já referido, W_i representa o peso abstrato de P_i , ou seja, o valor da **efetividade da tutela jurisdicional**. Como tal símbolo, representa o valor do princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, poderemos aproveitar a análise feita no estudo da imposição de multa, pois terá o mesmo valor detectado, já que independe do caso concreto. Será, então, classificado como *sério*, portanto, terá o valor 4 (quatro).

b) determinação de I_i

Ao analisarmos I_i , estamos determinando o valor do grau de interferência que a conduta C (decretação da prisão civil), apostando na **liberdade de ir e vir** causará na **efetividade da tutela jurisdicional**.

Neste estudo, o grau de interferência que a decretação da prisão civil causa na **efetividade da tutela jurisdicional** é muito grande, haja vista que tal decretação será imposta com o único objetivo de causar a efetividade do processo e esta só será atingida pela imposição de tal meio coercitivo, uma vez que o magistrado já tentou outros meios em vão.

Consistindo em fundamental a decretação da prisão para a **efetividade da tutela jurisdicional**, determinaremos o grau de interferência que a decretação da prisão civil causará na **efetividade da tutela jurisdicional** (I_i) como *sério*, apresentando o valor 4.

c) determinação de R_i

Para estabelecermos R_i , devemos detectar as evidências sobre a interferência na **efetividade da tutela jurisdicional**, isto é, qual é grau de a possibilidade da **efetividade da tutela jurisdicional** ocorrer com a decretação da prisão civil.

No presente caso, o grau é *sério*, pois traz uma grande pressão psicológica ao devedor, o que ocasionará na **efetividade da tutela jurisdicional**, já que o direito de locomoção é muito respeitável e assegurado no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo sua restrição ser muito temida.

O valor estipulado para R_i será 4, já que compõe a categoria **séria**, na fórmula do peso.

d) determinação de W_j

W_i é o peso abstrato da **liberdade de ir e vir**. É preciso ponderar o peso abstrato corresponde ao valor que esse princípio representa para o sistema brasileiro como um todo, e não, no estudo de determinado caso concreto.

É certo que o princípio **da liberdade de ir e vir** engloba um valor extremamente importante dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois como já analisado encontra-se entre os direitos e garantias fundamentais, sendo, portanto, também uma cláusula pétrea. Tal norma-princípio é consagrada como um valor muito importante e protegido pelo sistema.

Portanto, poderemos dizer que o peso abstrato da norma-princípio da **liberdade de ir e vir** é quatro, haja vista ser de grande importância.

e) determinação de I_j

O grau de interferência de I_j , como sabido, é o grau que a **omissão** da decretação da prisão civil, voltada a realizar a **efetividade da tutela jurisdicional**, causará na **liberdade de ir e vir**.

No entanto, como feita na análise do choque entre os princípios que envolviam a imposição da multa, aqui, também é importante a indagação: Qual o grau de

interferência que a “não decretação da prisão civil”, ($\sim C$), trará para a **liberdade de ir e vir**?

Podemos afirmar que a não-decretação da prisão civil trará acentuada interferência na **liberdade de ir e vir**, porque caso houvesse a prisão, ficaria totalmente limitada a liberdade de ir e vir, pois mesmo que fosse por pouco tempo, no caso de um rápido cumprimento da decisão judicial, a liberdade de locomoção seria em seu máximo grau restrita e impedida. Assim, a não decretação da prisão civil interferirá na liberdade de ir e vir.

Podemos classificar como **sério** o grau de interferência que a omissão da determinação da prisão civil gerará na **liberdade de ir e vir**, portanto, I_j receberá o peso médio que é quatro.

f) determinação de R_j

Para classificarmos R_j , necessitaremos identificar as evidências sobre a interferência na **liberdade de ir e vir**. R_j configura o grau de possibilidade da **liberdade de ir e vir** ocorrer com a decretação da prisão civil.

No caso, o grau de possibilidade da **liberdade de ir e vir** acontecer com a decretação da prisão civil é *leve*, pois tal liberdade ficará restrita, enquanto durar a decretação da prisão civil imposta como meio de coerção. Haverá leve respeito a tal princípio se ocorrer a conduta citada, por isso R_j terá o valor um para sua classificação.

Aplicando, aqui também, as equivalências criadas por Alexy, teremos a seguinte operação:

$$\frac{4 \cdot 4 \cdot 4}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{64}{16} = 4$$

Sempre que o resultado da operação for maior que um, deverá preponderar o princípio *Pi*, que, no caso, é o princípio da **efetividade da atividade da tutela jurisdicional**.

Constatamos que a decretação da prisão civil deverá ser a conduta a ser tomada pelo juiz, pois o princípio que se sobressai é o princípio da **efetividade da tutela jurisdicional**, ficando evidenciado que o juiz, ao decidir no caso concreto, deverá optar pela decretação da prisão civil, por ser ela que garantirá a efetividade do cumprimento da decisão proferida.

Portanto, foi viável a decretação da prisão civil porque se trata de descumprimento a uma ordem do juiz que determinou o comandante geral da polícia militar, reintegrar policial militar inocentado em processo criminal. Vejamos que, neste caso concreto, o descumprimento foi culpa exclusiva da autoridade, caracterizando uma desobediência à ordem judicial. Diferentemente, ocorreu, por exemplo, no caso do secretário de justiça do Espírito Santo citado, que não pode cumprir a decisão por não está o remédio disponível no laboratório competente. Não dependia da exclusiva conduta pessoal, dependia também de circunstâncias alheias (como ter o remédio em estoque ou ter da onde comprar, etc.). Apesar do caso citado se tratar de questão que envolvia o direito à vida há de se verificar todas as condições que rodeiam cada caso concreto.

6.3 ANÁLISE SOBRE A DECRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Como demonstrado no capítulo anterior, a decretação da intervenção judicial é um mecanismo sub-rogatório direto que visa à concretização do direito material por meio da substituição da pessoa do devedor, uma vez que possibilita o juiz intervir na pessoa jurídica competente para garantir o cumprimento da decisão proferida.

Ocorre que, não existe no ordenamento pátrio a disposição de tal mecanismo para quaisquer decisões descumpridas por pessoa jurídica (seja pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado nas atribuições do Poder Público), mas

tão somente existe nas decisões do CADE, prevista na Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94).³¹⁴

No entanto, propomos (no capítulo 5) a incidência da intervenção judicial nos casos de decisões proferidas em mandado de segurança, referente às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, que é o objeto de nosso estudo. Tal intervenção, contudo, geraria um conflito com o princípio da Separação dos Poderes, uma vez que o Poder Judiciário interviria no Poder Executivo.

Analisaremos, a seguir, o choque entre princípios envolvidos na decretação da intervenção judicial. Isto é, a partir da premissa de que é possível a decretação da intervenção judicial nestas hipóteses, analisaremos em um dado caso concreto o choque entre a norma-princípio **efetividade da tutela jurisdicional** e a **separação dos poderes**. Feito tal exame, seremos capazes de detectar se a intervenção judicial, assim como a multa e a prisão civil, deverá ser decretada em nome da **efetividade da tutela jurisdicional**, no caso desse princípio preponderar no estudo da fórmula do peso.

Discorreremos, portanto, sobre a Conduta (C) de **decretação de intervenção judicial**. Fixaremos a **efetividade da tutela jurisdicional** como princípio “i” (Pi) e a **separação dos poderes** como princípio “j” (Pj).

a) determinação de *Wi*

Nas análises anteriores, observamos que *W* corresponde ao peso abstrato do princípio sob análise. E quanto ao peso abstrato da **efetividade da tutela jurisdicional** ficou evidenciado que, sendo direito fundamental, configura uma norma-princípio de grande autoridade dentro do sistema pátrio. Classificaremos como *sério* o peso abstrato da **efetividade da tutela jurisdicional**, e, por isso, apresentará o valor quatro.

³¹⁴ BRASIL, 1994.

b) determinação de *li*

li constitui o valor do grau de interferência que a conduta da decretação da intervenção judicial, voltada a respeitar a **separação dos poderes**, causará na **efetividade da tutela jurisdicional**.

Entendemos que o grau de interferência que a decretação da intervenção judicial causará na **efetividade da tutela jurisdicional** é muito alto, uma vez que, havendo tal intervenção judicial, será possível que um terceiro (o chamado interventor) cumpra a decisão no lugar do verdadeiro devedor e, assim, seja concretizada a **efetividade da tutela jurisdicional**.

Portanto, sendo a intervenção judicial indispensável para a **efetividade da tutela jurisdicional** classificaremos o grau de interferência que a intervenção judicial causa na **efetividade da tutela jurisdicional** (*li*) como **sério**, apresentando o valor quatro.

c) determinação de *Ri*

Ri representa as evidências sobre a interferência na **efetividade da tutela jurisdicional**, ou seja, qual é grau de possibilidade da **efetividade da tutela jurisdicional** ocorrer com a decretação da intervenção judicial.

O grau de possibilidade da **efetividade da tutela jurisdicional** ocorrer, no presente estudo, é **sério**, pois o juiz nomeará um terceiro para cumprir a decisão em nome do próprio devedor. Não haverá qualquer resistência ao cumprimento, ao contrário será o único objetivo da nomeação, por isso, tem grande chance de tal intervenção alcançar a efetividade almejada.

O valor estipulado para *Ri* será 4, por está configurando a maior grandeza possível.

d) determinação de W_j

W_i significa, nesta análise, o peso abstrato da **separação dos poderes**. Neste contexto, será preciso considerar o peso abstrato adequado ao valor que esse princípio representa no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao analisarmos o princípio da separação dos poderes, no capítulo 5, item 5.3, podemos constatar que a norma-princípio está prevista no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil e constitui uma regra de grande proteção no sistema nacional.

W_j , representando o peso abstrato da **separação dos poderes**, ganhará o grau 4 (quatro), tamanha sua importância.

e) determinação de I_j

I_j faz referência ao grau de interferência que a **omissão** da decretação da intervenção judicial, voltada a realizar a **efetividade da tutela jurisdicional**, causará na **separação dos poderes**.

Seguindo o raciocínio já estabelecido indagaremos: Qual é o grau de interferência que a $\sim C$, ou seja, “não decretação da intervenção judicial” trará para a **separação dos poderes**?

Podemos afirmar que esse grau também será alto, como na ponderação da imposição da multa, uma vez que a não decretação da intervenção judicial fará com que a **separação dos poderes** seja completamente respeitada, já que não haverá qualquer violação.

Qualificaremos como *sério* o grau de interferência que a omissão da decretação da prisão civil gerará na **separação dos poderes**, portanto, I_j receberá o peso quatro.

f) determinação de R_j

R_j alude às evidências sobre a interferência na **separação dos poderes**. Tal símbolo faz referência ao grau de possibilidade da **separação dos poderes** ocorrer com a decretação da intervenção judicial.

O grau de evidência da **separação dos poderes** com a decretação da intervenção judicial é **moderado**, pois haverá algum tipo de restrição a **separação dos poderes**, mas uma restrição mitigada, já que não ocasionará uma grave violação a tal princípio. Tal intervenção judicial, de certo modo, é permitida, já que no Estado Democrático de Direito não há nenhum direito absoluto, consentindo algum tipo de abrandamento nas normas.

Assim sendo, o valor concluído para R_j será dois.

Aplicando tais equivalências na fórmula de Alexy, constataremos a seguinte operação:

$$\frac{4 \cdot 4 \cdot 4}{4 \cdot 4 \cdot 2} = \frac{64}{32} = 2$$

Chegando ao resultado igual a dois, o princípio que deverá prevalecer é o da **efetividade da atividade da tutela jurisdicional**. Logo, o magistrado deverá optar pela decretação da intervenção judicial, uma vez que será esta que possibilitará a realização do direito material, ou seja, a **efetivação da tutela jurisdicional**.

Mas como ocorreria tal intervenção? No caso concreto criado sobre a reintegração do policial militar, a decretação da intervenção judicial deverá ocorrer, com base na idéia sobre o comissário *ad acta* italiano, estudado no capítulo anterior (item 5.5). Ou seja, o magistrado poderá nomear um interventor para que este, no lugar do comandante geral da polícia militar, reintegre o impetrante. Assim, estará consubstanciada a **efetivação da tutela**.

Verificaremos que, ao prezarmos pela efetividade da tutela jurisdicional, respeitando, contudo, os valores envolvidos (por isso a aplicação da ponderação dos valores), estamos zelando pela concretização do direito, pois “[...] é preciso que o processo encontre seu verdadeiro sentido, que é a realização do direito no plano material³¹⁵”.

Com base nas idéias aqui citadas, seremos capazes de determinar quando a efetividade do cumprimento de uma sentença do mandado de segurança pesará mais que outro valor envolvido, pois é preciso entender o lugar de cada norma e o seu peso dentro do sistema jurídico.

Mas, para isso teremos que analisar cada caso concreto, para que, através da fórmula, possamos facilitar essa ponderação, já que corremos sempre o risco de, ao interpretar as normas, causar uma lesão a algum interesse envolvido. E é para evitarmos todos os tipos possíveis de enganos, falhas e injustiças que tentaremos abordar, de uma forma ampla, a necessidade e os mecanismos legítimos existentes para se buscar a efetividade.

Para analisarmos a importância do estudo e aplicação do princípio constitucional em exame é mister entendermos que são os princípios constitucionais que “[...] fornecem as diretrizes mínimas, mas fundamentais, do próprio comportamento do Estado-juiz”.³¹⁶

Os princípios acabam por influenciar a própria aplicação das regras jurídicas. Isso decorre do fato, como já analisado, de os princípios carregarem uma carga valorativa muito grande e por isso, servirem de diretriz à incidência de muitas regras.

E é nesse contexto que analisamos o princípio da efetividade do processo, pois as regras jurídicas aplicadas, em cada caso concreto, devem levar consigo a aplicação da efetividade, para a imediata produção dos efeitos indicados na decisão proferida.

³¹⁵ GARBI, Carlos Alberto. Tutela jurisdicional diferenciada e efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 782, p. 49, 2000.

³¹⁶ Scarpinella Bueno, 2007a, p. 92.

Cassio Scarpinella Bueno assevera³¹⁷:

[...] uma vez obtido o reconhecimento do direito indicado como ameaçado ou lesionado, e que, por isto mesmo, justifique a atuação do Estado-juiz (a prestação da 'tutela jurisdicional'), seus resultados devem ser *efetivos*, isto é, *concretos, palpáveis, sensíveis* no plano *exterior* do processo, isto é, 'fora' do processo (grifo do autor).

O princípio da efetividade da tutela jurisdicional tem a função de possibilitar que o processo sirva ao direito material, realizando-o. Isto é, a realização do direito material pela atuação jurisdicional, pois tal princípio se volta aos resultados práticos do reconhecimento do direito.

Fica possível entendermos a preponderância desse princípio face aos outros, pois para a incidência de qualquer outro princípio, na garantia e na proteção do direito material tutelado, há a necessidade de que este seja concretizado eficazmente. De nada adiantaria haver a observância de todos os princípios, se o bem da vida pleiteado tenha se perdido no tempo ou na resistência do cumprimento alheio.

Conclui essa idéia, a afirmação de Cassio Scarpinella Bueno³¹⁸, quando afirma:

O grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente, pela *técnica* processual é o princípio da *efetividade* da jurisdição ou do acesso à justiça ou à ordem jurídica justa, constante no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre *equilibrado* e dosado, como bom princípio que é, pelos princípios do devido processo legal e do contrário e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal) (grifo do autor).

E, portanto, neste diapasão devemos empregar a idéia da efetividade da tutela jurisdicional como princípio constitucional, com a devida importância de outros princípios, mas com a consciência de que a efetividade do processo tem um papel fundamental no cenário da prestação jurisdicional.

³¹⁷ Scarpinella Bueno, 2007a, p. 146.

³¹⁸ Scarpinella Bueno, 2007a, p. 148.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A **efetividade da tutela jurisdicional** está constitucionalmente prevista como direito fundamental, no art. 5º, LXXVIII e § 1º. Deste modo, ficam assegurados, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, sendo que essa norma jurídica tem aplicação imediata.

Quando o legislador previu a razoável duração do processo e a incidência de meios que garantem a sua celeridade estava assegurando a **efetividade da tutela jurisdicional**.

Foi com base nesta idéia, de trazer o máximo de efetividade à tutela jurisdicional, que analisamos as decisões proferidas no mandado de segurança, a fim de estabelecer o ambiente necessário e propício para a incidência de mecanismos que valorizassem tal direito fundamental.

Ao analisar a ação do mandado de segurança, pudemos perceber que estamos tratando de um mecanismo que é dotado “em tese” de toda efetividade possível. O *writ* visa a tutelar o direito líquido e certo lesado por autoridade pública (ou particular na atribuição do Poder Público) e tem como escopo a imediata concessão do bem *in natura*. O objetivo, portanto, do legislador ao prevê o *mandamus* era criar um mecanismo que pudesse proteger de forma célere e eficaz o direito lesionado do cidadão e, por isso demanda um procedimento especial, diferente das ações comuns previstas no ordenamento jurídico nacional.

Essa preocupação inicial com a importância do objeto tutelado e com a presteza em seu cumprimento demonstra o quão relevante é esse instrumento dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, o quanto deve ser efetivado.

E para que essa **ordem** seja prontamente obedecida, entendemos ser necessária a aplicação de diversos meios de coerção e sub-rogação, mesmo que alguns deles sejam atípicos, a fim de permitir o cumprimento da decisão.

Não pregamos uma relativização da segurança jurídica ou a interferência na separação dos poderes. Diferentemente, será visando à harmonia dentro do sistema, e com o devido respeito a todos os princípios e direitos fundamentais, que os valores em cheque deverão ser cuidadosamente avaliados e julgados, por aqueles que têm a incumbência e o dever de tutelar o bem da vida buscado.

Começamos a nossa análise pelo estudo da **efetividade da tutela jurisdicional**, destacando três aspectos de tal norma jurídica: como princípio constitucional, como direito fundamental, e por fim, como norma-princípio.

Tal análise permitiu uma visão ampla do tema e o entendimento de sua importância dentro do sistema jurídico brasileiro e, conseqüentemente, da necessidade de sua realização material.

Em seguida, fez-se imperioso o estudo da Teoria de Sopesamento dos Princípios de Robert Alexy para possibilitar o entendimento a uma correta ponderação dos princípios e, assim, garantir a justa incidência da **efetividade da tutela jurisdicional**, no caso concreto.

E foi com esse desígnio que trouxemos, à baila, a discussão do emprego de diferentes meios de coerção: a incidência da multa, da prisão civil e da intervenção judicial.

Quanto à multa, constatamos ser um mecanismo que poderá resultar em uma considerável coerção psicológica para fazer com que o devedor cumpra a obrigação. Em análise com o princípio da menor onerosidade possível, constatamos que a **efetividade da tutela jurisdicional** deverá prevalecer. Mas, a estipulação de tal mecanismo deverá perdurar por quanto tempo causar a coerção, caso contrário, o

magistrado tem o dever de procurar aplicar outro meio que possibilite a efetivação da decisão imposta.

A prisão civil, por sua vez, é um meio coercitivo que envolve grande divergência doutrinária, pois aponta para a restrição de um direito muito nobre de todo cidadão: a liberdade de ir e vir, que também constitui um direito constitucional e fundamental da pessoa humana. Mas, tal coerção só será aplicada no caso de **descumprimento judicial**, ou seja, a alguém foi imposta uma decisão que não foi cumprida, e muitas vezes houve também a resistência no acatamento de outro meio coercitivo, primeiramente, imposto. Por isso, é importante analisarmos a aplicação de tal recurso de coerção. É preciso, contudo, que tal mecanismo seja empregado com cautela e com a devida ponderação dos valores em conflito, pois a efetividade não pode ser buscada de qualquer maneira, atropelando os outros direitos protegidos pela Magna Carta, mas, também, não pode ser deixada de lado. Por isso, a avaliação de qual valor em conflito deverá preponderar, faz-se tão meritório.

Trouxemos, por fim, a figura do “interventor”, pois acordamos ser de grande valia na busca pela efetividade, no cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança. Isso porque a ação objeto de nosso estudo envolve obrigações precisas e específicas e a nomeação de um terceiro para cumprir a determinação no lugar do verdadeiro devedor poderá trazer, exatamente, a realização *in natura* desejada. E, ainda, a existência do *guidizio de ottemperanza* no direito italiano possibilitou uma analogia à implantação de tal mecanismo nas decisões do *mandamus*, já que, no direito estrangeiro, é utilizado contra a Administração Pública. Com essa análise, poderemos aumentar as alternativas que detêm os magistrados de trazer a concretização do bem da vida pleiteado.

Por isso, devemos sempre procurar criar mecanismos mais eficientes, pois são mecanismos como esses que podem ser empregados pelos magistrados, quando lhes for conferido o poder de aplicar qualquer **medida necessária**, para garantir a **efetividade da tutela jurisdicional**.

Depois de analisarmos todos esses aspectos que envolvem a aplicação da **efetividade da tutela jurisdicional**, constatamos que caberá a nós, estudiosos do direito, ao operador do direito, principalmente aos magistrados, a transformação sobre a visão do processo. Essa transformação envolve inúmeros enfoques e um deles é, justamente, a necessidade de conferir maior efetividade à tutela jurisdicional, para que haja uma constante e crescente confiança no Poder Judiciário, fator imprescindível para a estabilidade de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer e entrega de coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ASSUMPÇÃO, Bruno Gomes de. O mandado de segurança e os seus aspectos históricos. *Revista do Curso de Direito*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 122-123, jan./jun. 2004.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 16, n. 45, p.188-194, jul. 1989

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002a.

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1. n. 6, p. 21, set. 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf >. Acesso em : 23 set. 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v.27, n. 27, 180-190, jan./mar. 2002b.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual, sétima série*. Saraiva: São Paulo, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDÊ, Américo. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 36.

BOCCANERA, Ney da Fontoura. O contencioso administrativo. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 37-38, p. 186, mês, ano

BRASIL. *Código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001a.

BRASIL. *Código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2007a.

BRASIL. *Código penal*. São Paulo: Saraiva, 2007b.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília (DF): Senado Federal, 2006a.

BRASIL. Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/manlei1533.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

BRASIL. Lei 4.348, de 26 de junho de 1964. Lei ordinária. Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=114880>>. Acesso em: 23 maio 2004.

BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1994/8884.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

BRASIL. Lei n.º 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=255048>>. Acesso em: 10 mar. 2007c.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo REsp 616485 / DF. RECURSO ESPECIAL 2003/0229144-1. Processual Civil – Mandado De Segurança – pedido de assistência Litisconsorcial em grau de recurso: admissibilidade. Relatora: Ministra ELIANA. Data: 11 de abril de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 de maio 2006b. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%40docn%29+E+%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.&processo=616485&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 108636 / PR – PARANÁ, Recurso Extraordinário. Relator: Min. Oscar Correa. Data: 24 de novembro de 1987. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 ago. 2007d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo RMS 20780/RJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2005/0161550-7. Rel. Min. Felix Fischer. Data. 9 de agosto de 2008. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 set. 2007e. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 set. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC/90172 - Habeas Corpus. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=90172&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 fev. 2007f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo HC 012008. Trata-se de writ preventivo impetrado em favor dos Ilmos. Srs. Soraia Thomas Dias Victor e Ednilton Gomes Soares, respectivamente os Secretários de Administração e da Fazenda do Estado do Ceará, contra decisão do eminente Desembargador Relator do Mandado de Segurança nº 00.08045-3. Habeas Corpus Nº 12.008 - Ceara (2000/0007538-8). Relator(a) Min. Felix Fischer Data: DJ 16.02.2000 Decisão Habeas Corpus Nº 12.008 - CEARA (2000/0007538-8). Tribunal de Justiça do Estado do Ceara. Relator: Min. Felix Fischer Data: 2 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=012008&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=7>>. Acesso em: 20 dez. 2006c.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo RMS 22369 / DF. Recurso ordinário em mandado de segurança 2006/0158754-9. Relato: Min. Humberto Martins (1130). Data: 5 de outubro de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 3 abr. 2007g. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo RESP 504482 / SC ; Recurso Especial 2003/0035107-0. Recurso especial. Processual civil. Fazenda pública. Obrigação de fazer. Imposição de multa. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Data: 26 maio 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Resp+e+504482+e+SC&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>>. Acesso em: 23 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo REsp 770753 / RS RECURSO ESPECIAL 2005/0126059-3. Processual Civil. Obrigação de entregar coisa certa. Medicamentos. Relator: Min. Luiz Fux. Data: 27 de fevereiro de 2007. *Diário de Justiça*, Brasília, 15 de mar. 2007h. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=770753&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 jun. 2007h.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 189.108 - SP (1998/0069627-0). Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado, verbis: "OBRIGAÇÃO DE FAZER - Multa cominatória - Imposição à Fazenda do Estado - Possibilidade - Inocorrência de privilégio legal – Sujeição do Estado de Direito às leis que edita - Exceções que devem constar expressamente de lei, no caso inexistentes - Agravo improvido. Processo RESP 189108 - Fazenda do Estado de São Paulo . Relator: Min. Gilson Dipp. Data: 12 de fevereiro de 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, 23 de fev. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/decisooes/doc.jsp?livre=%40docn&processo=189108&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Súmula 333*. Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2007i.

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. *Proposta alteração legislativa*. Projeto (Mestrado) - Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2003. Projeto apresentado à disciplina "Processo de Execução", cujos professores eram Candido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque e Paulo Lucon.

CARPI, Federico. *Note in tema di techniche di attuazione dei diritti*, Napoli: Casa Editrice Jovene, 1996. p. 81-94.

CARVALHO, Fabiano *Execução da multa (Astreintes) prevista no art. 461 do CPC*. Revista de Processo, v. 29, n. 114, p. 11, mar./abr. 2004. p. 211.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

CHIOVENDA, Guisepppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de João Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

CRETELA JÚNIOR, José. Comentários à lei do mandado de segurança. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança . In: Scarpinella Bueno, Bueno; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Arruda Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmico atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap. 14.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução de liminar em mandado de segurança – desobediência: meios de efetivação da liminar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro:, n. 200, p. 309-325, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.

DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, v. 21, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996.

ESTEVES, Carolina Bonadimam. Aplicação e exigibilidade da multa coercitiva do art. 461, §§ 4º e 5º do CPC como forma de alcance do acesso efetivo à Justiça. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, p. 258, 2006.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de processo civil comentado: artigos 1 a 443*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FAGUNDES, Gisela Zilsch. Do contencioso administrativo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 2, jul./dez. 1977.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Prisão civil por alimentos e a questão da atualidade da dívida à luz da técnica de interesse: uma leitura constitucional da Súmula 309 do STJ: o tempo é o sr. da razão*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 26, n. 26, p. 7-29, abr./jun. 2006.

FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA, Megbel Abdala Tanus. Revisitando os pressupostos constitucionais do mandado de segurança. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, n. 35, p. 132-154, abr./jun. 2001

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FRANCO, Fernão Borba. A execução da sentença “mandamental” e a obrigação de fazer: possibilidade de prisão como um meio coercitivo. In: SCARPINALLA BUENO, Cássio; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 358-366.

GARBI, Carlos Alberto. Tutela jurisdicional diferenciada e efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 782, p. 49, 2000.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Curitiba: Juará, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Prisão civil, tratados de direitos humanos e as antinomias com a lei e com a Constituição. Jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10142>>. Acesso em: 30 ago. 2007.

GRECO, Vicente Filho. *Em busca da efetividade do processo. Comunicações – Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 153, 1998

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civi*, São Paulo, nº 41, p. 61-63, mai./jun. 2006.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 141, p. 53-71, 2006.

GUERRA, Marcelo Lima, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução contra o Poder Público. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 25, p. 61-80, out./dez. 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. *Princípios constitucionais do processo*. Disponível em: <www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/principios_constitucionais.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2007.

Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Junior e Marcelo Abelha Rodrigues in *A Nova Reforma Processual: Comentários às Leis n. 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.216-218

Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1472, 13 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10142>>. Acesso em: 20 set. 2007.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional á luz da constitucionalização do processo civil. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116. p. 29-38, jul./ago. 2004.

MACEDO, Elaine Harzheim. O mandado de segurança como instrumento de freios e contrapesos. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 58, p. 279-290, 1993

MAGALHÃES, José Carlos de. A prisão do depositário infiel: um ilícito internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 771, p. 76-86, jan. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006a.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipada da tutela*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006c.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 127, p. 58, set. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006b. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. p. 12. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 29 jun. 2007.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral, princípios fundamentais*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Contencioso administrativo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 8, n. 31, p. 126-130, jul./set.1983.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES, Carlos Alberto. *Manual do mandado de segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Tratados das ações. Ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Bookseller, 1998. Tomo 1.

MONTESQUIEU, Charles D. Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão civil e os direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha, DIDIER JR., Fredie & CHEIM JORGE, Flávio. *A Nova Reforma Processual*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A Lei 11.232/05, o devido processo legal e a execução civil. In: SANTOS, Ernane Fidélis et al. (Coord.) *Execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. In: SANTOS, Ernane Fidélis et al. (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.115.

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

RUIZ, Ivan Aparecido. A prisão civil por dívidas e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 5, p. 247-248, jan./jun. 2005.

SANTOS NETO, João Antunes dos, *Unicidade e dualidade de jurisdição*, *Revista da escola Paulista da magistratura*, ano 4, n. 2, p. 1-224, jul./dez. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. v. 1, t. 2.

SASSANI, Bruno. *Sul commissario all' ottemperanza quale organo dell' esecuzione forzata*, *Rivista di Diritto Processuale*, anno XLVII, n. 4, p. 1143-1169, otto./dic. 1992.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil, teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007a.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007c.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007d.

SCARPINELLA BUENO, Cassio . Comentários aos seguintes dispositivos: Do artigo 282 a 294, do 458 a 466, do 480 a 495, do 686 a 731. In: MARCATO, Antônio Carlos. (Org.). *Código do processo civil interpretado*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

SECRETÁRIO é preso por não fornecer remédio. *Jornal da Globo*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL36648-5598,00.html>>, Acessado em: 7 out. 2007.

SHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica do Direito do Estado*, Salvador, n. 4, p. 7, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/filtragem.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 237.

SILVA, Ovídeo A. Baptista da. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.

TALAMINI, Eduardo. Efeivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 233-245, 2001

TALAMINI, Eduardo. *Prisão civil e penal e "execução indireta" (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal)*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, p. 49-59, out/dez. 1998.

TALANINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TALAMINI, Eduardo . As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In: Scarpinella Bueno, Bueno; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Arruda Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmico atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dosTribunais, 2002. P. 287-316.

TARDIN, Luiz Gustavo. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ, José Rogério; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Temas Fundamentais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 4, p. 244.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O devido processo legal e a execução civil. In: SANTOS, Ernane Fidélis et al. (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 112-117.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 24. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil, do processo de execução, arts. 566 a 645*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 8.

APÊNDICE - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Para sabermos sobre a adoção, ou não, de um *contencioso administrativo*, precisamos voltar, mesmo que brevemente e sem o intuito de aprofundarmos em tal análise, ao tempo do Brasil-Império.

A dualidade de jurisdição existiu, para alguns historiadores, no Brasil Império através do Conselho de Estado do Império, Órgão do Poder Moderador.

O Regulamento nº 124 de 1842 fixou as atribuições jurisdicionais e contenciosas do Conselho de Estado, inspiradas no princípio de separação entre autoridades administrativas e judiciárias.

Mas, o primeiro resquício sobre o Conselho de Estado consistiu no decreto 18 de fevereiro de 1821 editado, ainda, por D. João VI. Contudo, é no decreto de 16 de fevereiro de 1822, emitido por D. Pedro, que existiu a figura do “Conselho de Procuradores Gerais das Províncias do Brasil”, que detinha atribuições sobre todas as outras esferas do Estado. Este Conselho foi extinto e menos de um mês depois foi criado o que chamamos de “Conselho de Estado”, em 13 de novembro de 1823. Assim, a Constituição Imperial de 1824, no Título V, Capítulo VII estabeleceu um “Conselho de Estado” composto por Conselheiros, que seriam ouvidos em todas as questões graves e gerais da administração pública. Mas, este Conselho também foi extinto (pelo Ato Adicional de 12 de agosto de 1834). E já com o Imperador D. Pedro II, com a publicação da Lei 234/1841, criou-se o último “Conselho de Estado”, em seu art. 7º, que durou até a proclamação da República³¹⁹.

Foi, portanto, editado o Regulamento 124 de 1842 que em seu art. 24 trazia a regra de que se o Presidente da Província ou o Procurador Geral da Coroa junto ao Governo Imperial e à Província do Rio de Janeiro obtiverem qualquer informação de que alguma autoridade judiciária conheceu de matéria administrativa, exigirão

³¹⁹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 138-139.

esclarecimentos precisos, explicando a razão de tal ocorrido. Caso o Presidente acredite que houve intromissão, ordenará à autoridade judiciária que cesse o curso do processo, concedendo o respectivo prazo para defesa. Se a competência for administrativa poderá qualquer uma das autoridades emitir uma decisão provisória ao Ministro da Justiça, mas caso seja competência judiciária o processo será devolvido ao juiz comum³²⁰.

Para J Guilherme de Aragão, a primeira afirmação que podemos tirar do art. 24 é que a autoridade administrativa está em um grau de superioridade em relação à autoridade judiciária, uma vez ser aquela que determina ao juiz comum que se abstenha de julgar causas de sua competência e decide, unilateralmente, a matéria em conflito de competência³²¹.

No Brasil-Império, as regras sobre a separação entre a autoridade administrativa e a autoridade judiciária não existiam na legislação, por isso o conflito era resolvido à medida que ocorria.

Daí não haver, propriamente, um *contencioso administrativo* nesta época, e sim, uma falta de separação total, na prática, das competências das duas esferas.

As competências não eram separadas de forma clara na legislação. O Conselho de Estado³²² determinou em vários pronunciamentos o domínio das duas ordens jurisdicionais, estabelecendo, por exemplo, que “as funções judiciárias atribuídas aos juizes e tribunais comuns têm por objeto a execução das leis civis, em suas relações com os indivíduos e a propriedade. Logo a autoridade judiciária só pode conhecer de casos particulares”. Enquanto, para as autoridades administrativas ficou determinado que:

[...] compete-lhes promover a execução das leis, de acordo com os interesses gerais e locais; desenvolver e proteger a riqueza pública; representar o Estado com proprietário de bens nacionais, julgar administrativamente as reclamações e os fatos pertinentes ao bem público, decidir sobre as contestações que a execução da lei poderá suscitar, quer

³²⁰ ARAGÃO, J. Guilherme de. *A justiça administrativa no Brasil*. Escola Brasileira de administração Pública- Fundação Getúlio Vargas, n. 25, p. 5-7, 1955.

³²¹ Aragão, 1955, p. 7,

³²² Aragão, 1955, p. 9.

entre os administradores e os administrados, quer entre o particular ou a entidade pública.

A divisão de competências é explicada pela *teoria dos atos em causa*, que fixa a competência de acordo com cada caso concreto. Assim estabeleceu o Conselho de Estado, ampliando a competência da autoridade administrativa, quando os legisladores retiraram do conhecimento do poder judiciário às ações que visavam a declarar o Estado devedor, pois estavam sendo numerosas decisões judiciais condenando à administração. O Conselho de Estado, por seu turno, remeteu à competência judiciária as questões de ordem civil, comercial e de *habeas corpus*, reservando à competência administrativa os litígios em que a administração atua como poder ou autoridade³²³.

Para Eduardo Lobo Botelho Gualazzi³²⁴ desde 1822 até 1889 (da Independência à República) não houve no Brasil um verdadeiro *contencioso administrativo*: “No máximo tivemos no Brasil-Império um arremedo de justiça administrativa, alheia ao Poder Judiciário, *mas totalmente dependente da administração ativa*, na qual se inseria e a que se *subordinava por texto legal, expresso e claro*” (grifo do autor).

No Brasil-República, não existiu nem mesmo essa brasileira versão do *contencioso administrativo*. A Constituição da República de 1891, em seu art. 60 preceituava:

Art. 60. Compete aos juizes ou tribunais federais processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal; b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo; c) as causas provenientes de compensações reivindicações, indenizações de prejuizos ou quaisquer outras propostas pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa.

O conhecimento de todos os litígios que envolvessem a pessoa jurídica pública da União estava concentrado na Justiça Federal, cabendo aos juizes locais, dos Estados competentes, conhecerem dos litígios civis e comerciais, bem como dos crimes do direito comum. Portanto, havia uma nítida unicidade de jurisdição. Tal

³²³ Aragão, 1955, p.13-16.

³²⁴ Gualazzi, 1986, p. 140.

unicidade de jurisdição foi mantida ininterruptamente pelas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967³²⁵.

Entretanto, surpreendentemente, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 no art. 111 dispôs: “a lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhes competência para o julgamento das causas mencionadas no art. anterior”. E o art. 110 estabelecia que:

[...] os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juízes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos.

Em razão desses artigos, Alfredo Buzaid, então Ministro da Justiça, denominou uma Comissão de Estudo do Contencioso Administrativo, que tinha como presidente José Cretella Júnior. Tal comissão chegou a uma conclusão: seria inviável a criação de um contencioso administrativo. Miguel Reale publicou sua *Resposta em O Estado de São Paulo* (edição de 9 de maio de 1984, p. 7) e nesta lembrou que de acordo com o art. 153, § 4º da vigente Constituição “[...] a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” e isso seria uma verdade irrefutável não permitindo a criação de qualquer órgão que julgasse atribuições do Poder Judiciário.³²⁶

Assim também, acredita José Cretella Junior³²⁷ quando aduz que a Constituição de 1969 nos citados artigos comete o maior dos absurdos, quando tem a pretensão de criar um “contencioso administrativo” para julgar os conflitos resultantes de relação de trabalho dos servidores com a União. Afirma não existir a menor possibilidade de instaurar um contencioso administrativo, estando em vigor o art. 153 § 4º, simplesmente porque este consagra a jurisdição una.

³²⁵ Gualazzi, 1986, p. 142.

³²⁶ Gualazzi, 1986, p. 142-145.

³²⁷ CRETILLA JUNIOR, José. O ‘contencioso administrativo’ inexistente. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, n. 75, p. 27-30, jul./set. 1985.

Concluindo, existiu muita resistência na elaboração de um contencioso administrativo, pois o Brasil adotou o sistema inglês de jurisdição una e por isso, não caberia a discussão de atribuições para julgamento a outro órgão que não fosse o Poder Judiciário.

O Regime de Unicidade de Jurisdição da República ficou, portanto, consagrado na Constituição de 1891, uma vez que deu novo domínio para as questões anteriormente tratadas pelo Contencioso Administrativo. Assim sendo, a Lei nº 221 de 1894 conferiu aos juízes de Seção o controle sobre os atos administrativos, quanto à ilegalidade de tal ato ou da decisão administrativa, na hipótese de incompetência ou abuso de poder, não cabendo ao juiz apreciar o mérito nem a oportunidade da questão administrativa. A falta, entretanto, de efetividade desse controle de anulação possibilitou o surgimento de um outro meio mais poderoso: o mandado de segurança.³²⁸

³²⁸ Aragão, 1955, p.23-25,

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, J. Guilherme de. *A justiça administrativa no Brasil*. Escola Brasileira de administração Pública- Fundação Getúlio Vargas, n. 25, p. 5-7, 1955.

CRETELLA JUNIOR, José. O 'contencioso administrativo' inexistente. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, n. 75, p. 27-30, jul./set. 1985.