

**A EFETIVAÇÃO-EXECUÇÃO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO
CONCEDIDO EM SENTENÇA OU EM GRAU RECURSAL E A TUTELA EFETIVA
DOS DIREITOS**

**THE EXECUTION OF THE ANTECIPATORY DECISION GRANTED IN THE
SENTENCE OR IN THE SECOND DEGREE OF JURISDICTION AND THE
EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION OF THE RIGHTS**

Shana Serrão Fensterseifer¹

RESUMO: Partindo da premissa de que o provimento antecipatório constitui técnica processual idônea a viabilizar a eficácia imediata *ope judicis* da sentença que dela necessita por tutelar direito em risco de dano ou perecimento, o presente artigo tem como principal objetivo investigar à luz do direito-garantia fundamental à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva quais são as técnicas processuais adequadas à efetivação deste provimento ofertadas pelo ordenamento processual brasileiro. Sob este intuito, portanto, este estudo almeja, basicamente, analisar se as técnicas processuais previstas nos arts. 475-O, 461 e 461-A do CPC são aptas a promover uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Técnicas processuais; Efetivação-execução; Provimento antecipatório; Efetividade da tutela jurisdicional.

Abstract: Based on the presupposition that the anticipatory provision is an adequate procedural technique to give immediate effectiveness to the sentence that need it, because protects material right in imminent risk of damage or dieback, this article has as main objective to investigate what are the adequate procedural technics that the Brazilian procedural system offers to implement this provision, based on the fundamental right-guarantee to adequate, timely and effective judicial protection. Based on this objective, this study craves, basically, analyze if the procedural technics signed on the arts. 475-O, 461 e 461-A of CPC are able to promote an adequate, timely and effective judicial protection.

Keywords: Procedural technics; Implementation; Anticipatory provision; Effectiveness of judicial protection.

¹ Mestranda em Direito, na área de concentração da Teoria Geral da Jurisdição e Processo, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Senso* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUCRS. Pesquisadora voluntária integrante dos Grupos de Estudo e Pesquisa de Jurisdição, Instrumentalidade e Efetividade do Processo e de Direito do Consumidor da PUCRS. Advogada. Porto Alegre/RS, Brasil.

INTRODUÇÃO

O estudo do tema da efetivação do provimento antecipatório proposto neste artigo parte da premissa de que o mesmo constitui técnica processual idônea a viabilizar a eficácia imediata *ope judicis* da sentença que dela necessita por tutelar direito em risco de dano ou perecimento, mas não a possui por não estar inserida em nenhuma das categorias de sentença com eficácia imediata *ope legis*.

Diante disso, uma solução satisfatória ao problema da falta de eficácia e efetividade desta categoria de sentença exige inevitavelmente uma investigação acerca das técnicas processuais idôneas à efetivação deste provimento antecipatório, visto que se o mesmo não for suscetível de efetivação de nada valerá para a parte que dele se beneficia.

Contudo, para adentrar na análise das técnicas de efetivação propriamente ditas é preciso partir da premissa de que a parte da sentença que viabiliza a sua exequibilidade imediata, nada mais é do que um provimento antecipatório, na medida em que antecipa uma produção de efeitos e exequibilidade que, de regra, só se viabilizaria após o julgamento da apelação, ou em alguns casos, apenas após o seu trânsito em julgado.

É preciso ter bem claro, neste contexto problemático e complexo, que embora este provimento antecipatório voltado a viabilizar a eficácia imediata do ato sentencial seja concedido em um momento processual mais avançado, isto é, em sentença ou em decisão liminar de segundo grau de jurisdição, a sua efetivação opera-se nos mesmos moldes do provimento antecipatório que é concedido liminarmente ou após a ouvida do réu, ou seja, com base no §3º do art. 273, CPC. Este, por sua vez, remete às técnicas de efetivação de título judicial provisório previsto nos arts. 475-O, 461 e 461-A.

Pode-se afirmar, assim, que o provimento antecipatório que viabiliza a eficácia e exequibilidade imediata da sentença nada mais é do que a antecipação da efetivação-execução provisória da sentença, que de regra, só se daria após o julgamento da apelação, ou em alguns casos apenas após o trânsito em julgado. Eis a razão da sua relevância para a categoria de sentença que tutela direito em risco de dano ou perecimento, mas não possui eficácia imediata *ope legis* a viabilizar a sua imediata satisfação. A soma de todas estas razões consubstancia a relevância e necessidade do estudo das técnicas de efetivação idôneas a viabilizar a tutela efetiva dos direitos que carecem de satisfação imediata. Este é o intento do presente artigo.

1. A EFETIVAÇÃO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO CONCEDIDO EM SENTENÇA OU EM GRAU RECURSAL

A técnica antecipatória² tem por desiderato viabilizar ao jurisdicionado a fruição imediata de um resultado prático concedido via provimento jurisdicional. Não é por outra razão, que um dos pontos mais sensíveis em matéria de provimento antecipatório é se o ordenamento processual oferece técnicas processuais aptas a permitir a sua efetiva realização. Destarte, considerando que ter um direito significa ter uma posição juridicamente tutelável, vale dizer, passível de concretização, é imprescindível para o jurisdicionado que o provimento jurisdicional (provisório ou definitivo) por ele obtido seja suscetível de efetivação.³

Por isso, sem a previsão de técnicas de efetivação idôneas no ordenamento processual o provimento antecipatório não passa de uma mera declaração jurisdicional sem qualquer valor prático para a parte que dela se beneficia.

Neste contexto, a legislação processual prescreve no art. 273, § 3º que “a efetivação da tutela antecipada observará, *no que couber e conforme a sua natureza*, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

O art. 588 foi revogado e substituído pelo atual art. 475-O, que cuida da execução pecuniária de título judicial provisório, mais especificamente, da técnica sub-rogatória da expropriação tipicamente empregada para a realização da tutela pecuniária. Por sua vez, os arts. 461, §§ 4º e 5º e 461-A cuidam da atuação de ordens judiciais que para a tutela do direito implicam um fazer, não fazer, entrega de coisa ou desapossamento de determinada coisa e que são efetivadas mediante coerção da vontade do demandado (técnica coercitiva) ou execução da ordem independentemente da vontade deste (técnica sub-rogatória).

Neste contexto, para analisar as técnicas idôneas à efetivação do provimento antecipatório concedido em sentença ou em grau recursal com o fito de viabilizar a sua eficácia e efetividade imediata é preciso partir da premissa de que o legislador tem o dever constitucional de organizar procedimentos e técnicas idôneas à tutela dos direitos, assim como o juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, ficando obrigado a extrair da norma processual a sua máxima

² Sobre a antecipação de tutela no Projeto de novo CPC, ver: FENSTERSEIFER, Shana Serrão. Tutela de urgência e tutela da evidência no novo Código de Processo Civil: uma análise crítica à luz da Constituição Federal. **Páginas de Direito**, Porto Alegre, 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/358-artigos-jun-2012/8566-tutela-de-urgencia-e-tutela-da-evidencia-no-novo-codigo-de-processo-civil-uma-analise-critica-a-luz-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 18 out. 2013.

³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

potencialidade, sempre com vistas a tutelar os direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva.

A partir desta premissa, fica fácil perceber que a antecipação de tutela não objetiva simplesmente antecipar os efeitos processuais da tutela jurisdicional final, mas sim, antecipar a realização propriamente dita da tutela do direito. Com efeito, para compreender a técnica antecipatória sob esta perspectiva é pressuposto lógico passar a enxergar e pensar o processo a partir do direito material e das necessidades evidenciadas pelo mesmo. Por isso, afirma-se que: “o direito material tem prioridade e proeminência em relação às formas de tutela jurisdicional e às técnicas processuais.”⁴

Como bem ensina Daniel Mitidiero, para analisar as técnicas adequadas à efetivação do provimento antecipatório é preciso ter como critério de análise dois fatores elementares: as necessidades evidenciadas pelo direito material afirmado em juízo e a maleável adequação entre técnica processual e formas de tutela dos direitos disponibilizadas pelo ordenamento processual.⁵

O sistema processual pátrio de efetivação e execução do provimento antecipatório é um dos mais ricos se comparado a outros sistemas jurídicos da família da *civil law*, pois conta com várias técnicas processuais disponibilizadas às partes e ao juiz para a efetivação dos direitos. Em outras palavras, o legislador processual, em estrita observância ao seu dever constitucional de organizar procedimentos e técnicas idôneas à tutela dos direitos (art. 5º, XXXV, CF), optou por adotar um sistema misto que prevê tanto técnicas típicas quanto atípicas para a tutela dos direitos. Além disso, o legislador brasileiro também prescreveu técnicas sub-rogatórias e coercitivas para viabilizar o cumprimento efetivo dos provimentos que antecipam a tutela jurisdicional, e como reforço disponibilizou a técnica sancionatória para punir o comportamento desobediente aos provimentos jurisdicionais.⁶

Como pode se perceber, o direito pátrio evoluiu de uma combinação rígida entre tipos de obrigação (tipos de tutela jurisdicional) e tipos de execução (tipos de técnica de efetivação) calcada em um formalismo processual exacerbado, para uma maleável adequação entre técnica e tutela dos direitos embasada na adequação, tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional.

⁴ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

Significa dizer que, em determinadas situações de direito material, a efetividade da proteção jurisdicional exige que não haja uma associação plena, direta e imediata entre as espécies de tutela e o modelo de efetivação previsto pelo sistema processual executivo, porquanto esta associação não é mais vista de um modo impositivo, mas sim, facultativo tendo em vista a necessidade de promover uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva dos direitos.⁷

Uma forma bastante útil e eficaz de analisar as técnicas adequadas à efetivação do provimento antecipatório é aquela que distingue⁸ as execuções pecuniárias das efetivações-execução não pecuniárias, a qual é adotada neste artigo para fins de melhor enfrentamento e abordagem do tema em exame.

Tal distinção se faz necessária pela seguinte razão: enquanto a execução pecuniária é em geral típica, pois se utiliza na grande maioria dos casos da técnica sub-rogatória, mais especificamente, de técnica expropriatória, implicando na necessidade de apreensão de bens do patrimônio do devedor, transformação do bem em pecúnia e satisfação do exequente; a efetivação-execução não pecuniária é em geral atípica, pois se utiliza tanto de técnicas coercitivas (*astreintes*, sanção pecuniária, multa coercitiva, prisão civil) quanto sub-rogatórias (apossamento de coisa através de busca e apreensão ou de imissão na posse) para a realização do direito.⁹

É justamente sobre estas técnicas processuais de efetivação do provimento antecipatório que passar-se-á a abordar no tópico seguinte.

1.1 EXECUÇÃO PECUNIÁRIA: SISTEMÁTICA DE EFETIVAÇÃO DOS PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS REFERENTES ÀS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA

⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

⁸ Impende ressaltar que é indiscutível a diferença existente em termos de significação entre as nomenclaturas: *efetivação* e *execução*, porquanto a primeira designa fenômeno jurídico mais amplo que a segunda. Aquela corresponde a qualquer forma de atuação concreta do provimento antecipatório. Esta última, por sua vez, consiste em fenômeno vinculado exclusivamente à técnica de efetivação do provimento antecipatório referente à tutela condenatória, vale dizer, à obrigação de pagar quantia. Neste sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

⁹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

A regra geral prevista pela legislação processual é a de que a efetivação da antecipação de tutela pecuniária, ou seja, da tutela reparatória em pecúnia e de tutela ressarcitória, serve-se da técnica expropriatória que demanda: penhora, preferencialmente em dinheiro e na forma eletrônica; avaliação do bem constricto; expropriação (preferencialmente através de adjudicação, ou então, venda particular, venda em juízo ou usufruto judicial) e pagamento ao exequente (arts. 273, §3º, 475-O e 647, CPC). Trata-se, assim, de regra que indica a utilização de técnica executiva típica para a efetivação antecipada do direito ao pagamento em quantia certa.

Contudo, é imprescindível atentar para o fato de que a técnica expropriatória só será aplicada para a efetivação do provimento antecipatório de natureza pecuniária se for adequada à necessidade de tutela evidenciada pelo direito material posto em juízo. É o que prescreve a própria legislação processual ao referir que a técnica processual prevista para determinada forma de tutela jurisdicional, tal como a execução forçada (expropriação) para a condenação, só se aplica *no que couber* para a obtenção da tutela do direito, neste caso, para o pagamento da quantia.

Cássio Scarpinella Bueno, de forma muito apropriada, observa que as expressões cruciais *conforme sua natureza* e *no que couber*, constantes no § 3º do art. 273, CPC, constituem técnicas apropriadas de efetivação de provimentos antecipatórios, as quais podem e devem ser combinadas a fim de viabilizar o meio mais idôneo à efetivação do provimento antecipatório de acordo com as necessidades evidenciadas pelo direito posto em juízo.¹⁰

Assim, segundo o processualista a expressão *conforme sua natureza* constante no § 3º do art. 273 do CPC deve ser interpretada no sentido de que *conforme a natureza urgente* da tutela antecipatória, pode o juiz adequar o meio de efetivação mais idôneo, tempestivo e efetivo para a satisfação antecipada do direito postulado.¹¹

Por sua vez, a locução *no que couber* do § 3º do art. 273 do CPC deve ser compreendida no sentido de legitimar a flexibilização do modelo executivo previsto abstratamente pelo legislador. Deste modo, diante da presença de urgência na antecipação da tutela, pode o juiz se valer do modelo executivo como mera referência, utilizando-se do mesmo apenas *no que couber* face às peculiaridades do caso concreto.¹²

¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

¹² BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

Diante deste panorama, fica fácil perceber que a técnica expropriatória não serve para a efetivação do provimento que antecipa a tutela com base na urgência da realização do direito posto em juízo. Neste caso específico, é latente a incongruência entre a necessidade de tutela e a morosidade inerente ao procedimento expropriatório.¹³

Nesta situação peculiar de direito material, dada a necessidade de extrema urgência da tutela, a técnica expropriatória pode não se revelar a mais adequada e eficiente para a obtenção urgente de quantia em dinheiro, em razão da incongruência entre o tempo necessário para a sua completa concretização e o tempo que o direito ao pagamento em quantia certa pode aguardar para ser realizado.

Não é por outra razão que quando o tema em pauta é a efetivação da tutela antecipada por urgência a questão que desperta maior controvérsia na doutrina é justamente a que concerne à técnica adequada para efetivar a antecipação de tutela pecuniária. Com efeito, o que se discute é se a técnica adequada para a efetivação desta tutela é a típica da execução provisória: penhora, avaliação e expropriação, que remete ao art. 475-J do CPC, ou a dos poderes mandamentais e executivos do juiz previstas nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC, respectivamente.

Partindo da premissa de que é inconcebível que em nosso devido processo legal não seja viabilizado o direito à tutela efetiva das obrigações de pagar quantia, o estudo das técnicas que podem propiciar a tutela jurisdicional do crédito ganha relevo. Do contrário, relegando o problema da tutela antecipada das obrigações de pagar quantia apenas ao modelo executivo previsto pelo legislador, desprestigia-se a força normativa dos direitos fundamentais, em especial, do direito à efetividade e idoneidade da tutela jurisdicional.¹⁴

Para melhor visualizar a inadequação da técnica expropriatória para a efetivação da antecipação da tutela pecuniária fundada na urgência, basta ponderar que, não obstante a penhora eletrônica¹⁵ possa se revelar frutífera, sendo a partir deste momento relativamente célere a realização do direito, ou seja, da obtenção de dinheiro em quantia certa, pode ocorrer,

¹³Neste sentido: MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

¹⁴MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 90.

¹⁵A penhora *online* é uma técnica inovadora que permite realizar a penhora eletronicamente. Consiste, deste modo, em adiantamento de ato construtivo, vale dizer, *medida de execução para segurança*, porquanto viabiliza a restrição judicial de numerário antes mesmo da intimação do devedor para cumprir voluntariamente a sentença, a fim de acelerar o *iter* executivo e garantir desde logo o direito ao recebimento de quantia certa reconhecido no título judicial provisório. QUARTIERI, Rita. **Tutelas de urgência na execução civil:** pagamento de quantia. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

entretanto, de não ser possível sequer aguardar a prática dos atos inerentes à técnica expropriatória para o recebimento da quantia em dinheiro.¹⁶

Nestes casos concretos complexos, almejando viabilizar a adequada, tempestiva e efetiva tutela do direito, possibilita-se¹⁷ ao juiz ordenar pagamento em dinheiro sob pena de multa coercitiva, com base no art. 461, §§ 4º e 6º, CPC.¹⁸ Assim, se for compatível com a capacidade econômica do executado e a relevância social do bem da vida posto em juízo, bem como, capaz de viabilizar a tempestiva e efetiva realização deste, não há razões para o juiz deixar de utilizar a multa coercitiva.

A idoneidade e efetividade da decisão mandamental e da multa coercitiva para a imediata efetivação da antecipação de tutela pecuniária decorre do fato de ser a única espécie de técnica apta a imediatamente promover realização da tutela de pagar quantia certa. Para tanto, na linha dos ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva, o que se propõe para fins de efetivação provimento antecipatório de natureza pecuniária é a introdução em nosso direito de um instrumento similar às *injuctions da common law*, através das quais se interditaliza a tutela processual, transformando a sentença condenatória em sentença mandamental.¹⁹

Para estas situações peculiares em que há necessidade de obtenção imediata de soma em dinheiro, o fato de inexistir previsão específica na legislação para aplicar a multa coercitiva na efetivação do provimento antecipatório de natureza pecuniária não pode significar que a lei restringe a sua execução à via expropriatória, própria à sentença condenatória. Luiz Guilherme Marinoni sustenta que interpretando a legislação processual desta forma acaba-se por retirar toda a razão de ser da tutela antecipatória e violar a ideia de

¹⁶MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

¹⁷A doutrina divergente sustenta que ao conceder a tutela através de meio executivo diverso do solicitado ou previsto na lei, o juiz estaria julgando e decidindo de forma *extra petita*. Sobre o tema ver: BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75. Por outro lado, Guilherme Rizzo Amaral entende que não há violação ao princípio da congruência, na medida em que este deve ser compreendido no sentido de que a compatibilidade que se exige é apenas entre a sentença e o pedido mediato (bem da vida que se busca obter), e não entre aquela e o pedido imediato (tipo de provimento jurisdicional que se busca). Ver em: AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e Execução da Sentença sob a ótica do formalismo-valorativo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 136-137.

¹⁸Parte significativa da doutrina pátria defende a possibilidade da utilização da multa coercitiva para a efetivação da tutela pecuniária antecipada com base na urgência: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 454; GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150-157; MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154; **Processo civil e estado constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 89-108; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 174-176; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 539.

¹⁹SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processos de execução e cautelar: o que deve ser feito para melhorar os processos de execução e cautelar.** **Revista Consulex**, n. 43, p. 44-46, 2000.

que as normas processuais devem ser interpretadas à luz do direito material e dos direitos fundamentais, especialmente do direito à efetividade da tutela jurisdicional.²⁰

Admitindo-se a aplicação dos poderes mandamentais do juiz e da medida coercitiva da multa do art. 461, §§ 4º e 6º, CPC para a efetivação do provimento antecipatório de tutela de natureza pecuniária, como bem define Luiz Guilherme Marinoni, se está a implementar uma ruptura com a disciplina tradicional do processo executivo, que se mostra absolutamente necessária tendo em vista a inefetividade da sentença condenatória e da execução provisória, rompendo-se, desta forma, com o convencional²¹ em nome da viabilização da tutela jurisdicional efetiva do direito.

Conforme ensina o processualista, esta possibilidade decorre do fato de que o legislador tem o dever constitucional de viabilizar a realização do direito fundamental à tutela efetiva dos direitos através da edição de técnicas processuais executivas idôneas à realização dos direitos, assim como o juiz tem o compromisso constitucional de interpretar e aplicar a legislação processual à luz deste direito fundamental, ficando obrigado a extrair da norma processual a sua máxima potencialidade, sempre com vistas a tutelar os direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva²², Deste modo, É constitucionalmente vedada a proteção legislativa e jurisdicional insuficiente.

O princípio que orienta esse posicionamento é o da necessidade ou finalidade da técnica processual, segundo o qual o meio deve ser o mais efetivo e idôneo à realização do direito e que cause a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado, ou seja, os atos de concretização da tutela devem ser praticados pelo modo que melhor atenda a razão de ser da antecipação da tutela, neste caso: a urgência em efetivar a tutela para o fim de afastar perigo de *dano irreparável ou de perecimento* do direito.²³

Destarte, se a técnica expropriatória não for adequada à efetivação do provimento que antecipa tutela de natureza pecuniária em razão da incongruência entre a necessidade de tutela e a morosidade inerente ao procedimento expropriatório, o juiz deve afastar a sua aplicação e

²⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 455.

²¹MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 238.

²²Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 219.

²³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 3, p. 88 e 182.

empregar técnica mais idônea à tutela do direito, desde que o faça, entretanto, fundamentadamente.²⁴

Disso decorre que nas hipóteses em que a antecipação de tutela estiver fundada na urgência mostra-se perfeitamente legítima a adoção de medidas igualmente urgentes visando a satisfação do direito²⁵ já reconhecido formalmente pelo magistrado quando da concessão da tutela antecipatória.

Conforme ensina Humberto Ávila, é importante ter bem claro que a aplicação de toda e qualquer norma jurídica exige a ponderação de dois fatores: daquilo que normalmente acontece, ou seja, situações concretas normais, e do caso concreto ao qual é destinado o emprego da norma. Assim, se o caso constitui situação diferenciada desconsiderada pela norma legal, a norma geral não pode ser aplicada. Nestas situações específicas e diferenciadas de direito material, a razoabilidade como equidade autoriza a superação da regra geral.²⁶

Arakén de Assis, no entanto, diverge deste entendimento que admite ordenar pagamento em dinheiro sob pena de multa coercitiva com base no art. 461, §§ 4º e 6º, CPC. Sustenta o processualista que a técnica adequada à efetivação da antecipação de tutela pecuniária é a da execução provisória, que por ser completa assim como a definitiva, se realiza nos termos do art. 475-J do CPC, ou seja, mediante penhora, avaliação e expropriação. Neste sentido, ensina que:

Dotada que seja do caráter provisório, a execução do provimento antecipatório, cuidando-se de prestações pecuniárias, dificilmente se dissociará do roteiro determinado para a execução definitiva. E isso porque o mecanismo da expropriação acabará se impondo por necessidades práticas.²⁷

Seguindo esta linha, Athos de Gusmão Carneiro defende que a definição da execução provisória como meio adequado à efetivação da antecipação de tutela pecuniária se justifica no fato de que mesmo diante do rito expropriatório, se entende que o demandante não estará submetido necessariamente ao procedimento moroso e anacrônico da hasta pública, uma vez

²⁴Neste sentido: MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 155.

²⁵BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

²⁶ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 164-167.

²⁷ASSIS, Araken de. **Manual da execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 119, 122. Neste sentido também é o entendimento de: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução: Parte geral.** 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 318; AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121-127; TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 469.

que terá a possibilidade de adjudicar o bem ou aliená-lo particularmente, observando-se assim a celeridade inerente ao instituto da tutela antecipada.²⁸

O princípio que orienta esse posicionamento, por sua vez, é o da adequação das formas, segundo o qual o meio deve ser adequado à natureza da tutela jurisdicional, o que foi atendido pelo legislador ao estabelecer o sistema processual executivo traçando procedimento próprio para cada espécie de tutela jurisdicional, mas que, entretanto, deve ser revisto diante das necessidades evidenciadas pelo direito posto em causa a fim de ajustar a técnica idônea, e assim, propiciar uma tutela adequada, tempestiva e efetiva do mesmo.

Este segmento doutrinário entende que o legislador ao empregar a locução *conforme sua natureza* no texto do § 3º do art. 273 quis referir à natureza da tutela jurisdicional, e não ao caráter urgente ou não da proteção que se busca obter. Com base nesta leitura, realizada à luz do princípio da adequação das formas, o que este dispositivo prescreve é que *conforme a natureza condenatória* a tutela antecipada deve ser efetivada observando-se o procedimento do art. 475-J. Os que seguem esta linha de interpretação sustentam que a mesma não implica em formalidade retrógada e desnecessária.²⁹

Divergindo deste entendimento, Ovídio Baptista da Silva sustenta que ao submeter a efetivação do provimento que antecipa efeito condenatório urgente à morosidade do procedimento da execução provisória, gera-se o risco de a promessa de antecipação só se concretizar no mundo dos fatos vários meses depois do deferimento da medida. Isso equivale a dizer que, a rigor, nada foi efetivamente antecipado a não ser a declaração formal de concessão da medida antecipatória e da promessa de seu cumprimento.³⁰

Na mesma linha, Cássio Scarpinella Bueno adverte que diante todo este *iter* do art. 475-J a ser percorrido para a efetivação da tutela jurisdicional, é consequência lógica a constatação de que há um considerável espaço de tempo entre a concessão do provimento antecipatório e a sua efetivação, e isso ocorre hodiernamente mesmo diante da simplificação e agilidade das técnicas executivas das obrigações de pagar trazidas pelas mais recentes reformas esparsas do processo civil, como a título de exemplo, a da alternativa de penhora eletrônica de dinheiro. Para se chegar a esta conclusão basta ponderar que, na eventualidade de não pagamento pelo devedor, mesmo ciente que da sua omissão decorre a aplicação da

²⁸CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 76.

²⁹ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120.

³⁰SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processos de execução e cautelar: o que deve ser feito para melhorar os processos de execução e cautelar. **Revista Consulex**, n. 46, p. 46, 2000.

multa e a sua sujeição aos atos executivos expropriatórios, não há como prever o tempo em que o demandante verá o seu direito satisfeito mediante a prestação da tutela jurisdicional.³¹

Outrossim, impende atentar para o fato de que aplicando o meio da execução provisória, e assim, a técnica expropriatória, nem mesmo a adjudicação do bem penhorado (art. 685-A, CPC), em determinados casos, afigura-se uma alternativa adequada à efetivação da antecipação de soma em dinheiro urgente, porquanto a sua prática pode exigir mais tempo do que o direito pode esperar para não sofrer dano ou perecer.³² Tratam-se, portanto, de hipóteses concretas que demonstram claramente a absoluta inadequação da técnica típica da execução provisória por expropriação para o caso de extrema urgência da tutela antecipada do direito.

Neste contexto de análise, e seguindo a linha doutrinária capitaneada por Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni³³, pode-se perceber que a execução pecuniária forçada mediante técnica expropriatória não foi elaborada para tutelar situações jurídicas de urgência, pelo contrário, foi pensada para as situações normais em que inexistente o fator anormal da urgência.

Neste cenário, pode-se afirmar que a urgência é um dado anormal, isto é, um elemento não considerado pela norma que estabelece a técnica expropriatória. Por isso, para que seja possível rejeitar o emprego da técnica expropriatória o juiz tem de caracterizar a existência de urgência na realização do direito, demonstrando a incongruência da execução forçada mediante expropriação com a necessidade de imediata realização do direito posto em juízo.³⁴

Portanto, uma vez constatada e justificada a necessidade de não aplicação da técnica executiva típica da expropriação, é preciso que o juiz proceda à nova justificativa para poder aplicar a técnica coercitiva atípica da multa para efetivar o provimento que antecipa tutela pecuniária com base na urgência.

Nestes termos, ensina Daniel Mitidiero que, como existe uma relação de meio e fim entre técnica processual e tutela do direito, é necessário que o operador do direito demonstre

³¹BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

³²BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

³³Ensina Marinoni que a tutela antecipada não está submetida ao processo de execução propriamente dito em razão de suas regras não terem sido elaboradas para dar cumprimento aos provimentos antecipatórios, porquanto as mesmas não levam em conta a necessidade de efetivação célere da ordem judicial. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 248.

³⁴MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 155.

que o emprego da multa coercitiva é adequado, necessário e proporcional à tutela do direito que se pretende realizar através do processo.³⁵

Destarte, para que o juiz possa empregar técnica processual atípica, tal como as medidas necessárias do §5º do art. 461, CPC, ou diversa daquela prevista pelo legislador para determinada situação de direito material, tal como a técnica coercitiva da multa ao invés da técnica expropriatória para a efetivação da antecipação de tutela pecuniária, é pressuposto obrigatório justificar o emprego da técnica processual atípica a partir de três elementos: i) *adequação*, ii) *necessidade* e iii) *proporcionalidade em sentido estrito*.

Significa dizer que o meio aplicado deve ser adequado à realização do fim, ou seja, deve existir uma relação de meio e fim entre técnica processual e tutela do direito. Ainda, o meio empregado deve ser necessário, vale dizer, deve ser aquele que, dentre os meios de mesma eficácia disponíveis no ordenamento processual, é o menos restritivo da esfera jurídica da parte adversa. E, por derradeiro, o meio aplicado deve ser proporcional em sentido estrito, isto é, o grau de importância da realização tutela do direito deve ser suficiente o bastante a justificar a intensidade da restrição ocasionada na esfera da parte contrária pelo emprego da técnica processual.³⁶

Essas são, portanto, as técnicas processuais oferecidas pelo legislador para a efetivação do provimento antecipatório que a tutela de natureza pecuniária.

1.2 EFETIVAÇÃO-EXECUÇÃO NÃO PECUNIÁRIA

1.2.1 Sistemática de efetivação dos provimentos antecipatórios referentes às obrigações de fazer e não fazer

O provimento antecipatório de tutela que se realize mediante um fazer, não fazer, entrega de coisa ou desapossamento de determinada coisa, incluídas, deste modo, a tutela inibitória e de remoção do ilícito, efetiva-se no ordenamento pátrio de forma atípica, pois pode ser realizado mediante o emprego de várias técnicas processuais disponibilizadas às partes e ao juiz, ou seja, tanto através de técnicas coercitivas quanto sub-rogatórias, e inclusive, sancionatórias.

³⁵MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

³⁶MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

O ordenamento processual prevê, a princípio, a aplicação da multa coercitiva para a efetivação do provimento antecipatório de tutela que implique um fazer ou não fazer (art. 461, §4º, CPC) ou de tutela do direito à coisa (art. 461-A, CPC). Contudo, além desta alternativa, ao juiz é outorgado ainda um amplo poder executivo que o permite empregar as medidas que julgar necessárias para a efetivação da antecipação da tutela do direito (art. 461, §5º e 461-A, §3º, CPC), podendo executar ordens judiciais independentemente da vontade do demandado mediante técnica sub-rogatória e, inclusive, penalizar a parte que não observar a ordem judicial ou criar embaraços à realização de preceitos judiciais (art. 14, V, CPC).

Dentre estas variadas técnicas processuais disponibilizadas pelo legislador para a efetivação de provimentos jurisdicionais, parte significativa da doutrina vê a multa coercitiva como a técnica ideal para a tutela dos direitos, dada a sua maleabilidade, completude e economicidade.³⁷ Trata-se de técnica, cuja origem na ordem jurídica pátria remete às *astreintes* francesas e que tem por desiderato atuar sobre a vontade do demandado a fim de convencê-lo a realizar a conduta ordenada pelo juiz. Constitui, deste modo, técnica com função coercitiva, e não, punitiva ou ressarcitória. Em termos de tratamento legislativo da multa coercitiva, o ordenamento processual pátrio é ainda bastante tímido, dado que dele se ocupa apenas nos §§ 2º, 4º e 6º do art. 461, CPC.³⁸

Tal técnica pode ser empregada de ofício ou a requerimento da parte (§4º do art. 461, CPC). Aliás, a sua modificação³⁹ (§6º do art. 461, CPC) e revogação⁴⁰ também podem ser realizadas de ofício, integrando-se, assim, no poder executivo e de condução do processo outorgado ao juiz com vistas à tutela jurisdicional efetiva do direito. O beneficiário da multa coercitiva é o jurisdicionado, pois se a lei prescreve que eventual indenização por perdas e

³⁷TARUFFO, Michele *apud* MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156-157.

³⁸Conforme bem observa Mitidiero, é preciso atentar, no entanto, que caso não observada a ordem judicial proferida com cominação de multa, o valor cominado resulta em sanção pecuniária. A natureza coercitiva decorre da sua finalidade que é estritamente de coerção. A sanção, nada mais é do que um resultado prático não almejado precipuamente por esta técnica coercitiva. MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156-157.

³⁹A possibilidade de modificar o valor da multa coercitiva é matéria indiscutível, pois decorre de previsão legal expressa, a saber, do art. 461, §4º, CPC. O que pode gerar debate, entretanto, é a questão de até que momento o juiz modificá-la. Segundo a jurisprudência, esta modificação pode se dar ao longo de todo o processo, e inclusive, na fase de cumprimento da decisão. Do que se conclui que a determinação de multa coercitiva não faz coisa julgada. Ver nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 745.631/PR, 4ª Turma, Relator Min. Aldir Passarinho. Publicado no Diário da Justiça da União em 18.06.2007.

⁴⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 776.922/SP**, 2ª Turma, Relatora Min. Eliana Calmon. Publicado no Diário da Justiça da União em 13.04.2007.

danos se dará sem prejuízo da multa, se conclui que ambos os valores possuem identidade de destinatário, ou seja, reverterem em benefício da parte.⁴¹

Como toda e qualquer técnica processual, a multa coercitiva deve ser empregada pelo juiz de modo proporcional, observando os critérios de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, sempre com vistas às necessidades do direito que se busca realizar de forma antecipada, sob pena de revelar-se arbitrária, inidônea e ineficaz.

Destarte, prescreve o legislador que a multa deve ser *suficiente* em termos de valor, *compatível* com o direito objeto da tutela e fixada em *prazo razoável* para o cumprimento da ordem (§4º do art. 461, CPC). Ou seja, tanto a sua fixação quanto à estipulação de prazo para o cumprimento da ordem sob pena de multa devem ser *necessárias* à efetivação antecipada do direito posto em causa. Outrossim, a cominação de multa coercitiva deve ser *adequada* às necessidades do direito que se busca realizar de forma antecipada e, ainda, o seu valor deve ser suficiente o bastante (*proporcional em sentido estrito*) para convencer o demandado a realizar a condutada ordenada pelo juiz.

A multa coercitiva pode ser *fixa* ou *periódica*, e neste último caso, pode ser ainda, *estática* ou *progressiva*. A multa é fixa quando é determinado um valor pecuniário em parcela única para caso de descumprimento da ordem. Por consequência lógica, é periódica quando é cominado um valor pecuniário por unidade de tempo para a hipótese de inadimplemento da ordem. Na modalidade periódica, pode ainda, manter o seu valor ao longo do prazo concedido pelo juiz para o cumprimento da ordem, sendo, deste modo, estática, ou então, aumentar o seu valor, sendo, neste caso, progressiva.⁴²

Dito isso, fica fácil perceber que a multa fixa é adequada para compelir o cumprimento de ordens de não fazer (abstenção), desde que, obviamente fixada em valor suficiente para convencer o demandado a não praticar a conduta cuja abstenção foi ordenada pelo juiz. Não surtiria qualquer efeito fixar uma multa periódica para uma ordem judicial de abstenção quando basta uma única inobservância da mesma para revelar a inidoneidade da multa para convencer o demandado a cumprir o ordenado, sendo, portanto, incompatível com o fim de abstenção a multa periódica. Ou seja, se a finalidade desta medida é coagir ao cumprimento, não tem sentido fazê-la incidir quando já transgredida a ordem.

⁴¹Para um estudo mais aprofundado sobre a técnica coercitiva da multa, ver: AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 350-381; GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; OLIVEIRA, Evandro de. **Multa no código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴²MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158.

Em contrapartida, a multa periódica é idônea para coagir o cumprimento de ordens de fazer que impliquem na adoção de comportamento ativo por parte do demandado. É igualmente adequada para compelir a entrega de coisa, pois em ambas as situações de direito material quanto maior a resistência do demandado em observar o ordenado, maior deve ser o poder coercitivo da multa. A incidência desta multa pode se dar tanto de modo estático quanto progressivo, em conformidade com as necessidades evidenciadas pelo direito material posto em juízo. Esclarecida a sua caracterização, fica fácil perceber que a compatibilidade da multa periódica está restrita à realização das ordens de fazer, incluídas às concernentes à entrega de coisa.⁴³

Quanto à forma de incidência da multa periódica que se dá por unidade de tempo, embora o mais corriqueiro na prática forense seja a cominação de multa diária (§4º do art. 461, CPC), nada impede que a cominação da multa se dê por outra unidade de tempo, como por exemplo, por segundos, minutos, horas, semanas, etc.,⁴⁴ pois assim autoriza o próprio §6º do art. 461, CPC, desde que, obviamente, seja suficiente e compatível com as necessidades do direito que se busca realizar de forma antecipada, sob pena de se revelar arbitrária, inidônea e ineficaz.

O valor da multa coercitiva, como já referido, deve ser suficiente para convencer o demandado a cumprir imediatamente o ordenado, e por isso, não está atrelado ao valor econômico do direito material objeto da tutela que se busca obter. A *suficiência* do valor que o legislador refere no art. 461, §4º, CPC, aduz aos seguintes fatores que devem ser considerados na sua fixação: i) o perfil econômico do demandado, mais especificamente, do seu potencial econômico de resistência à ordem, ii) a relevância social outorgada pela Constituição ao bem jurídico que se almeja tutelar com a ordem judicial⁴⁵, e iii) a necessidade de tutela do mesmo.

Consoante já mencionado, o prazo para cumprimento da ordem que determina um fazer, não fazer ou entrega de coisa deve ser razoável, ou seja, compatível com a dificuldade própria da tarefa ordenada judicialmente, de tal modo que quanto mais complexo o cumprimento da ordem, naturalmente maior prazo deve ser concedido a parte para o seu cumprimento, sob pena de resultar arbitrário, abusivo, inidôneo e ineficaz.

⁴³MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158.

⁴⁴Neste sentido: MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158.

⁴⁵MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158.

Este prazo para cumprimento da ordem sob pena de multa, obviamente, só vincula a parte a partir do momento em que é intimada pessoalmente da mesma.⁴⁶ Significa dizer que, só a partir da intimação pessoal do demandado que a conduta ordenada passa a ser exigível, incidindo a multa em caso de transgressão da ordem. Transgredida a determinação, o valor da multa passa a ser exigível, entretanto, ainda não é exequível, passando a ser apenas após o trânsito em julgado da decisão favorável à parte que é dela beneficiária.⁴⁷

Segundo ensina Luiz Guilherme Marinoni, além da medida coercitiva indireta da multa, o art. 461 do CPC conta também com as medidas de coerção direta e de sub-rogação que viabilizam a efetivação antecipada da tutela que se realize mediante um fazer ou não fazer independentemente da vontade do demandado. Constituem, assim, modalidades de execução direta porque conduzem diretamente à tutela do direito.⁴⁸

De acordo com o processualista, em relação à execução direta há, portanto, duas modalidades de técnica executiva: a de coerção direta e a de sub-rogação. A medida coercitiva direta não substitui a prestação devida pelo demandado, pois essa não existe. Esta técnica atua nos casos em que para a efetivação do provimento antecipatório, e assim, para a realização do direito, não se faz necessária a atuação do vencido, bastando, por exemplo, a expedição de mandado de remoção de pessoas e coisas, impedimento de atividade nociva, busca e apreensão, a ser cumprido por auxiliar do juízo.⁴⁹

A medida sub-rogatória, por sua vez, substitui a prestação do executado. Essa técnica atua, portanto, nos casos em que para a efetivação do provimento antecipatório, e assim, para a realização do direito, se faz necessária uma prestação do demandado, a qual restando inadimplida exige atuação substitutiva de terceiro que satisfaz a obrigação no lugar da parte.⁵⁰ Entretanto, tais medidas sub-rogatórias só serão idôneas à efetivação do provimento antecipatório de tutela que se realize mediante um fazer fungível, uma vez que sendo a prestação infungível, esta só poderá ser cumprida pelo próprio demandado, caso em que a única técnica de efetivação aplicável será a da multa coercitiva.

⁴⁶O entendimento jurisprudencial é pacífico neste sentido: Súmula 410, STJ: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança da multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

⁴⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar nº 12.809/RS**, 3ª Turma, Relatora Min. Nanci Andriahi. Publicado no Diário da Justiça da União em 15.05.2007; **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 871.165/RS**, 3ª Turma, Relatora Min. Paulo Furtado. Publicado no Diário da Justiça da União em 15.09.2010.

⁴⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99-100.

⁴⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99-100.

⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99-100.

Além das técnicas da técnica coercitiva indireta, direta e sub-rogatória, a legislação processual prevê ainda no §5º do art. 461 uma espécie de cláusula executiva aberta que permite ao juiz determinar as medidas necessárias para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Tal dispositivo representa um significativo avanço do ordenamento processual, na medida em que rompe com o sistema executivo típico para a tutela dos direitos, instaurando um sistema atípico para sua proteção, viabilizando, deste modo, ao juiz a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva dos direitos.

Prescreve o art. 461, §5º, CPC, que: “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”. Este rol das medidas executivas necessárias é meramente exemplificativo, o que justifica a expressão empregada neste artigo de cláusula executiva aberta, e aplicável tanto para a efetivação de título definitivo, quanto provisório, incluindo, portanto, o provimento antecipatório.

Assim, a antecipação de tutela que se realize mediante um fazer ou não fazer pode ser efetivada através da coerção do demandado ao cumprimento da ordem mediante a incidência de multa, ou então, independentemente da vontade deste, através da atuação de auxiliar do juiz (medida coercitiva direta) ou de terceiro (medida sub-rogatória), satisfazendo, deste modo, de imediato o direito que encontra-se em risco de dano ou perecimento.⁵¹

1.2.2 Sistemática de efetivação dos provimentos antecipatórios referentes às obrigações de entrega de coisa

Na hipótese de provimento que antecipa a tutela do direito à coisa (art. 461-A, CPC), o ordenamento processual prevê, além da multa coercitiva, caso não cumprida a ordem judicial, a técnica sub-rogatória da expedição de mandado de busca e apreensão, se coisa móvel, e de imissão na posse, se coisa imóvel (§2º do art. 461-A, CPC). Busca-se, em ambos os casos, seja com base em título provisório, seja em título definitivo, o desapossamento do demandado, ou seja, a realização do direito à coisa independentemente da vontade do devedor.

⁵¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99-100.

Além das técnicas da multa coercitiva e do desapossamento, assim como na sistemática de efetivação do provimento antecipatório referente às obrigações de fazer e não fazer, a legislação processual prevê ainda no §5º do art. 461 uma cláusula executiva aberta que permite ao juiz determinar as medidas necessárias para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente.

Como já referido, prescreve o art. 461, §5º, CPC, que: “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”. Vale frisar que este rol das medidas executivas necessárias é meramente exemplificativo, o que justifica a expressão empregada nesta pesquisa de cláusula executiva aberta, e aplicável tanto para a efetivação de título definitivo, quanto provisório, incluindo, portanto, o provimento antecipatório.

Por derradeiro, o legislador concede ainda ao juiz a possibilidade de empregar multa sancionatória ao ato atentatório à dignidade da jurisdição, pois considerando que é dever das partes “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final” (art. 14, V, CPC), a sua inobservância sujeita à parte à multa por desobediência à autoridade, ou seja, ao *contempt of court* (art. 14, parágrafo único). Impende atentar que esta técnica se aplica tanto à efetivação do provimento antecipatório que tutele uma obrigação de entregar coisa, quanto uma obrigação de fazer ou não fazer ou de pagar quantia certa.

2. CONTROLE DO PODER EXECUTIVO DO JUIZ

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, dada as limitações físicas e objetivo precípua de investigação deste artigo, é importante destacar que no direito processual contemporâneo não há como estudar satisfatoriamente o tema da efetivação de provimento antecipatório de tutela sem dar uma atenção especial à relevante questão do controle do poder executivo do juiz, que indubitavelmente deve existir neste cenário de estudo. Com efeito, a questão chave que ser desvendada neste contexto é saber como viabilizar e promover este controle.

Seguindo a linha de raciocínio desenvolvida por Daniel Mitidiero: “o controle do poder de efetivação e execução da decisão que antecipa a tutela jurisdicional é realizado

através da conjugação da regra do interesse do demandante (art. 612, CPC) e da proporcionalidade da técnica executiva.” Explica o processualista que este postulado normativo da proporcionalidade envolve o atendimento da sub-regra do meio mais idôneo (*adequação*), do meio menos gravoso (*necessidade*) e da justificação da relevância da realização tutela do direito em comparação à restrição ocasionada na esfera da parte contrária pelo emprego da técnica processual (*proporcionalidade em sentido estrito*).⁵²

Sob esta perspectiva de solução à questão em jogo, considerando que a regra central aplicável à jurisdição executiva é a que determina que dentre as várias técnicas processuais igualmente idôneas, deve-se empregar a menos agravosa ao demandado, importa ter bem claro que não é possível preferir a adoção de meio menos idôneo apenas para proteção da posição jurídica do demandado. Significa dizer que, entre o meio mais idôneo e mais gravoso e o meio menos idôneo e menos gravoso, deve prevalecer na escolha do juiz o emprego do meio mais idôneo, ainda que mais gravoso, pois a efetivação ou execução do provimento antecipatório se dá, antes, no interesse do demandante.⁵³

Complementando esta linha de raciocínio, Teori Zavascki ensina que o princípio da finalidade deve ser imprescindivelmente levado em consideração para a definição da técnica processual de efetivação da tutela antecipada, em especial, daquela fundada no fator urgência, de modo que os atos de concretização da tutela devem ser praticados pelo modo que melhor atenda a razão de ser da antecipação da tutela.⁵⁴

CONCLUSÃO

Partindo da premissa de que o provimento antecipatório constitui técnica processual idônea a viabilizar a eficácia imediata *ope judicis* da sentença que dela necessita por tutelar direito em risco de dano ou perecimento, buscou-se realizar no presente artigo uma investigação acerca das técnicas processuais adequadas à efetivação deste provimento antecipatório. Neste contexto, destacou-se que embora tal provimento seja concedido em um momento processual mais avançado (em sentença ou em decisão liminar de segundo grau de jurisdição), a sua efetivação opera-se nos mesmos moldes do provimento antecipatório que é

⁵²MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 160.

⁵³MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 160.

⁵⁴ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 93.

concedido liminarmente ou após a ouvida do réu, ou seja, com base no §3º do art. 273, CPC, justamente por tratar-se de efetivação-execução provisória da sentença.

Para a análise das técnicas idôneas à efetivação do provimento antecipatório concedido em sentença ou em grau recursal com o fito de viabilizar a sua eficácia e efetividade imediata, ressaltou-se que é preciso partir de duas premissas básicas: a) como decorrência do direito-garantia fundamental do cidadão à tutela efetiva, o legislador tem o dever constitucional de organizar procedimentos e técnicas idôneas à tutela dos direitos, assim como o juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, ficando obrigado a extrair da norma processual a sua máxima potencialidade, sempre com vistas a tutelar os direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva; além disso, b) é preciso ter como critério de análise dois fatores elementares: b.1) as necessidades evidenciadas pelo direito material afirmado em juízo e b.2) a maleável adequação entre técnica processual e formas de tutela dos direitos disponibilizadas pelo ordenamento processual.

Diante do sistema processual brasileiro misto que prevê tanto técnicas típicas quanto atípicas para a tutela dos direitos, bem como prescreve técnicas sub-rogatórias, coercitivas e sancionatória para viabilizar o cumprimento efetivo dos provimentos que antecipam a tutela jurisdicional, constatou-se que o direito processual pátrio evoluiu de uma combinação rígida entre tipos de obrigação (tipos de tutela jurisdicional) e tipos de execução (tipos de técnica de efetivação) calcada em um formalismo processual exacerbado, para uma maleável adequação entre técnica e tutela dos direitos embasada na adequação, tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional. Conclui-se, diante deste cenário processual contemporâneo, que a efetividade da proteção jurisdicional exige que não haja mais uma associação plena, direta e imediata entre as espécies de tutela e o modelo de efetivação previsto pelo sistema processual executivo, porquanto esta associação não é mais vista de um modo impositivo, mas sim, facultativo tendo em vista a necessidade de promover uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva dos direitos.

Diante deste panorama, procurou-se demonstrar que a técnica expropriatória não serve para a efetivação do provimento que antecipa a tutela com base na urgência da realização do direito, e isso se explica pelo fato de que a urgência é um dado anormal, isto é, um elemento não considerado pela norma que estabelece a técnica expropriatória. Nestes casos concretos, almejando viabilizar a adequada, tempestiva e efetiva tutela do direito, ao juiz é permitido ordenar pagamento em dinheiro sob pena de multa coercitiva, com base no art. 461, §§ 4º e 6º, CPC. Assim, se for compatível com a capacidade econômica do executado e a relevância

social do bem da vida posto em juízo, bem como, capaz de viabilizar a tempestiva e efetiva realização deste, não há razões para o juiz deixar de utilizar a multa coercitiva. E isso deve ao fato de que é constitucionalmente vedada a proteção legislativa e jurisdicional insuficiente.

Neste sentido, entende-se que a técnica expropriatória só será aplicada para a efetivação do provimento antecipatório de natureza pecuniária se for adequada à necessidade de tutela evidenciada pelo direito material posto em juízo. Por essa razão, defende-se que a expressão *conforme sua natureza* constante no § 3º do art. 273 do CPC deve ser interpretada no sentido de que *conforme a natureza urgente* da tutela antecipatória, pode o juiz adequar o meio de efetivação mais idôneo, tempestivo e efetivo para a satisfação antecipada do direito postulado. Por sua vez, a locução *no que couber* do § 3º do art. 273 do CPC deve ser compreendida no sentido de legitimar a flexibilização do modelo executivo previsto abstratamente pelo legislador. Deste modo, diante da presença de urgência na antecipação da tutela, pode o juiz se valer do modelo executivo como mera referência, utilizando-se do mesmo apenas *no que couber* face às peculiaridades do caso concreto.

O princípio que legitima esse posicionamento é o da necessidade ou finalidade da técnica processual, segundo o qual o meio deve ser o mais efetivo e idôneo à realização do direito e que cause a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado, ou seja, os atos de concretização da tutela devem ser praticados pelo modo que melhor atenda a razão de ser da antecipação da tutela, neste caso: a urgência em efetivar o provimento antecipatório para o fim de eliminar o perigo de *dano irreparável ou de perecimento* do direito.

Em linha conclusiva, para que o juiz possa empregar técnica processual atípica, tal como as medidas necessárias do §5º do art. 461, CPC, ou diversa daquela prevista pelo legislador para determinada situação de direito material, é pressuposto obrigatório justificar o emprego da técnica processual atípica a partir de três elementos: i) *adequação* (meio mais idôneo), ii) *necessidade* (meio menos gravoso) e iii) *proporcionalidade em sentido estrito* (restrição na esfera da parte contrária se justifica pela relevância da realização tutela do direito). Concluiu-se, assim, que a solução à problemática do controle do poder jurisdicional executivo está em fazer prevalecer na escolha do juiz o emprego do meio mais idôneo, ainda que mais gravoso, pois a efetivação ou execução do provimento antecipatório se dá, antes, no interesse do demandante. Do contrário, o provimento antecipatório fundado na urgência (no perigo de dano ou perecimento) não teria a menor razão de ser.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Cumprimento e Execução da Sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FENSTERSEIFER, Shana Serrão. Tutela de urgência e tutela da evidência no novo Código de Processo Civil: uma análise crítica à luz da Constituição Federal. **Páginas de Direito**, Porto Alegre, 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/358-artigos-jun-2012/8566-tutela-de-urgencia-e-tutela-da-evidencia-no-novo-codigo-de-processo-civil-uma-analise-critica-a-luz-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 18 out. 2013.

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

_____. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Evandro de. **Multa no código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUARTIERI, Rita. **Tutelas de urgência na execução civil**: pagamento de quantia. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processos de execução e cautelar: o que deve ser feito para melhorar os processos de execução e cautelar. **Revista Consulex**, n. 43, p. 44-46, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Processo de execução: Parte geral**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.