

MARIELLI CINTIA BOER

**A TUTELA INIBITÓRIA À LUZ DO ARTIGO 461 DO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para aprovação no Curso de Especialização (Área de Concentração: Direito Processual Civil: Tutela).

Orientador: Prof. Luís Eduardo Simardi Fernandes

SÃO PAULO
2012

Marielli Cintia Boer

**A TUTELA INIBITÓRIA À LUZ DO ARTIGO 461 DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE ESPECIALISTA EM DIREITO
PROCESSUAL CIVIL**

Presidente e Orientador: Luis Eduardo Simardi Fernandes

2º Examinador:

3º Examinador:

São Paulo, 31/10/2012

Dedico este trabalho aos meus pais, Roberto e Maria Estér, pelo amor incondicional.

Agradeço a Deus e a meus pais,
sempre.

E não vos conformeis com as coisas deste mundo, mas transformai-vos pela renovação do vosso entendimento, para que experimenteis qual seja a boa, agradável e perfeita vontade de Deus.

(Romanos, cap. 12, v. 2)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar uma ferramenta que tem como escopo prevenir a ilicitude, que é a tutela inibitória. Com sua introdução no cenário jurídico brasileiro pelo artigo 461 do Código de Processo Civil, ela veio proporcionar uma ação antecipativa aos fatos que podem trazer malefícios irreparáveis se não forem coibidos de imediato. Além disso, juntou-se de forma viável ao intento das alterações trazidas no Código de Processo Civil de 2006, a fim de fazer vigorar os princípios processuais da celeridade e economia processual.

Palavras-chave: tutela, inibitória, específica, multa, coercitiva, celeridade, economia.

ABSTRACT

The current paper has the intent to analyze an action which prevents the wrongfulness, called inhibitory guardianship. Introduced on the Brazilian legal scenario by Brazilian Civil Procedure Code, clause 461, it came to provide an anticipative action to facts that could provoke irreparable harm if not immediately restrained. Notwithstanding, together with the Civil Procedure Code amendments in 2006, enforced the procedural principles of diligence and celerity.

Key words: guardianship, inhibitory, specific, fine, coercive, celerity, economy.

SUMARIO

Este estudio tiene como objetivo analizar una herramienta que tiene como alcance para evitar la ilegalidad, que es el inhibidor paraguas. Con su introducción en el escenario brasileño legal en virtud del artículo 461 del Código de Procedimiento Civil, proporcionó una acción anticipativa a hechos que podrían traer un daño irreparable si no inmediatamente contuvo. Además, se incorporó de manera viable la intención de los cambios introducidos en el Código de Procedimiento Civil, 2006, para hacer cumplir los principios procesales de la diligencia y economía procesal.

Palabras claves: tutela, la orden judicial, específico, bien, coercitivo, velocidad, economía.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA INIBITÓRIA.....	15
1. Linhas gerais	
2. Sobre o ilícito e dano	
CAPÍTULO II - A TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPATÓRIA.....	21
1. Acerca da antecipação da tutela com fixação de multa para descumprimento: esta pode ser executada antes de proferida a sentença?	
CAPÍTULO III - MEDIDAS COERCITIVAS DO ARTIGO 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ILLIMITABILIDADE DO §5º	25
1. Medidas coercitivas	
2. Para a efetividade da coerção, é possível cumular a multa com outra medida de apoio do art. 461?	
3. A multa é devida apenas em caso de trânsito em julgado da sentença de procedência?	
4. O valor da multa	
5. Da revisão do valor da multa	
6. Da periodicidade da multa	

CAPÍTULO IV – DOS ATOS EXECUTIVOS CONCERNENTES AO ARTIGO 461.....35

1. Deferido pelo juiz a tutela pretendida pelo autor (obrigação de fazer ou de não fazer), basta a intimação do advogado do réu para cumprimento da obrigação ou o réu terá que ser intimado pessoalmente?

CONCLUSÃO..... 41

REFERÊNCIAS..... 42

INTRODUÇÃO

O ser humano sempre experimentou a via judiciária por ter sido atingido pela ilicitude de atos praticados ou que deixaram de ser praticados pelo homem que normalmente, mas não necessariamente, geram um dano. Com isso, surge a busca da tutela jurisdicional do Estado a fim de obter, nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, “sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição”.¹

Essa tutela faz parte da democracia e da justiça social, que dispõem às partes, conforme diz Sálvio de Figueiredo Teixeira² “os meios, vias e mecanismos para demandarem o provimento judicial ou resistirem à pretensão ajuizada, afastando os obstáculos econômicos, culturais e sociais”.

Observa-se que o acesso a justiça pelo direito de ação e de defesa vai além das relações civis e se diferencia dos direitos constitucionais sob duplo aspecto, nos termos da citação de *Alessandro Pace*:³

“Da um lato, perché senza il diritto di azione e di difesa tutti i diritti, anche quelli costituzionalmente riconosciuti, si risolverebbero in enfatiche proclamazioni prive di concreta garanzia; dall’altro, perché esso pressupone l’esistenza di diritti

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ed., revista e atualizada. Editora Malheiros, impresso no Brasil em 04.2009, p. 107.

² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v.I, ano I, p. 253 et seq., 1994.

³ PACE, Alessandro. *Problemativa delle libertà costituzionali*. Padova : Cedam, 1985, p. 62.

soggettivi e di interessi legittimi (analogamente v. art. 113 Cost.), e sfugge perciò alla necessita dell'analisi strutturale della situazione giurídica soggettiva e, quindi, alla necessita della sua qualificazione nel primo o nel secondo senso.”⁴

Ensina ainda o autor que o valor que a norma constitucional se preocupa em tutelar por via da tutela dos interesses individuais é realmente fundamental e por isso a Corte Constitucional incluiu o direito à tutela jurisdicional entre os princípios supremos do nosso ordenamento constitucional.

E é pela busca da efetividade da jurisdição e por um processo civil de resultados que surgiu a tutela específica no nosso ordenamento jurídico. Ocorre que, equivocadamente, até hoje é presente na doutrina do direito civil brasileiro que a tutela contra o ilícito é a de reparação do dano, conhecida como ressarcitória.

No entanto, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

Foi com base nesse dispositivo que a Lei 8.952 de 1994 introduziu o artigo 461 no Código de Processo Civil (“CPC”), podendo se revestir da individualidade, lastreando-se para o âmbito coletivo pelo artigo 84 no Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de evitar que o ilícito ocorra, prossiga ou se repita, ou seja, para evitar a violação do próprio direito material da

⁴ De um lado, porque sem o direito de ação e de defesa todos os direitos, também aqueles constitucionalmente reconhecidos, se resolveriam em enfáticas proclamações de renúncia da garantia concreta; por outro, porque se pressupõe a existência dos direitos subjetivos e dos interesses legítimos (analogamente v. art. 113 Const.), e foge por essa razão da necessidade da análise estrutural da situação jurídica subjetiva e, portanto, da necessidade de sua qualificação no primeiro ou no segundo sentido (trad. livre).

parte. E, na medida em que se evidencie a possibilidade de dano ou perigo de perecimento do direito, essa situação deve ser, desde logo e especificamente, protegida, o que é, precisamente, a hipótese do artigo citado, no que diz respeito às obrigações de fazer e não fazer.

A tutela permitida pelo artigo 461, conhecida no sistema processual como tutela inibitória, busca a prevenção do ilícito (causa), e não do dano em si (consequencia). Luiz Guilherme Marinoni trata sobre ilícito e dano da seguinte forma:

“A confusão entre ilícito e dano é o reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – através da suposição de que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, isto é, a res dotada de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão”.⁵

Em outras palavras, quando o homem médio pensa em Poder judiciário, o que lhe vem em mente é a indenização monetária pelo dano que lhe foi causado, equivalente a um bem que se perdeu ou que foi danificado.

No entanto, vê-se que é possível oferecer a tutela privada do bem através da prevenção do ilícito, uma ação antecipativa aos fatos que poderão trazer grandes malefícios se não forem prevenidos de imediato.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2006, p.37.

Não se cogita nessa esfera pensar em culpa, que é critério para a imputação da sanção do dano, sendo totalmente descartável quando se fala em impedir a prática, continuação ou a repetição de ato contrário ao direito.

Diante desse panorama, nota-se que a tutela inibitória é a mais eficaz forma de tutela, visto que é utilizada antes mesmo de a lesão ocorrer, o que permite ao judiciário conceder a tutela na sua forma mais específica possível, através de sentença mandamental ou tutela antecipatória da mesma natureza. E um meio que o legislador encontrou de tornar a tutela inibitória efetiva foi empregando-lhe medida coercitiva, conforme dispõe os parágrafos 4º e 5º do artigo 461 do CPC.

O parágrafo 4ª dispõe sobre multa diária ao réu, conhecida como *astreint*, que passou a constituir uma forma de pressão, sobre a qual o legislador não limitou o valor da multa, pelo que se depreende que ela pode exceder o valor da prestação, forçando o réu a enxergar que é melhor cumprir a obrigação do que ignorar a ordem do juiz.

O parágrafo 5º, por sua vez, elenca alguns exemplos de medidas coercitivas que podem ser empregadas para o cumprimento efetivo da tutela inibitória, tais como pena pecuniária por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, entre outras.

E é sobre a finalidade da multa coercitiva que versará o presente trabalho, visando demonstrar que, embora a intenção da multa seja ameaçar o requerido a se tornar adimplente, a tendência é fazer com que a violência da imposição da multa não se torne realidade, com o uso de meios cada vez mais estreitos, conforme se verá no decorrer do presente trabalho..

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA INIBITÓRIA

1. Linhas gerais

A necessidade de prevenção do ilícito para tutela dos direitos dos cidadãos fez com que fosse elaborada no Brasil uma tutela jurisdicional idônea, denominada inibitória. É chamada na doutrina brasileira de tutela atípica, pois visa prevenir o ilícito que pode ocorrer no futuro, o que a diferencia das outras tutelas como a ressarcitória, que é voltada ao passado.

Esse instituto passou a disciplinar as obrigações específicas ocorrentes na vida das pessoas, sejam as de origem legal, sejam as de origem contratual.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a tutela inibitória tem por finalidade “impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito”⁶, diferentemente da tutela ressarcitória, que visa definir quem é o responsável pela reparação de um dano.

Além disso, a tutela inibitória é uma tutela específica, pois visa preservar a integridade do direito, sendo voltada para o futuro, considerando em relevo que é melhor a prevenção do que o ressarcimento, ou seja, é melhor o uso da tutela inibitória do que da ressarcitória.

⁶ Op. Cit. p.36.

A esse respeito, sábias palavras de Marinoni, que trata do assunto com propriedade:

“Note-se, com efeito, que a inibitória, ainda que empenhada apenas em fazer cessar o ilícito ou a impedir a sua repetição, não perde a sua natureza preventiva, pois não tem por fim reintegrar ou reparar o direito violado.”⁷

Com isso, compreende-se que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, através da reparação do dano. A tutela inibitória atípica ganha seu espaço e prova que é possível prevenir o ilícito, mesmo que cessando ou impedindo sua repetição.

Além disso, é possível antecipar a tutela inibitória, com base no parágrafo 3º do artigo 461 do CPC. Para que isso ocorra, são necessários a relevância dos fundamentos e o risco de ineficácia do provimento final, expressões equivalentes ao conteúdo do artigo 273 do CPC, que trata da verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Nesse sentido, Antônio Pereira Gaio Júnior⁸ alega que o fato de a tutela específica estar disciplinada no art. 461, §3º, do CPC, não descaracteriza a sua integração na categoria mais ampla da tutela jurisdicional antecipada, cuja previsão se encontra no art. 273 do CPC.

⁷ Op. Cit., p. 39

⁸ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 92.

O ilustre doutrinador Nelson Nery Jr.⁹, entende que para o adiantamento da tutela de mérito na ação condenatória da obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court*. Basta a mera probabilidade, isto é, o fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o o artigo 273 do CPC exige para as demais antecipações de mérito a prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e o *periculum in mora* ou o abuso do direito de defesa do réu.

Segundo Deilton Ribeiro Brasil¹⁰, a tutela, nas obrigações de fazer e de não fazer, pode ser: “(a) específica; (b) a que assegure resultado prático equivalente, ou ainda; (c) a da compensação por perdas e danos.”

Cabe apenas indagar a qual ou quais se refere o §3º. A redação do caput do artigo 461 do CPC sugere que as “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” não são antecipáveis eis que somente são determinadas pelo juiz “se procedente o pedido”, o que, evidentemente, supõe sentença.

No entender de José Eduardo Carreira Alvim¹¹, somente a tutela específica poderá ser antecipada em sede liminar. No entanto, Brasil¹² argui que tal conclusão não tem caráter absoluto, e exemplifica “situação em que a execução específica seja impossível e que há risco de

⁹ NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante* - 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. 1ª reimp. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁰ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer* – Belo Horizonte : Del Rey, 2003, p. 148

¹¹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual*. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1996, p. 211

¹² Op. cit. p. 149

ineficácia caso a correspondente medida com resultado prático equivalente não seja imediatamente adotada”. Nesse caso, o autor entende que a negação da antecipação seria desprezo da função jurisdicional.

No que tange à conversão da tutela em perdas e danos, a antecipação da tutela seria improvável, de acordo com Brasil¹³, pois “dependeria da impossibilidade de concessão da tutela específica e da tutela substitutiva de resultado prático correspondente”. E acrescenta que tendo em vista que no direito não há espaço para absolutos, não se pode descartar a hipótese de presente todos os pressupostos, a antecipação do valor dos danos seja, por alguma circunstância, indispensável.

Outra importante questão desse tema é a discussão sobre a execução específica por meio de sub-rogação. Se a obrigação é infungível e apenas o devedor puder realizá-la, pessoalmente, a prestação a que se obrigou, é certo que a obrigação ficará restrita à cominação de multa (*astreint*). Porém, se a obrigação é fungível, é admissível que um terceiro realize o fato às custas do devedor?

A lei propiciou à parte meios imperativos para buscar o resultado prático a que corresponde o direito subjetivo do credor. Considerando uma hipótese de urgência em antecipar uma obrigação de natureza fungível, é possível que o juiz ordene a contratação de terceiro diretamente, sem procedimento licitatório preconizado no art. 634 do CPC, ou autorize que o requerente execute por sua conta e risco a prestação do fato.

¹³ Op. cit. p. 149

Neste caso, se procedente a ação, o juiz definirá se os gastos despendidos com a execução da obrigação foram razoáveis, e a indenização caberá ao requerido. Se improcedente a demanda, o requerido poderá postular o estado anterior, além de perdas e danos, se cabíveis.

Suscita-se a hipótese também de antecipação de tutela em caso de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu.

É perfeitamente aceitável pela doutrina tal hipótese, considerando o art. 461 do CPC que consagra mecanismos que privilegiam a tutela específica e célere das prestações de fazer e não fazer. Embora essa hipótese não configure urgência na satisfação do direito, é necessária para que se prolate a sentença. Assim, a finalidade dessa antecipação é que se forme um título executivo de execução provisória, que seguirá a mesma forma de execução da futura sentença.

Questiona-se ainda se é necessária a citação do requerido para a concessão da tutela antecipada, diante do §3º do artigo 461 o qual dispõe que a antecipação pode ocorrer “liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

Esse dispositivo não é absoluto, e pode e deve variar conforme o caso concreto. Há que se ter em mente, sempre, o princípio constitucional do contraditório, mas antes dele existe o importante princípio da efetividade da jurisdição.

Se há um risco de ineficácia tão grave e iminente que não pode aguardar o tempo de citação do requerido, certamente a medida antecipatória poderá ser concedida desde logo. Há que se ressaltar que esse risco grave e iminente pode ocorrer em qualquer fase processual, e nada impede que seja concedida ao requerente a medida em qualquer desses momentos.

2. Sobre o ilícito e o dano

A doutrina, embora tenha tido por muitos anos entendido que “o ilícito civil só adquire substantividade se o fato é danoso”¹⁴ acabou se modernizando e mudando a ideia já mencionada de que a única tutela contra o ilícito consiste na reparação do dano através da tutela ressarcitória.

Hoje, entende-se que o ilícito é o ato contrário ao direito que pode causar um dano, não sendo o dano consequência necessária do ilícito. O dano somente é necessário para embasar a tutela ressarcitória. A tutela inibitória, por sua vez, prescinde unicamente do ato contrário ao direito, da atividade ilícita, sendo que para sua prática é dispensável a demonstração de probabilidade do próprio dano. Frise-se que a tutela inibitória não foi criada com o intuito de evitar o dano, mas de prevenir o perigo da prática, da repetição ou continuação do ilícito.

Por outro lado, mister mencionar neste diapasão sobre a questão da culpa. Se o ilícito vem a ser a probabilidade do ato contrário ao direito, sua repetição ou continuação, não há que se discutir culpa, pois a tutela inibitória não tem o condão de punir quem pode praticar o ilícito. Ela só impede que ele seja praticado. Nesse caso, a culpa só deve ser avaliada quando se fala em dano.

¹⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 1992, p. 313-314

CAPÍTULO II - A TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPATÓRIA

A tutela inibitória, para ser efetiva, deve contar com a tutela antecipatória. O artigo 461 do Código de Processo Civil, em seu §3º, dispõe que “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”.

O processo de conhecimento, por ser muito longo, pode impedir que o autor obtenha resultado favorável buscado através da tutela inibitória. Por isso que para a efetividade da tutela do direito do autor, às vezes é necessária a tutela antecipatória quando se pede a tutela inibitória, destruindo o mito de que o juiz somente pode julgar após ter encontrado a “certeza jurídica” defendida pelo mestre Giuseppe Chiovenda.

Às vezes, pela iminência do perigo de ilícito, não há tempo sequer para citação do réu. E conforme menciona Marinoni, “a boa doutrina, ao analisar a questão da tutela *inaudita altera parte* em face do princípio constitucional do contraditório, tem entendido que nesse caso, o contraditório pode ser diferido quando não há outra forma de tutelar de forma efetiva o direito do autor.”¹⁵

¹⁵ Op. Cit., p. 194.

Para tanto, além de o autor demonstrar o *fumus boni iuris*, o perigo da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, deverá demonstrar, ainda, o justificado receio de ineficácia do provimento final, que é o receio que o ilícito ocorra no curso do processo de conhecimento, antes do trânsito em julgado.

Ensina-nos Luiz Guilherme Marinoni:

“Note-se que o justificado receio não é de dano, mas de ato contrário. Não teria sentido a exigência de receio de dano para legitimar a tutela antecipatória, já que a tutela inibitória tem por fim inibir a prática de um ato contrário ao direito que, conforme já visto, nada tem a ver com o dano”¹⁶.

Caso não seja possível provar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o autor pode valer-se da justificação prévia e inquirir testemunhas para elucidar os fatos perante o juiz, que também poderá optar por ouvir as partes em interrogatório livre.

1. Acerca da antecipação da tutela com fixação de multa para descumprimento:
esta pode ser executada antes de proferida a sentença?

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 91.

A efetividade prática da decisão que antecipa a tutela inibitória não está prevista nos artigos 461 e 273 do CPC. No entanto, diante da ampla abrangência do próprio artigo 273 se extrai a possibilidade da antecipação de tutela viabilizando o adiantamento dos atos executivos, mesmo na pendência de embargos.

Dessarte, considerando que a tutela inibitória é deferida por meio de sentença mandamental ou executiva *lato sensu*, a decisão que antecipa seus efeitos tem a mesma natureza. Portanto, sua atuação prática é realizada de forma idêntica à sentença inibitória, o que permite o magistrado a executar a multa caso seja descumprida a obrigação.

Ou seja, ele pode adotar imediatamente as medidas cabíveis para obtenção do direito, sejam elas coercitivas para forçar o obrigado a cumprir a decisão, sejam executivas que conduzam à obtenção de resultado prático equivalente ao adimplemento.

Sustenta Joaquim Felipe Spadoni que “limitar a adoção das medidas inominadas autorizadas pelo §5º do artigo 461 à atuação da sentença inibitória é restringir o acesso à justiça, retirando da antecipação da tutela e de toda a atividade jurisdicional desenvolvida na apreciação da ação inibitória a sua efetividade constitucionalmente devida”¹⁷

¹⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. *A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 155

Logo, deduz-se que na antecipação da tutela inibitória é possível valer-se de todos os meios executivos que o CPC coloca à disposição, sejam eles consistentes em medidas coercitivas ou sub-rogatórias. O cerne da questão é a tutela eficaz do direito do autor, é conceder a ele a prestação jurisdicional assegurada pelo ordenamento jurídico.

CAPÍTULO III – Medidas coercitivas do artigo 461 do Código de Processo Civil e a ilimitabilidade do §5º

1. Das medidas coercitivas

Com o advento do artigo 461 do CPC, disseminou-se a prática do uso de pressão psicológica para vencer a vontade do réu a cumprir com a obrigação de fazer ou não fazer. O principal motivo da prática da punição da desobediência judicial é assegurar a autoridade do Poder Judiciário e deixar claro que ele tem condições mínimas de atuar de forma eficaz e independente em relação aos demais poderes do Estado.

Dentre as infinitas técnicas viáveis, a que vem sendo aplicada com maior frequência é a multa coercitiva, que apresenta certo aspecto de violência. Se é coercitiva, é porque tem o fim de reprimir a vontade do requerido de desobedecer a ordem judicial, portanto, é inafastável a conclusão de que esse objetivo só se obtém com a ameaça de um mal grave e desproporcional ao requerido compelindo-o a comportar-se de forma esperada pelo Estado, desestimulando-o de adotar qualquer outro tipo de atitude.

O artigo mencionado preconiza que o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Ou seja, a ordem emitida pelo juiz far-se-á acompanhar de mecanismos coercitivos.

O §4º do artigo 461 do CPC autoriza o juiz, *ex officio*, a impor multa diária ao réu, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

A determinação do valor da multa pelo juiz não é ato discricionário, impassível de controle. Há que se pesar, sempre, os dois parâmetros dispostos na lei, da suficiência e compatibilidade.

Além disso, o valor da multa poderá ser alterado para mais ou para menos, em decisão motivada, conforme a necessidade do caso concreto, de ofício pelo juiz.

Wambier sustenta que, “eventualmente, a obrigação de fazer ou não fazer tem por base contrato em que já há a previsão de multa diária para o caso de descumprimento. É perfeitamente possível que o juiz, diante da insuficiência da multa contratual, acresça outra de natureza processual.”¹⁸

Os termos iniciais de cada uma, portanto, serão distintos. A multa contratual incide desde o descumprimento da obrigação, enquanto a multa processual incide a partir do decurso do prazo estabelecido para cumprir o mandamento judicial, o qual se conta a partir da intimação do réu, nos termos da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).

¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, volume 2 : execução* / Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 11 ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010 p. 388

O §5º do artigo 461 permite, segundo o mesmo autor, que o juiz determine qualquer medida executiva adequada para a tutela do direito afirmado pelo autor, seja antecipadamente ou ao final (na sentença).¹⁹ Esse parágrafo possui uma gama infinita de possibilidades a fim de sustentar a autoridade da decisão judicial no intuito de coibir a transgressão da determinação do Poder Judiciário e coagir o réu a cumprir a ordem judicial.

A norma do §5º autoriza não só o emprego de mecanismos que substituam a conduta do demandado. Dá ao juiz poderes para imposição de outros meios coercitivos, além da multa do §4º, destinados a acompanhar o mandamento judicial dirigido ao réu, para que ele se torne adimplente.

A gama de possibilidades do §5º é limitada pela vedação de medidas vedadas pelo ordenamento, como exemplo a prisão civil por dívida. Ademais, segundo Wambier, “as providências adotadas devem guardar relação de utilidade, adequação e proporcionalidade com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário”.²⁰

Há de se ressaltar que desde a inserção do §5º no CPC, embora o parágrafo ofereça tamanha variedade, a medida coercitiva mais usada tem sido a multa por tempo de atraso, mais conhecida como *astreint*. Sabe-se que antigamente a *astreint* era confundida com o ressarcimento do dano. No entanto, sua real finalidade é de forçar o réu a adimplir, enquanto o ressarcimento

¹⁹ Op. Cit., p. 86.

²⁰ Op. Cit. P. 389

diz respeito ao dano. Justificando a assertiva, como acontece na tutela inibitória, pode não haver dano a ser indenizado.

2. Para a efetividade da coerção, “é possível cumular a multa com outra medida de apoio do art. 461?”

As providências do §5º poderão ser tomadas para efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente. No entanto, além de permitir mecanismos que substituam a conduta do réu, confere ao juiz poderes para imposição de outros meios coercitivos além da multa expressamente disposta no §4º, com o intuito de acompanhar a ordem judicial a fim de fazer o réu adimplir a obrigação de fazer ou não fazer.

Ementa: Agravo de Instrumento - Ação de Rescisão Contratual - Contrato de franquia - Condenação em obrigação de não fazer - Imposição de cumprimento, sob pena de desobediência - Indeferimento - Alegada possibilidade da medida, reforçando a exequibilidade, por revelada insuficiente a multa cominatória - Desacolhimento - Penalidades outras cabíveis na espécie - Possibilidade de aplicação daquelas previstas no art. 461, §5º - Inviabilidade, porém, de sanções de natureza penal em virtude de crime de desobediência - Descumprimento de obrigação civil, mesmo se emanada de decisão judicial, não configurando fato típico - Recurso improvido. *Em se tratando de condenação em obrigação de não fazer, com imposição de multa diária pelo descumprimento do comando judicial, pode promovente pleitear a majoração da astreinte ou a imposição cumulada de*

outras medidas coercitivas de natureza processual. (...). (TJSP Agravo de Instrumento 0074345-88.2010.8.26.0000 - Rel. Min. Vieira de Moraes. Comarca de Poá. 11 Câm. Direito Privado – DJ 15/07/2012).

Logo, além da multa cominatória expressamente prevista no §4º do 461 e novamente mencionada no §5º do dispositivo, o magistrado tem poderes para a imposição de outros meios coercitivos para forçar o réu a cumprir a obrigação.

3. A multa é devida apenas em caso de trânsito em julgado da sentença de procedência?

Alguns autores sustentam que a multa será exigível com a preclusão da decisão que a estabeleceu, com a não interposição de agravo ou com a decisão final em grau de recurso, ou com a não interposição de apelação ou até decisão final desta, em caso de sentença.

A seguir, um julgado que ilustra o assunto:

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - TUTELA ANTECIPADA
DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO - MULTA DIÁRIA - EXIGIBILIDADE –
TRÂNSITO EM JULGADO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA -
IMPROVIMENTO.

I. Esta Corte proclamou que, **fixada multa diária antecipadamente ou na sentença, consoante o § 3º e 4º do art. 461 do CPC só será exigível após o trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) que confirmar a fixação da**

referida multa, sendo devida, todavia, desde o dia em que se deu o descumprimento.

II. A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido. (STJ AgRg no REsp 1153033 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0159045-0 Ministro SIDNEI BENETI (1137) T3 - TERCEIRA TURMA DJ 15/04/2010 DJe 07/05/2010. (grifo nosso)

O Ilustre doutrinador Luiz Rodrigues Wambier fala com propriedade sobre o assunto: “Parece mais adequado, porem, reputá-la exigível assim que eficaz a decisão que a impôs, ou seja, quando não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo. Contudo, enquanto pendente recurso sobre a decisão que a fixou, sua execução será igualmente provisória”²¹.

4. Do valor da multa

Quando se fala que a indenização dar-se-á sem prejuízo da multa, significa que a multa será devida independentemente do valor da indenização pelo dano. Tanto que o valor da multa poderá ser fixado em patamar desproporcional ao conteúdo da prestação, o que dependerá de uma avaliação do juiz, como do salário do réu, seu patrimônio, estilo de vida que ele sustenta.

²¹ Op. Cit. p. 389.

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier, haverá de estabelecer-se montante tal que concretamente influa no comportamento do demandado – o que, diante das circunstâncias do caso (situação econômica do réu, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos, etc.), pode resultar em *quantum* que supere aquele que se atribui ao bem jurídico visado.²²

Em outras palavras, é perfeitamente possível o valor total da multa suplantar o valor total da obrigação.

Porque não há ligação direta da multa coercitiva com a prestação (de direito material), não pode haver vinculação com o direito material (protegido) e o mandamento judicial, este garantido pela técnica coercitiva.

A multa deve ser suficiente para convencer o réu a adimplir a ordem do juiz, no prazo convencional, visando a prevenção do ilícito mediante o impedimento de sua prática, repetição ou continuação.

O §6º do artigo 461 do Código de Processo Civil ainda autoriza que o juiz modifique o valor ou a periodicidade da multa, caso tenha sido insuficiente ou excessiva. Ou seja, esse dispositivo autoriza que a multa seja progressiva, caso o réu resista ao adimplemento da obrigação com o fluir do tempo.

²² Op. Cit. p. 387.

O mesmo parágrafo também permite que a multa seja reduzida, caso o magistrado perceba diante do caso concreto que causaria o enriquecimento sem causa do autor, como a jurisprudência a seguir:

Ementa: TUTELA ANTECIPADA. Concessão. Insurgência. Preclusão. Decisão que concedeu a liminar não recorrida. Impossibilidade de rediscussão. Nulidade da r. decisão agravada, por falta de fundamentação. Inocorrência. Decisão proferida diante da informação e documentos juntados pela Agravada dando conta do descumprimento da ordem liminar. Obrigação de não fazer e obrigação de fazer. Cartão de crédito. Suspensão dos descontos realizados na conta corrente da Agravada e exclusão das cobranças efetuadas após a concessão da tutela antecipada. Imposição de multa cominatória. Possibilidade. Artigos 461, §§ 4º e 5º, do CPC e 84, §§ 4º e 5º, do CDC. **Valor da multa e limitação. Redução. Razoabilidade e proporcionalidade.** Termo inicial e final de incidência da multa cominatória já fixados pelo juízo *a quo*. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido. (TJSP - Agravo de Instrumento **0113850-18.2012.8.26.0000** – Rel. Min. Tasso Duarte de Melo – 12 Câmara. Direito Privado – DJ 03/10/2012).

Outrossim, se diante do caso concreto o magistrado perceber que o réu não tem patrimônio para arcar com a multa, ela deve ser aplicada de outra forma que não a pecuniária, fixada com base em critérios que lhe permitam atingir seu fim, que é garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, tornando-se impossível a obtenção do resultado específico, a multa deixará de incidir daí pra frente. O crédito decorrente da multa diária que incidiu antes de tal termo, entretanto, será cumulável com a indenização por perdas e danos, conforme entendimento de Luiz Wambier.²³

Diante do assunto desenvolvido neste capítulo, depreende-se que o princípio da menor onerosidade ao devedor não se aplica às medidas coercitivas do artigo 461 do Código de Processo Civil, o que contrariaria os métodos de coerção para adimplência do réu.

5. Da revisão do valor da multa

Pergunta-se: a revisão do valor da multa pelo juiz pode se dar de maneira retroativa? Ou seja, caso se perceba que a incidência diária da multa importou em valor muito elevado, esse montante total pode ser reduzido, ou a multa só pode ser reduzida para o futuro?

Nos ensina Wambier que na ocorrência de alteração do caso concreto, se necessária a diminuição da multa judicial, o novo valor incidirá a partir dos fatos que ensejaram a mudança. Em caso de majoração da multa originalmente fixada, a incidência se dará a partir da comunicação ao demandado, “que se fará acompanhar de reiteração da ordem para que se cumpra – não mais dentro de certo prazo, mas imediatamente.”²⁴

²³ Op. Cit. p. 389.

²⁴ Op. Cit., p. 388

6. Da periodicidade da multa

O §4º do artigo 461 dispõe a regra que autoriza a multa *por dia*. No entanto, é perfeitamente possível que a multa seja fixada com incidência periódica de acordo com a necessidade do caso concreto.

Embora o artigo fale em *dia*, as outras unidades de tempo decomponíveis em *dias* também são aceitáveis, como semana, quinzena, mês. Inclusive a cominação por hora é cabível, posto que também pode ser necessária para evitar um ilícito, diante da urgência da situação.

Nos dizeres de Eduardo Talamini, “ao amparar essa assertiva já havia não só a consideração da finalidade da figura instituída no artigo 461, §4º, como a regra do artigo 461, §5º, que autoriza o emprego de meios coercitivos atípicos”²⁵, e na sequência o §6º o qual evidencia pela disposição *periodicidade da multa* que ela não é necessariamente diária.

²⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer : e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84) - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 244.*

CAPÍTULO IV – DOS ATOS EXECUTIVOS CONCERNENTES AO ARTIGO 461

A sentença concessiva de tutela do artigo 461 será efetivada no próprio processo já instaurado.

Para coagir o réu e para a produção do resultado prático equivalente, não se aplica nem o procedimento de “execução de obrigações de fazer e não fazer” nem, necessariamente, o procedimento de “execução por quantia certa”.

Nos dizeres de Eduardo Talamini,

“o provimento – antecipatório ou final – não terá, no que tange à consecução do resultado específico, natureza meramente condenatória, na medida em que não criará título executivo a ser atuado apenas em processo de execução subsequente. Será dotado de eficácia executiva *lato sensu* e mandamental”.²⁶

Segundo o autor, o processo executivo apenas terá ensejo quando: tiver havido conversão em perdas e danos, para cobrança das verbas de sucumbência, para a cobrança do crédito decorrente da incidência da multa diária (*astreintes*), para o ressarcimento das despesas adiantadas pelo autor em caso de custeio da produção de resultado prático equivalente. Em todos esses casos, ter-se-á execução por quantia certa, e não a execução do artigo 632 e seguintes.

²⁶ Op. Cit. p. 416

Para ilustrar a colocação, o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “a decisão interlocutória que fixa multa diária por descumprimento de obrigação de fazer é título executivo hábil para a execução definitiva (STJ AgRg no REsp 724160/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 04/12/2007, in DJ 01/02/2008, p. 1).

No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. ASTREINTES. FIXAÇÃO EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela.
2. A fixação de multa diária em sede de antecipação de tutela por decorrência de descumprimento de obrigação de fazer é título executivo hábil para a execução provisória.
3. Havendo, na sentença, posterior alteração da decisão que promoveu a antecipação de tutela e, por conseguinte, conferiu aplicação às *astreintes*, ficará sem efeito o crédito derivado da fixação da multa diária, perdendo o objeto a execução provisória daí advinda.
4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1.094.296/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 3.3.2011, DJe 11.3.2011).

Além do exposto, mesmo quando houver necessidade de redimensionamento da multa, nova determinação de providências sub-rogatórias e coercitivas ou alteração dos meios para se obter o resultado específico, será feito no próprio processo em que se proferiu a sentença. Ensina Luiz Rodrigues Wambier que “todos esses mecanismos são meros instrumentos para a efetivação do comando contido na sentença, não estando abrangidos pela coisa julgada.”²⁷

Segundo o autor, a execução da multa seguirá o previsto no art. 475-J e seguintes do CPC.

1. Deferido pelo juiz a tutela pretendida pelo autor (obrigação de fazer ou de não fazer), basta a intimação do advogado do réu para cumprimento da obrigação ou o réu terá que ser intimado pessoalmente?

Diante de toda a matéria exposta, e com o advento da reforma processual civil em 2006, não faz sentido o juiz deferir a tutela pretendida pelo autor e fazer o autor aguardar a intimação pessoal do réu para que a obrigação seja cumprida.

É sabido que o judiciário brasileiro é muito moroso, e uma simples intimação pessoal pode levar meses ou até anos, pelo que se entende que basta a intimação do advogado do réu para que se exija o cumprimento da obrigação com base na decisão judicial.

²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, volume 2 : execução* / Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 11 ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 392.

A seguir, entendimento jurisprudencial que trata do assunto de forma completa:

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Obrigação de fazer consistente na pintura de uma porta. Partes que divergem sobre o termo inicial do prazo de cinco dias fixado para cumprimento voluntário. Hipótese em que o V. Acórdão confirmatório da condenação transitou em julgado após a Lei nº 11.232/05. *Suficiência da intimação, pela imprensa oficial, do despacho de "cumpra-se"*- Orientação moderna do STJ, a restringir o espectro da sua Súm. 410. Astreintes que podem, inclusive *ex officio*, ser reduzidas a parâmetros razoáveis e proporcionais para evitar o enriquecimento sem causa. Art. 461, § 6º, do CPC que exerce essa função. Limite de R\$ 10.000,00 que cumpre esses critérios Recurso provido em parte. (TJSP - Agravo de Instrumento 0074455-19.2012.8.26.0000, Rel. Min. Ferreira da Cruz, Comarca de Santos – 7 Câmara. Direito Privado – DJ 26/09/2012).

No teor da jurisprudência retro-mencionada, o Ilmo. Desembargador faz a seguinte colocação:

“Observe-se, por oportuno, que o próprio intérprete soberano da legislação federal já definiu a correta inteligência da *quaestio*:

PROCESSO CIVIL. CONDENAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE FAZER. 'ASTREINTE'. 'DIES A QUO'. ENUNCIADO 410 DA SÚMULA/STJ. APARENTE CONFLITO COM O PRECEDENTE FORMADO NO JULGAMENTO DO EAG. 857.758/RS. HARMONIZAÇÃO. DIREITO INTERTEMPORAL.

- 1. No julgamento do EAg 857.758/RS ficou estabelecido que, diante do panorama processual estabelecido a partir da Lei 11.232/2005, seria desnecessária a intimação pessoal da parte para que se iniciasse o prazo de que disporia para cumprir uma obrigação de fazer. A exemplo do que ocorre em obrigações de pagar quantia certa, também as obrigações de fazer seriam automaticamente eficazes, contando-se o prazo de que a parte dispõe para cumpri-las antes de incidente a multa diária a partir do trânsito em julgado da sentença, em primeiro grau, ou da publicação do despacho de 'cumpra-se', na hipótese em que a sentença tenha sido impugnada mediante recurso.*
- 2. Para as obrigações anteriores ao novo regime processual, contudo, permanece a orientação estabelecida no Enunciado 410 da Súmula/STJ, ou seja: a intimação pessoal da parte é imprescindível para que se inicie a contagem do prazo de que dispõe para cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer sem incorrer em multa diária.*
- 3. Na hipótese dos autos, a sentença transitou em julgado antes de promulgada a Lei 11.232/2005, de modo que a intimação pessoal da parte seria imprescindível.*
- 4. Recurso especial conhecido e não provido.”*

Diante do exposto, vê-se que, após a reforma processual passou-se a dispensar a intimação pessoal do réu a fim de colocar em prática a celeridade e economia processual e conseqüentemente a eficácia jurisdicional, tornando-se prescindível a intimação do réu para cumprimento da obrigação.

CONCLUSÃO

Em suma, não existe um único ramo onde se possa usar a tutela inibitória. Basta haver os pressupostos para sua utilização e atender as condições para lançar mão desta ação. Ou seja, apresentando-se o direito fundamental, mostra-se também a efetividade do direito de prevenção de uma ilicitude.

A ação inibitória vem a ser um instrumento imprescindível para a efetividade da justiça brasileira, que após as mudanças efetuadas no CPC em 2006 passou a ter o compromisso de por em prática os princípios da celeridade e economia processual, além de favorecer o desafogamento das varas judiciais.

Desta feita, como a essência da tutela inibitória é a prevenção da ilicitude, temos condições de evitar um dano maior quando agimos antes que este venha a ocorrer. Em decorrência da prevenção, haverá um impedimento de problemas maiores para aquele que está na iminência de sofrer um dano, ocasionando expressiva diminuição na carga processual que tanto aflige os tribunais brasileiros.

Assim, a ação preventiva evita pluralidade de demandas posteriores e, ainda, faz com que, ratificando, a celeridade e economia processual estejam lado a lado com a tutela inibitória, trazendo uma eficácia incontestável, evitando danos que poderão ser até irreparáveis para aquele que sofre uma ilicitude que não foi coibida.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer* – Belo Horizonte : Del Rey, 2003.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual*. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ed., revista e atualizada. Editora Malheiros, impresso no Brasil em 04.2009.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer* . Rio de Janeiro : Forense, 2003.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2006.
- NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante* - 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. 1ª reimp. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- PACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali*. Padova : Cedam, 1985, p. 62.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A efetividade do processo e a reforma processual*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, v.I, ano I, p. 253 et seq., 1994.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, volume 2 : execução / Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini*. 11 ed. rev., atual., e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Boer, Marielli Cintia
Tutela inibitória à luz do artigo 461 do Código de Processo Civil. Marielli
Cintia Boer – São Paulo, 2012.
44 p.

Orientador: Prof. Dr. Luís Eduardo Simardi Fernandes
Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização – Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo.
Área de Concentração: Direito Processual Civil.

1. Direito Processual: Tutela.