

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - COGEAE

Faculdade de Direito

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL EM MÓDULOS

TUTELA PROVISÓRIA E REFLEXOS NA GESTÃO EMPRESARIAL

Breve estudo sobre decisões provisórias nas ações de obrigações de fazer e não fazer de tutela específica e seus impactos na gestão de sociedades empresariais.

MARIO HENRIQUE RIBEIRO SUZIGAN

São Paulo – SP

2015

MARIO HENRIQUE RIBEIRO SUZIGAN

TUTELA PROVISÓRIA E REFLEXOS NA GESTÃO EMPRESARIAL

Breve estudo sobre decisões provisórias nas ações de obrigações de fazer e não fazer de tutela específica e seus impactos na gestão de sociedades empresariais.

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, para a conclusão do curso de Especialização em Processo Civil, sob orientação do Prof. Mestre **CLAUDIO CINTRA ZARIF**

São Paulo - SP
2015

Avaliação:.....

Assinatura do Orientador:.....

Agradecimentos

Agradeço a minha mulher, Mariana Traldi, pela compreensão dos finais de semana perdidos.

Agradeço aos meus pais, Cida e Lelo, que sempre me apoiaram em tudo que desejei fazer na vida.

Agradeço a minha Tia, Fátima Ribeiro de Lima, que sempre torceu e torce pelo meu desenvolvimento profissional com a preservação da minha humanidade.

Por fim, agradeço ao Prof. Claudio, pela enorme ajuda e paciência no meu aprendizado jurídico.

Resumo

O trabalho tem o objetivo de tecer alguns comentários acerca das inovações trazidas pela Lei 13.105/15, que promulga um Novo Código de Processo Civil no Brasil.

Para tanto, o trabalho delimitou o estudo apenas às tutelas de urgência e às tutelas específicas, que seriam as antigas medidas liminares e as obrigações de fazer, do CPC.

No primeiro capítulo, realizamos um breve apanhado histórico processual de como esses instrumentos processuais foram se desenvolvendo no ordenamento jurídico brasileiro. No segundo capítulo, são apresentadas as principais modificações advindas das tutelas de urgência e tutelas específicas no NCPC. No terceiro capítulo, apresentamos uma breve explicação sobre a evolução do Estado e o direito da intervenção judicial nas liberdades das sociedades empresárias, principalmente, em relação às empresas que trabalham com produtos e serviços em uma escala massificada de oferta. No mesmo capítulo, foi realizada uma breve análise sobre o risco do processo à luz da teoria dos jogos, aplicada às ações obrigações de fazer, cominada com multas. E, por fim, no último capítulo, buscamos demonstrar que, a longo prazo, uma sociedade empresarial pode ser induzida a modificar sua forma de administrar seu negócio em decorrência das normas impostas pelo Estado.

Lista de Ilustrações

Figura 1.0 - Nova taxonomia processual dos pedidos judiciais imediatos	08
Figura 2.0 – Diferença entre antecipação de tutela e medidas cautelares	16
Figura 3.0 – Teoria dos jogos.....	43
Figura 4.0 – Procedimento das ações obrigações de fazer	46
Figura 5.0 – Teoria dos jogos aplicada ao processo civil.....	48

Sumário

Introdução	07
Capítulo 1 – Evolução do processo civil e das relações econômicas até a criação de instrumentos processuais de tutela específica, preservados e aprofundados pela Lei n. 13.105 de 2015	10
1.1 A Origem das Tutelas Específicas no Ordenamento Processual Civil.....	10
1.2 As reformas processuais da Lei n. 8.952/94 e Lei n. 10.444/02.....	14
Capítulo 2 – Análise das tutelas de evidência e tutela provisória de urgência, nos procedimentos de tutela específica, na Lei n. 13.105 de 2015	20
2.1 As tutelas provisórias.....	20
2.2 Tutela provisória de urgência: antecipada e cautelar.....	22
2.3 Tutela provisória de evidência.....	27
2.4 As tutelas específicas no NCPC.....	28
Capítulo 3 – A tutela provisória é eficaz para condicionar um comportamento econômico de uma sociedade empresária	32
3.1 A evolução do Estado Burguês e o surgimento das tutelas específicas.....	32
3.2 O comportamento empresarial condicionado pelo processo civil.....	41
Capítulo 04 – O condicionamento do comportamento empresarial pela intervenção do Estado na liberdade individual a longo prazo	51
4.1 O condicionamento da prática empresarial a longo prazo.....	51
4.2 As possibilidades no NCPC e os possíveis impactos nas estratégias jurídicas nas sociedades empresárias.....	55
Conclusão	59
Referências Bibliográficas	62
Lista de Abreviaturas	65

Introdução

Toda a sociedade empresária, que aqui utilizaremos como sinônimo de empresa, seja ela enquadrada no regime tributário de pequena e média empresa, ou considerada de grande porte, já foi citada ou intimada a cumprir uma ordem judicial de tutela específica, sob pena de multa pecuniária diária por descumprimento.

Ao receber essa ordem para praticar ou não praticar determinado ato jurídico, a sociedade empresária procura orientação jurídica de como proceder para atender ou não à determinação judicial. E, é a partir desse ponto, que se inicia uma estratégia processual que, indiscutivelmente, segue ou deveria seguir alinhada com uma avaliação de risco econômico para a sociedade empresária.

A importância de estudar medidas provisórias, antes da Lei n. 13.105 de 2015, denominadas apenas de medidas liminares, em sede de um pedido de tutela específica, justifica-se pela necessidade de compreender em que medida o processo civil pode impor ou condicionar um comportamento econômico a uma sociedade empresária.

Até a promulgação da Lei n. 13.105 de 2015, o Código de Processo Civil, entabulado pela Lei n. 5.869 de 1973, o legislador tentava fazer uma distinção entre medidas liminares e medidas cautelares. Contudo, essa distinção nunca ficou muito bem clara ainda que novas leis tenham surgido na tentativa de conferir mais eficácia às antigas medidas liminares.

De forma sucinta e genérica, a maioria dos autores sustentava que as medidas cautelares estariam sempre atreladas a um perigo de dano irreversível e iminente, nos termos do art. 796 e seguintes, do Código de Processo Civil.

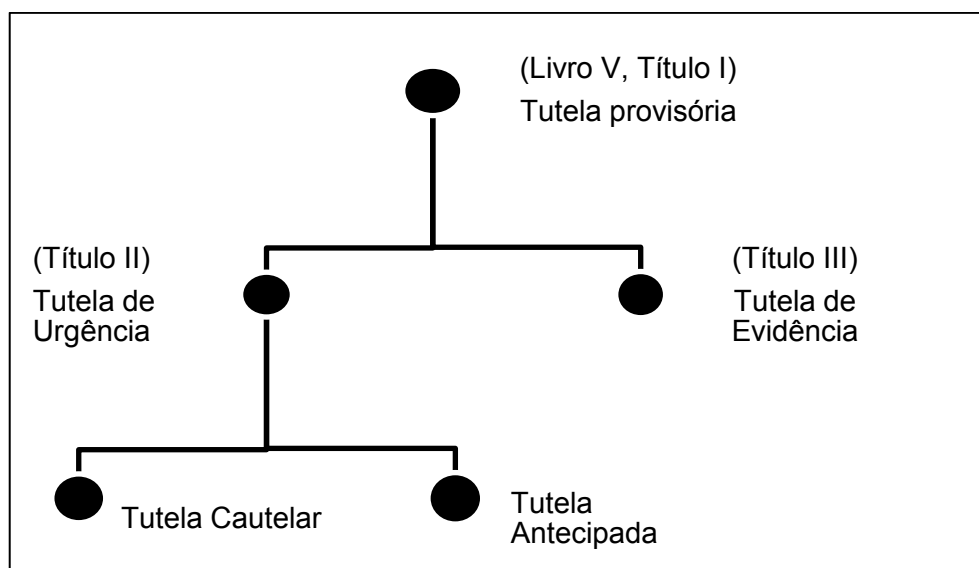
Enquanto as medidas de antecipação de tutela estariam embasadas em um direito da parte, que já estaria comprovado nos autos ou parcialmente demonstrado, normalmente, pela juntada de um documento nos autos, havia também a possibilidade de o direito da parte estar em uma situação de perigo de mora ou risco de dano irreparável, situação em que a antecipação da tutela também poderia ser concedida. É neste sentido que acreditamos que havia clareza por parte do legislador na distinção existente entre medidas cautelares e medidas de antecipação de tutela no Código de Processo Civil.

Com a aprovação da Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, acrescentou-se o §7º ao art. 273, no Código de Processo Civil¹, tornando essa diferença entre cautelares e antecipação de tutelar inexistente, uma vez que a referida alteração legislativa deixou expressamente permitido que a antecipação de tutela poderia ser utilizada para realizar pedidos cautelares.

O Novo Código de Processo Civil preservou as medidas cautelares e de antecipação de tutela, ambas chamadas genericamente de liminares no código anterior. Agora, todas as medidas liminares passam a ser chamadas de medidas provisórias, que seria o gênero do pedido imediato, previsto no Livro V, da Parte Especial, da Lei n. 13.105 de 2015.

Do gênero tutela provisória, previsto nos artigos 294 a artigo 311, do Novo Código de Processo Civil, existem dois subtipos de medidas judiciais imediatas: a tutela provisória de urgência e a tutela provisória de evidência. A tutela provisória de urgência ainda se subdivide em tutela provisória de urgência cautelar e tutela provisória de urgência antecipada. A Figura 1.0, a seguir, consegue materializar a nova taxonomia processual dos pedidos judiciais imediatos.

Figura 1.0



¹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...)§7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Paralelamente às alterações nos procedimentos de antecipação de tutela e cautelar, também serão analisadas as alterações, que ocorreram nas ações de obrigação de tutela específica, previstas nos artigos 536 ao art. 538, do NCPC, já que os art. 461 e art. 461-A, do CPC, permanecerão em sua essência legislativa na nova lei, mas foram alterados, quiçá, para trazer mais eficácia e celeridade ao provimento judicial.

Para o presente trabalho, classificaremos tanto a tutela de urgência quanto a tutela de evidência, genericamente, de tutelas provisórias, substituindo a pretérita classificação, que taxava as cautelares e as medidas de antecipação de tutela de medidas liminares genéricas. Quanto às obrigações de fazer, utilizaremos a nomenclatura genérica de tutelas específicas.

A partir da observação e análise de diversas decisões judiciais pretéritas ao NCPC, buscamos demonstrar, por meio do presente trabalho, que o judiciário pode ter a capacidade de modificar a gestão de sociedades empresárias a longo prazo.

Ainda, com o presente trabalho, queremos chamar atenção para o fato de que essa influencia exercida pelos pedidos de tutela específica provisória no judiciário em face das sociedades empresárias, a longo prazo, poderá continuar a existir e a se aprofundar, após a promulgação da Lei n. 13.105 de 2015, que passa a vigorar a partir de março de 2016.

Capítulo 1 – Evolução do processo civil e das relações econômicas até a criação de instrumentos processuais de tutela específica, preservados e aprofundados pela Lei n. 13.105 de 2015.

“Eu tenho uma vida e ela segue apenas uma direção. Para frente.” (Frase do personagem Don Draper, da série de Televisão Mad Men (exibida entre 2007-2015).

1.1 A Origem das Tutelas Específicas no Ordenamento Processual Civil

Ao iniciar o capítulo com uma frase do protagonista da série Mad Men, exibida pelo canal HBO no Brasil, entre os anos de 2007 e 2015, pretende-se exemplificar quais são os reflexos das inovações legislativas no tempo.

Apenas a título de uma pequena digressão, o personagem central do seriado televisivo é um publicitário e sua frase apenas reflete parte da sua filosofia de vida, que prega que a todo momento deve-se experimentar, correr riscos, inovar. Ainda que o resultado seja negativo no final, deve-se sempre olhar para frente a fim de aprimorar o que já foi feito.

Os protagonistas do processo legislativo fazem as leis à medida que a sociedade vai se modificando e, nesse processo, sempre retardatário à situação atual da sociedade, os legisladores acreditam que estão sempre avançando. E, de certa forma, os legisladores estão sempre avançando, mesmo que, muitas vezes, algumas leis já entrem em vigor defasadas em relação à realidade da sociedade, causando problemas não previstos no momento da redação da lei.

A questão colocada com a citação é que, mesmo quando é aprovada uma lei defasada em relação à realidade da sociedade e, até mesmo, quando a lei não traz melhorias significativas para a sociedade, o ordenamento jurídico deu mais um passo em direção à busca por justiça.

Qualquer alteração legislativa tem apenas um objetivo no final: tornar a sociedade mais justa e harmônica. Mas, quando o processo legislativo final não atinge seu objetivo, a última alteração legislativa, ainda que imperfeita, contribui de alguma forma para a sociedade dar mais um passo na busca da justiça.

Quando a Lei n. 5.869 de 1973 foi criada, sedimentou-se em nosso ordenamento jurídico a teoria da asserção ou, como outros autores denominam, a teoria das condições da ação, proposta pelo jurista Enrico Tullio Liebman, que influenciou

fortemente as ideias processuais de Alfredo Buzaid (THEODORO JR., 2004), um dos principais elaboradores da Lei n. 5.869 de 1973.

Conforme expressa o art. 3º, do CPC², as condições da ação são interesse e legitimidade. Implicitamente ao art. 3º está a condição da possibilidade jurídica do pedido da parte, que somente surge expressamente, na redação do art. 267, inciso IV, do CPC³.

Com as condições processuais presentes, preterindo uma discussão sobre o quão presente está a teoria desenvolvida por Liebman no CPC, havendo legitimidade, interesse e a possibilidade jurídica do pedido, é possível que a parte exerça o direito de ação. Há correntes doutrinárias expressivas que já superaram essa tese, pois, ainda que não presentes, os requisitos da condição da ação, a parte consegue exercer seu direito de peticionar (HUMBERTO JR, 2004). E, somente na prolação da sentença é que se verificará se há ou não as condições da ação. Até a prolação da sentença, o direito de peticionar, ainda que inexistente, é exercitado pela parte. De qualquer forma, no momento de exercer seu direito de ação, previsto no art. 3º, do NCPC⁴, a parte deve determinar seu pedido e, é nesse momento que surge a possibilidade da parte de pedir uma tutela específica ao Estado.

Essa especificidade já havia sido prevista na Lei n. 5.869 de 1973, na redação original do art. 287, do CPC⁵, e tal previsão já aponta uma legislação, que tem o objetivo de dar mais eficiência à intervenção judicial em uma sociedade em que as relações econômicas também se tornaram mais complexas.

O art. 287, do CPC, já conferia poder à parte que exerce seu direito de petição, para pedir ao Estado a intervenção na liberdade de um terceiro. Essa intervenção na liberdade poderia ser apenas para proibir uma pessoa de praticar determinado ato ou obrigar uma pessoa a praticar determinado ato sob pena de multa pecuniária. Mas, tal coerção apenas poderia existir depois que uma sentença houvesse sido proferida.

Observa-se na ementa do REsp. n. 110344-RJ, que em 14 agosto de 2000, a discussão sobre a constitucionalidade da multa – astreintes – para coagir a parte ao cumprimento da sentença, com base no art. 287, do CPC, chegou à corte superior:

² Art. 3º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

³ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

⁴ Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

⁵ Art. 287. Se o autor **pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença** (arts. 644 e 645).

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - INTERDITO PROIBITÓRIO - FIXAÇÃO DIES A QUO PARA A INCIDÊNCIA DA MULTA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - ASTREINTES - ARTS. 632 E 644, CPC - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. I - Se a multa foi imposta na forma de pena pecuniária, não como punição, mas como meio para o cumprimento da decisão, atua ela como "astreinte". II - Fixação do dies a quo para a incidência da multa a partir da citação do devedor para o cumprimento da obrigação de fazer. III - Recurso conhecido e provido.⁶

No recurso especial, a natureza da multa prevista no art. 287, do CPC, era questionada. Após uma sentença, que não previa multa, durante a fase de execução da sentença, com base no dispositivo legal, foi aplicada uma multa diária até que a obrigação fosse cumprida pela parte vencida. O objetivo era a utilização de uma pena pecuniária, para coagir o título judicial.

A palavra “astreinte” tem origem na legislação francesa e significa “pena”. Quando, no REsp. n. 110.344-RJ, o STJ decidiu que a multa atua como astreinte, significa que a multa prevista no art. 287, do CPC, tem caráter sancionatório e não indenizatório ou punitivo.

Conforme se pode observar, as tutelas específicas surgem com a redação original do art. 287, do CPC. Em que pese a discussão ter demorado a surgir nas cortes superiores, o legislador de mais de 35 anos antes da redação da Lei n. 13.105, já havia previsto formas pecuniárias coercitivas para a satisfação de uma sentença. E, tal previsão legal à época, torna a lei, pelo menos em relação à efetividade da sentença, de vanguarda.

Talvez, tenha sido justamente o art. 287, do CPC, que não era muito utilizado pelos operadores do direito, que serviu de inspiração para o legislador criar o art. 84, do Código de Defesa do Consumidor⁷. O art. 84, do CDC, é o primeiro dispositivo de lei que prevê a tutela específica de uma obrigação de fazer com cominação de multa. É o primeiro momento que o legislador utiliza a expressão “tutela específica” e a expressão “obrigação de fazer”.

Mais do que isso, o legislador utiliza toda legislação sobre cautelares, prevista no Livro III, art. 796 a art. 889, do CPC, quando concede poderes ao juiz para realizar liminarmente uma “busca e apreensão”, “remoção de coisas e pessoas”, “desfazimento de

⁶ STJ – REsp. n. 110344 – RJ. Julgado pela Terceira Turma, em 14 de agosto de 2002, tendo como relator Min. Carlos Alberto Menezes.

⁷ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a **tutela específica da obrigação** ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)

obra” e “impedimento de atividade nociva”, nos art. 84, §§ 3º e 4º, do CDC.⁸ Tais medidas estão previstas, respectivamente, nos art. 839, art. 822 (sequestro), art. 888, inciso I (obra de conservação), art. 888, inciso VIII (demolição), todos do CPC. O dispositivo não restringe os poderes do juiz a essas medidas exemplificadas, mas deixa em aberto que o juiz poderá determinar qualquer medida que assegure a eficácia da sentença (MARINONI, 2011), que apenas ocorrerá ao final do processo.

O que não era previsto nos procedimentos cautelares era a imposição de multa por descumprimento da ordem judicial. No máximo, em alguns procedimentos específicos de cautelares, a parte que se sentisse prejudicada pelo descumprimento da liminar concedida, poderia ingressar com ação de atentado, prevista no art. 879, do CPC.

Com a possibilidade de imposição de multa diária insculpida no art. 84, §4º, do CDC, o juiz passa a ter o poder de coagir a parte a praticar determinado ato, tendo como objetivo tornar eficaz a prolação da sentença ao final do processo.

Ocorre que o art. 84, §3º, do CDC, impõe como requisito para a concessão da liminar de tutela específica, o perigo de dano e “relevante fundamento”. Na prática, demonstrado o perigo de dano, tem-se a relevância do pleito, o que reflete que o art. 84, do CDC, está muito mais próximo de uma medida de urgência, já utilizando a nova taxonomia processual, do que de uma tutela de evidência.

Utilizando a nomenclatura do CPC atual, o art. 84, do CDC, está muito próximo de uma medida cautelar e assertiva, corroborada pelo §3º, porque tinha o objetivo de assegurar o resultado ao final do processo.

Todavia, a contribuição do art. 84, do CDC, não está na discussão sobre sua natureza cautelar ou antecipatória, mas se trata do primeiro dispositivo, que permite a concessão de uma liminar, no curso de um processo de conhecimento, com imposição de multa diária para que se cumpra uma obrigação.

Além da imposição de multa, o juiz não está adstrito às medidas cautelares exemplificadas no art. 84, §5º, do CDC⁹, pois o legislador utiliza a expressão “determinar

⁸ Art. 84 (...) §3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. §4º O juiz poderá, na hipótese do §3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

⁹ Art. 84 (...) §5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

as medidas necessárias, tais como...”. Tal expressão, interpretada com o art. 83, do CDC¹⁰, concede poderes ao juiz para aceitar qualquer pedido de tutela específica que o caso concreto exigir (PODESTÁ, 2011), desde que tenha como objetivo assegurar a parte que clama pela intervenção do Estado, o resultado “prático equivalente ao do adimplemento da obrigação”.

E, quando o legislador conferiu esse poder aos juízes, em que pese a redação do art. 84, do CDC, o legislador retirou as amarras que restringiam o julgador a conceder um pedido de tutela específica não previsto na letra da lei.

1.2 As reformas processuais da Lei n. 8.952/94 e Lei n. 10.444/02

Com a Lei n. 8.952/94, o legislador deu mais um passo a caminho da consagração de ações de tutela específica, as quais objetivam a satisfação de uma obrigação, da forma mais célere possível, com o mínimo de prejuízo à parte que reivindica seu direito.

Entre as diversas alterações que a Lei n. 8.952/94 promoveu no CPC, analisaremos apenas a criação do art. 273¹¹.

Até a criação do art. 273, somente existia no CPC as liminares concedidas em sede das ações cautelares. A partir da criação do art. 273, do CPC, criou-se um novo tipo de liminar: a antecipação de tutela.

A antecipação de tutela está mais ligada à verossimilhança dos fatos alegados pela parte, que é corroborada por algum documento inicial, para conseguir uma intervenção do Estado de forma imediata.

No CPC, a partir da Lei n. 8.952/94, para se obter uma tutela imediata, o demandante deveria demonstrar os fatos que fundamentariam a causa de pedir próxima¹² e

¹⁰ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

¹¹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. §1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. §2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. §3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. §4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

alguma prova incontroversa ou próxima de incontroversa de suas alegações. Em suma, o demandante deveria demonstrar a causa de pedir próxima e apontar ou já demonstrar também a causa de pedir remota, normalmente, por meio da lei e alguma prova já previamente constituída.

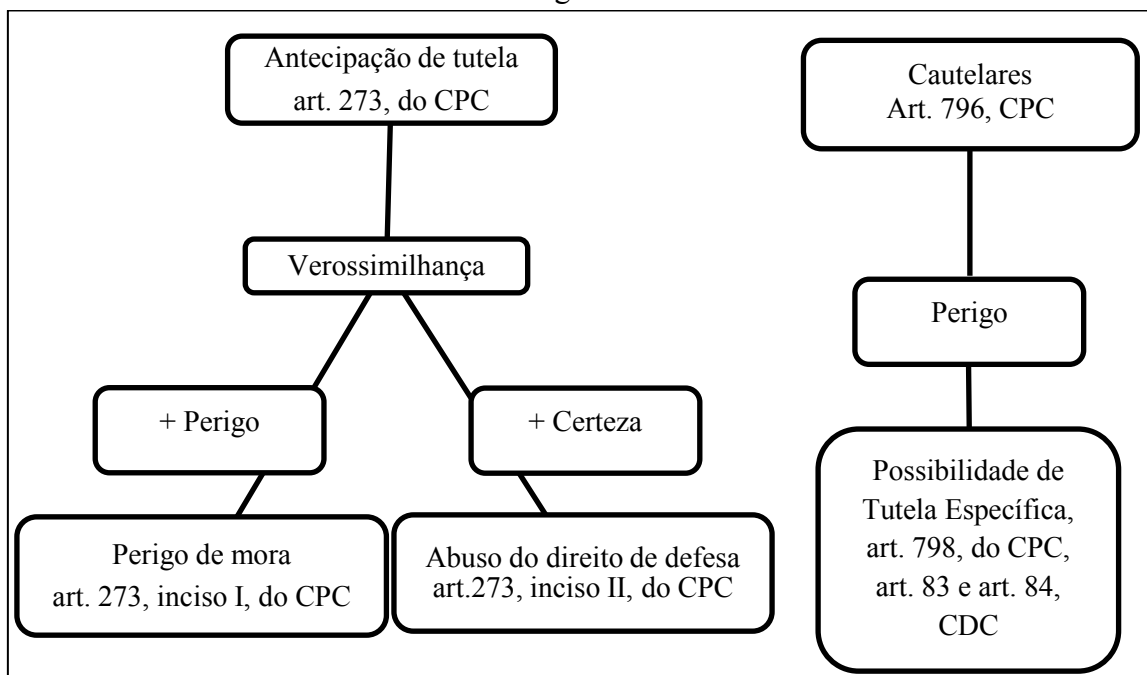
Dessa forma, a verossimilhança já seria uma evidência da causa de pedir remota e ela está presente na ação, quando há uma prova ou começo de prova que corrobore a pretensão judicial do demandante, para que seu pedido de intervenção imediata do Estado seja acolhido.

Além desse requisito, a antecipação de tutela determina também que haja um perigo de dano imediato ao direito do demandante ou que fique comprovado nos autos o abuso na manifestação do direito de defesa da parte contrária.

À vista disso, enquanto as antigas medidas cautelares e os artigos 83 e 84, do CDC, exigiam do demandante que se comprovasse a urgência do pedido, diante da possibilidade imediata de dano irreversível ou de difícil reparação, a Lei n. 8.952/94, que criou o art. 273, do CPC, exigia do postulante que sua causa de pedir próxima do pedido imediato estivesse demonstrada, bem como o perigo de mora ou a comprovação de que a parte contrária estava procrastinando o final do processo, sem justa causa.

¹² “Fundamentos do fato. Compõem a causa de pedir próxima. É o inadimplemento, a ameaça ou a violação do direito (fatos) que caracteriza o interesse processual imediato, quer dizer, aquele que autoriza o autor a deduzir o pedido em juízo. Daí por que a causa de pedir próxima, imediata, é a violação do direito que se pretende proteger em juízo, isto é, os fundamentos de fato do pedido. (...) Fundamentos jurídicos. Compõem a causa de pedir remota. É o que, mediatamente, autoriza o pedido. O direito, o título, não podem ser a causa de pedir próxima porque, enquanto não ameaçados ou violados, não ensejam ao seu titular a necessidade do ingresso em juízo, ou seja, não caracterizam *per se* o interesse processual primário e imediato, aquele que motiva o pedido. (...) É o título do pedido (a que “título” você pede?), que tanto pode ser a lei como o direito, o contrato, etc.(...)”. (NERY JUNIOR, 2007, pág. 550).

Figura 2.0



Além da introdução no CPC do art. 273, que consagrou um novo tipo de medida liminar, o legislador também introduziu o art. 461, no CPC¹³, em que prescreve a possibilidade de ingressar com ação de obrigação de fazer com pedido de tutela específica e cominação de multa diária.

O art. 461, do CPC, é apenas a inserção do art. 84, do CDC, no ordenamento processual civil. A inovação da Lei n. 8.952/94 está na possibilidade de antecipação de tutela nas ações de obrigação de fazer art. 461, §3º, do CPC, e na possibilidade de imposição de multa por tempo de atraso, nos termos do art. 461, §4º, do CPC.

¹³ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. §2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). §3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. §5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. §6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

A partir do art. 461, do CPC, é possível observar uma maior quantidade de ações com pedido de tutela específica (MARINONI, 2011). Não que o art. 84, do CDC, não estivesse sendo utilizado pelos operadores de direito, mas sua aplicação se restringia ao campo do direito do consumidor. Com a criação do art. 461, do CPC, as ações com pedido de tutela específica passam a poder ser utilizadas para assegurar qualquer tipo de direito material, não apenas o direito do consumidor.

Posteriormente, o legislador fez mais uma alteração do ordenamento processual, por meio da Lei n. 10.444/02, modificando a redação do §3º e acrescentando os §§ 6º e 7º, do CPC¹⁴. Também, com a mesma lei, o §5º foi alterado, e o §6º acrescentado, ambos do art. 461, do CPC. E o art. 461-A foi acrescentado ao CPC¹⁵.

Conforme se observa, a modificação do §3º, do art. 273, do CPC, ocorre apenas para que a medida de antecipação de tutela contemple expressamente as tutelas específicas prescritas no art. 461 e art. 461-A, do CPC.

Em relação ao acréscimo dos §§ 6º e 7º, do art. 273, do CPC, tem-se aqui uma modificação que altera a natureza e as possibilidades de antecipação de tutela.

Ao observar a figura 2.0, fica claro que para que haja a concessão de antecipação de tutela, deveria haver, até a aprovação da lei 10.444/02, verossimilhança e perigo de mora ou abuso no direito de defesa da parte contrária.

Com a inclusão do §6º, do art. 273, do CPC, passou a ser possível o acolhimento da antecipação de tutela quando a parte demonstrar de forma incontroversa seu direito, não havendo a necessidade de demonstrar o perigo de mora, prescrito no art. 273, inciso I, do CPC, ou a procrastinação da parte contrária no exercício de seu direito de defesa, possibilidade prevista no art. 273, inciso II, do CPC.

A maior alteração, que descaracteriza a antecipação de tutela para uma verdadeira medida cautelar, está na inclusão do art. 273, §7º, do CPC, o qual possibilitou que a antecipação de tutela seja deferida como se fosse um pedido cautelar.

¹⁴ Art. 273 (...) §6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. §7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

¹⁵ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. §1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§1º a 6º do art. 461.

Em outras palavras, quando a parte realizar um pedido liminar de natureza cautelar, em sede de antecipação de tutela, estando presente apenas o perigo de mora, previsto no art. 273, inciso I, do CPC, preterindo-se a verossimilhança, o pedido poderá ser acolhido. Conclui-se que o acréscimo do §7º, ao art. 273, do CPC, ampliou a antecipação de tutela para também abarcar as medidas de natureza cautelar (DISTEFANI, 2010).

Outra inovação da Lei n. 10.444/02, que também tem o claro desiderato de intervir na liberdade individual, está na modificação e inclusão, no art. 461, respectivamente do §§ 5º e 6º, ao CPC. Com a nova redação, o juiz poderá rever a multa de ofício, não ficando apenas adstrito à periodicidade diária ou ao valor, arbitrado com base no art. 461, §4, do CPC, mas ampliando a contagem de tempo, que pode ser diária ou não, limitada ou não, e reforçando a possibilidade de tomar outras providências que possibilitem a satisfação do provimento judicial final, inclusive modificando a multa arbitrada de ofício.

Ainda, a Lei n. 10.444/02, incluiu o art. 461-A ao CPC, possibilitando a individualização da entrega de coisa, impondo, para o credor da obrigação, a especificação do objeto que deseja obter da parte devedora.

A redação do art. 461-A, do CPC, já estava implicitamente inclusa no art. 461, do CPC. Todavia, o fato do legislador incluir a redação do dispositivo no CPC, reflete o objetivo de limitar a liberdade dos indivíduos em prol de uma sociedade mais justa e, ao mesmo tempo, conferir mais celeridade à satisfação das obrigações inadimplidas. Por isso, no §3º, do art. 461-A, do CPC, todas as medidas coercetivas previstas no art. 461, do CPC, podem ser aplicadas para a concessão de medida coercetiva para entrega da coisa.

Com as inovações advindas da Lei n. 8.952/94 e Lei n. 10.444/02, formou-se jurisprudência em relação à multa arbitrada e a sua periodicidade. A natureza das astreintes, conforme REsp. n. 110344-RJ é de multa pecuniária, cujo objetivo é satisfazer um título judicial.

Outros questionamentos surgiram com a Lei n. 8.952/94 e Lei n. 10.444/02, e foram sendo decididos pelas cortes superiores. Entre os quais: a partir de qual momento a multa passa a incidir? A partir da ciência do devedor, do ato em que ele foi intimado, ou quando o mandado de intimação é encartado aos autos, conforme decisão do STJ, no REsp 699.495-RS e EAg 857.758-RS?

Outro questionamento é o que ocorre quando a tutela é revogada ao final do processo por uma sentença, que extingue o processo, negando a existência da obrigação de fazer determinada pela parte. A multa permanece válida? Nesse caso, o STJ também já

decidiu que, ocorrendo a revogação da tutela antecipada no final do processo e declarando-se a inexistência da obrigação demandada pela parte, a parte que descumpriu a obrigação não poderá ser cobrada pelo descumprimento da tutela específica combinada com multa (AgRg no Ag REsp. n. 1.383.367). Inclusive, os valores desembolsados para o pagamento da multa, caso se verifique que não existia a obrigação, deverão ser devolvidos, conforme decisão no REsp. n. 556.980-BA.

O STJ também já decidiu, no AgRg no AREsp n. 14.395-SP, que a multa poderá ser alterada, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, caso seja constatado que, ao final do processo, a multa se verificou excessiva ou inexpressiva para que a obrigação determinada pelo título judicial seja satisfeita.

Capítulo 2 – Análise das tutelas de evidência e tutela provisória de urgência, nos procedimentos de tutela específica, na Lei n. 13.105 de 2015

Não tenhamos pressa, mas não percamos tempo. (Extraído do romance “A Caverna” de José Saramago)

2.1 As tutelas provisórias

Liminar está atrelado a *limiar*, que segundo o dicionário MICHAELIS, significa entrada. A própria palavra *liminar*, também segundo o dicionário MICHAELIS, pode ser vista como sinônimo de “posto à entrada” ou “preliminar”.

Durante muitos anos, os operadores do direito sempre utilizaram a palavra liminar como sinônimo da decisão imediata de um pedido cautelar ou de antecipação de tutela. A palavra liminar continuará sendo utilizada, mas como sinônimo da providência provisória imediatamente atendida pelo julgador da ação. Logo, o termo tutela provisória passa a ser o termo genérico de qualquer medida liminar pleiteada. Inclusive, retornando à situação descrita no primeiro parágrafo, poderá acontecer dos operadores do direito responderem aos seus respectivos clientes que conseguiram a tutela provisória do seu direito, ao invés de dizerem que conseguiram a liminar.

Assim, como no CPC, o legislador ainda permitirá ao juiz conceder a tutela provisória liminarmente, sem a oitiva da parte contrária, conforme prescreve o art. 9, inciso I, do NCPC¹⁶.

A tutela provisória poderá ser de urgência ou evidência, conforme prescreveu o legislador no art. 294, do NCPC¹⁷, e poderá ser pleiteada incidentalmente no processo ou no início do processo, assim, como a tutela provisória cautelar.

Não há necessidade de recolhimento de custas para os pedidos de tutela provisória incidentais, conforme prescreve o art. 295, do novo CPC¹⁸. Frisando que os

¹⁶ Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; (...)

¹⁷ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

¹⁸ Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

pedidos de tutela provisória, poderão ser feitos em caráter antecedente, antes da propositura do pedido principal ou incidentalmente, no decorrer do processo.

A tutela provisória conserva sua eficácia no curso do processo, podendo ser revogada ou modificada a qualquer momento pelo juiz, nos termos do art. 296, do NCPC¹⁹. Ainda, o Juiz deverá sempre fundamentar a decisão de conceder a tutela provisória a parte, bem como poderá revisar sua decisão a qualquer momento, consoante previsão no art. 297 e art. 298, ambos do novo CPC²⁰.

Por fim, assim como no CPC, o art. 299, do NCPC²¹, prevê que o Juiz competente para conceder a tutela provisória em caráter antecedente, antes do início do pedido principal, é também o juiz competente para conhecer a ação principal. Permanece, assim, a mesma regra do CPC, para os pedidos de tutela provisória em segunda instância, que em sede de recurso e ações de competência originária do tribunal, é o tribunal o órgão jurisdicional competente para apreciar o pedido de tutela provisória.

A grande mudança (BUENO, 2015) do regime da possibilidade de tutelas imediatas está na extinção completa do processo cautelar do CPC, art. 796 ao art. 888, Livro III, do CPC, substituídos pela tutela de urgência, não mais exigindo dois processos, nos termos do art. 301 e art. 305, ambos do NCPC²².

Enquanto a tutela antecipada, prescrita no art. 273, inciso II, e §6, do CPC, é substituída pela tutela provisória de evidência, conforme expressa o art. 311, do NCPC. E a tutela provisória antecipada clássica, prevista no art. 273, caput, inciso I, do CPC, que

¹⁹ Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

²⁰ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

²¹ Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

²² Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito.

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

contempla a verossimilhança e o perigo de dano imediato irreversível ou de pouca reversibilidade, está prevista no art. 300, do NCPC.

2.2 Tutela provisória de urgência: antecipada e cautelar

Basicamente, podemos asseverar que a tutela provisória de urgência cautelar ou antecipada, é uma mistura entre o art. 273, inciso I, §§ 2º e 7º, com o art. 796 e art. 804, todos do CPC. Da mistura dos dispositivos anteriores e, considerando a nova nomenclatura do legislador, surgem as tutelas provisórias, prescritas no art. 300, do novo CPC.

Todas as cautelares nominadas, previstas no CPC, no Livro III, foram previstas no novo CPC, no art. 301²³, apenas de forma genérica e exemplificativa.

A grande inovação, conforme já ressaltado, é que se extinguiu por completo os procedimentos cautelares, em que era distribuído um pedido cautelar, tendo o requerente que apresentar uma ação autônoma com o pedido principal em 30 dias, sob pena de extinção da medida cautelar concedida. Com o novo CPC, não haverá a formação de dois processos, como havia no CPC, o que, na visão de muitos autores, traz mais celeridade e praticidade ao processo civil (MONTENEGRO FILHO, 2015).

Outra inovação, que não havia no CPC, é que o juiz pode agora requisitar caução real ou fidejussória quando houver perigo de dano irreparável a outra parte, na concessão da tutela provisória de urgência, conforme prescreve o art. 300, §1º, do novo CPC.

O art. 302, inciso I, do NCPC, apenas repete o art. 811, do CPC, responsabilizando o requerente do procedimento de urgência que, por meio do procedimento instaurado, causar prejuízo à parte contrária.

Além disso, o art. 302, inciso II, do NCPC, prevê que o requerente poderá ser responsabilizado, caso seja concedida a medida de urgência, e o mesmo não fornecer os meios para a citação do requerido.

²³ Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

E, nos termos do art. 302, inciso IV, do NCPC, se no decorrer do processo ficar comprovado que o direito perseguido pelo requerente está prescrito ou já ocorreu a decadência e, liminarmente, foi concedida a tutela provisória ao requerente em face da parte adversa, caso tenha ocorrido qualquer prejuízo a parte adversa, o requerente deverá ressarcir-lo.

No Capítulo II, do Título II, da Tutela de Urgência, o legislador previu procedimentos processuais específicos para a tutela provisória de urgência antecedente, em caráter satisfativo, e inovou ao prever os efeitos da estabilização da tutela antecipada concedida.

O art. 303, caput, do novo CPC²⁴, prevê que quando a urgência estiver atrelada à ação principal, a petição inicial poderá apenas requerer a tutela antecipada e indicar qual será o pedido final, com a demonstração dos fatos, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Dessarte, o requerente deverá observar os requisitos do art. 303, §§4º e 5º, do novo CPC, determinando o valor da causa e levando em consideração qual é o pedido de tutela final, que incidirá às custas da distribuição da ação. O mais importante no pedido de tutela antecipada em caráter antecedente é demonstrar o perigo de mora e a plausibilidade do direito do requerente na petição inaugural.

Conseguindo a tutela antecipada, o requerente deverá aditar a inicial, demonstrando seu direito, realizando o pedido de tutela definitiva, se houver, e juntando novos documentos, no prazo de quinze dias, a contar da concessão da tutela antecipada, conforme prescreve o art. 303, §1º, inciso I, do novo CPC.

²⁴ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. §1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo: I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar; II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334; III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335. §2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito. §3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais. §4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final. §5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo. §6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

O aditamento apenas será necessário, se a parte contrária aos interesses do requerente não interpuser recurso à concessão da medida de antecipação de tutela, uma vez que não havendo recurso manejado contra a decisão que concede a tutela provisória, ocorre a hipótese de estabilização da tutela antecipada, nos termos do art. 304, do novo CPC²⁵, que abordaremos adiante.

Assim, pressupondo que não é caso de estabilização da antecipação de tutela, o inciso II, do art. 304, §1º, determina que o juiz cite a parte contrária para a audiência de conciliação ou mediação, nos termos do art. 334, do novo CPC. Não havendo composição, abre-se prazo para que a parte contrária ofereça defesa, nos termos do inciso III, do art. 303, combinado com o art. 355, ambos do novo CPC.

O §6º, do art. 303, do novo CPC, é a hipótese do juiz de imediato não constatar elementos para acolher o pedido de tutela antecipada provisória. Nesta hipótese, é ainda conferido ao requerente o prazo de 5 dias, para que apresente uma emenda e reitere seu pedido de tutela provisória.

A grande inovação da tutela antecipada provisória está no art. 304, do NCPC, porque a legislação concede estabilidade à tutela provisória concedida que não foi atacada pela parte contrária, por meio de recurso.

Em outras palavras, não havendo recurso em face da decisão e não ingressando qualquer das partes com o pedido principal, nos termos do art. 304, §§ 2º e 3º, do novo CPC, passa a vigorar por prazo indeterminado e o processo preparatório será extinto (TALAMINI, 2012 e SICA, 2015). Todavia, qualquer das partes poderá desarquivar o processo no período de 2 anos, instruindo o processo com a ação principal, nos termos do art. 304, §4º, do CPC, para revisão da antecipação de tutela concedida.

A questão é: o que ocorre após 2 anos da estabilização da tutela antecipada concedida, sem que haja o desarquivamento do processo, com o aditamento do pedido

²⁵ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. §1º No caso previsto no caput, o processo será extinto. §2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput. §3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º. §4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. §5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1º. §6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

principal? Em que pese a expressa imposição normativa do §6º, do art. 304, do novo CPC, que a estabilização da tutela antecipada não fará coisa julgada, tem-se que, após 2 anos, não haverá recurso processual para modificá-la, uma vez que não houve previsão pelo legislador.

Logo, a tutela antecipada torna-se definitiva porque “teremos uma decisão de mérito no sistema que jamais será impugnável por ação rescisória, ainda que definitiva” (AMORIM, 2015, p. 209).

A solução, de acordo com Daniel Amorim (2015) seria que a decisão da antecipação de tutela, ainda que estabilizada por mais de 2 anos, não fizesse coisa julgada, nos termos expresso do art. 304, §6, do novo CPC. A coisa julgada deixou de ser condição *sine qua non* para admissão da ação rescisória. Por conseguinte, a parte prejudicada, poderia ingressar a qualquer tempo, ainda que após 2 anos do trânsito e julgada da decisão com ação rescisória.

Ocorre que, de acordo com o Enunciado 33, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, não é possível ação rescisória em face da estabilização da tutela provisória de urgência.

Assiste razão Daniel Amorim (2015) e assiste razão o Enunciado 33. O Enunciado 33 deve ser interpretado e aplicado no prazo de 2 anos da decisão que concedeu a antecipação de tutela. Passados 2 anos, a única forma da parte prejudicada rever a antecipação de tutela estabilizada, que não transita em julgado, nos termos do art. 304, §6, do novo CPC, será por meio de ação rescisória, nos termos do art. 966, inciso VIII, do novo CPC.

O capítulo III, do título II, “Da tutela provisória”, prescreve os procedimentos para as tutelas provisórias de natureza assecuratória ou tutela de urgência antecedente de caráter cautelar.

O art. 305, do NCPC²⁶, é uma mistura do art. 273, §7º, combinado com o art. 801, ambos do CPC. Assim, como no código anterior, o requerente ingressará com medida cautelar para que em 5 dias, após a intimação, a parte contrária apresente defesa, consoante

²⁶ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

disciplina o art. 306, do novo CPC²⁷. Não sendo contestado, automaticamente, o juiz decidirá em 5 dias, nos termos do art. 307, do NCPC²⁸. Contestada a ação, observar-se-á o rito comum.

Importante frisar que, da mesma forma do CPC, o indeferimento da medida cautelar pleiteada em sede de tutela provisória, não obsta a parte de realizar o pedido principal, nos termos do 310, do novo CPC²⁹. Salvo quando for reconhecida no pedido cautelar a prescrição ou decadência do direito do requerido no pedido principal. Todavia, o indeferimento da medida de urgência de antecipação de tutela em caráter antecedente, de acordo com o art. 304, §6º, do NCPC, obsta a complementação do pedido liminar, prevista do art. 303, §1º, inciso I, do NCPC.

Conforme já asseverado, exaustivamente, o processo cautelar do CPC foi extinto e tudo corre em apenas um processo (MONTENEGRO FILHO, 2015). Dessa maneira, nos termos do art. 308, §1º, do NCPC³⁰, o requerente já poderá realizar o pedido principal, na mesma petição que demanda o pedido cautelar. Todavia, ainda que não o faça, o requerente terá 30 dias, para nos mesmos autos, apresente o pedido principal aditando a inicial.

Caso o requerente não apresente o pedido principal, tampouco efetive a medida cautelar em 30 dias ou o pedido principal for julgado improcedente, nos termos do art. 309, do NCPC³¹, cessa-se a eficácia da tutela de urgência cautelar, caso tenha sido acolhido o pedido antecedente do requerente.

²⁷ Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

²⁸ Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

²⁹ Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

³⁰ Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. §1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. §2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal. §3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. § 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

³¹ Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem

Na prática, os artigos 306 a art. 310, que prescrevem a tutela de urgência de natureza cautelar, são cópias dos artigos 801 a 810, do CPC. E não existem grandes inovações, salvo a possibilidade explícita de audiência de conciliação e mediação, nos termos do art. 308, §3º, do NCPC.

A inovação da redação do art. 306 ao art. 310, do NCPC, é a importância da audiência de composição entre as partes, que é a todo momento frisada no novo código, com a expressa menção do art. 334, do novo CPC, e passa a ser um dos novos alicerces da nova sistemática processual (THEODORO JR., 2015).

2.3 Tutela provisória de evidência

O Título III, do Capítulo V, recebe o nome de Tutela de Evidência e na simples leitura do art. 311, do NCPC³², de imediato, é possível observar a influência direta do art. 273, inciso II e §6º, combinado com a ação de depósito, todos inculcados no CPC.

O art. 311, inciso I, II e IV, nada mais é do que a previsão legal de antecipar os efeitos da sentença, quando a parte contrária ao pedido do requerente, apresenta recursos meramente procrastinatórios ou quando o pedido ou parte dele tornou-se incontroverso, porque não foi devidamente impugnado.

Inclusive, no caput, do art. 311, do novo CPC, o legislador é taxativo ao especificar que a tutela de evidência será concedida “...*independente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo...*”

O interessante é o legislador no art. 311, inciso III, do novo CPC, ter colocado a ação de depósito, prevista no CPC, no art. 901 a art. 906. Trata-se de procedimento jurídico que tem natureza jurídica de ação executiva. Por meio desse provimento, o requerente busca reaver o que é seu, de modo direto, por meio da restituição da coisa. O

resolução de mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

³² Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

mesmo resultado também pode ser obtido por meio de ação de obrigação de entregar coisa específica, prevista no CPC, no art. 461-A.

O legislador criou o art. 331, do novo CPC, para especificar quais seriam as hipóteses de direito incontroverso do requerente, porém tais hipóteses devem ser interpretadas como exemplificativas (AMORIM, 2015).

Ainda, deve-se observar que as tutelas de evidências, previstas nos incisos I e II, do art. 311, diferentemente das tutelas de urgência (cautelar ou antecipada), somente podem ser pleiteadas de forma incidental no processo.

Em relação ao inciso IV, do art. 311, do novo CPC, é possível, teoricamente o juiz se deparar com um pedido de tutela de evidência, diante de um documento não suscetível de dúvida, para acolher o pedido imediado do requerente.

Entretanto, em relação à hipótese do inciso III, do art. 311, do novo CPC, é perfeitamente possível o juiz deferir com antecedência, porque, conforme já explicado, trata-se de um pedido fundado em um contrato de depósito.

Também, ao contrário das tutelas de urgência, já analisadas no tópico anterior, é importante considerar que as hipóteses exemplificativas do art. 311, do novo CPC, não contemplam qualquer audiência de tentativa de conciliação, nos termos do art. 334, do novo CPC.

No caso da tutela de evidência, ao contrário da tutela de urgência, o legislador prima pela celeridade e eficácia do provimento judicial, pois a tutela de evidência já pressupõe que o requerente está sendo lesado, uma vez que demonstra uma prova incontroversa do seu direito e não há mais meios de defesa jurídico para a parte contrária resistir. Em outras palavras, a redação do art. 311, do novo CPC, prima pela celeridade processual por intervenção do juiz, enquanto as tutelas de urgência, primam pela celeridade do processo, por meio da composição e mediação entre as partes, nos termos do art. 334, do novo CPC.

2.4 As tutelas específicas no NCPC

As obrigações de fazer ou obrigações de tutelas específicas, a partir da Lei n. 13.105/2015, foram melhoradas, seguindo os avanços legislativos já apontados na introdução deste trabalho.

O NCPC mantém as regras básicas previstas no CPC, no art. 461 e art. 461-A. Entre as quais, o art 461,§5º, do CPC, em que se permite a aplicação de multa de ofício

pelo Juiz ao devedor da obrigação, aparece já no caput, do art. 536, do NCPC³³. E mantém o rol exemplificativo, previsto no caput e §5º, do art. 461, do CPC, repetido no caput e §5º, do novo CPC.

Uma das inovações do NCPC é a possibilidade expressa do devedor impugnar os cálculos da multa apresentados pelo credor, nos termos do art. 536, §4º, do NCPC, por meio do art. 525, do NCPC³⁴.

O legislador reservou o art. 537, do NCPC, apenas para estabelecer as regras da aplicação da *astreinte* pelo juiz. Quiçá, essa seja uma das melhores alterações legislativas (MONTENEGRO FILHO, 2015), porque sedimenta algumas controvérsias que existiam sobre a *astreinte*. Conforme se observa no §1º, do art. 537, do NCPC, o juiz poderá modificar o valor e a periodicidade da multa, para mais ou para menos, para adequá-la às exigências dos fatos. Para tanto, o juiz levará em consideração, os incisos I e II, do §1º, do art. 537, do NCPC, que é o fato do devedor já ter cumprido parcialmente a obrigação ou o fato da multa ter se tornado excessiva ou insuficiente para condicionar a obrigação.

Importante frisar que a periodicidade da multa passou a ser determinada pelo juiz, a pedido da parte ou não, tendo o juiz a liberdade para arbitrar a periodicidade e a multa em relação à obrigação demandada. Tal inovação é mais um avanço (AMORIM, 2015), uma vez que o art. 461, §4º, do CPC, frisava “multa diária” e o §5º, do mesmo dispositivo, asseverava “multa por tempo de atraso”.

Também, a partir do art. 537, §2º, do NCPC, não resta mais dúvida que os valores da *astreinte* passam a pertencer exclusivamente ao credor, ainda que o valor da multa já tenha ultrapassado valor da obrigação.

³³ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. §1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. §2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento. §3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência. §4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber. §5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

³⁴ Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: (...)

Outra inovação importante está no art. 537, §3º, do NCPC, que permite que o devedor pague provisoriamente a multa, depositando-a em juízo, permitindo que o valor seja levantado, após o trânsito em julgado, pela parte que venceu.

Entre as inovações da Lei n. 13.105/15, o §4, do art. 537, do NCPC, determina que a multa é devida a partir do descumprimento da decisão judicial, que a arbitrou.

É cediço que, na vigência do CPC, com base no art. 461, §6º, os Tribunais diminuían a multa arbitrada, quando a astreinte se verificava excessiva, conforme julgados do STJ, em AgRg no AREsp 627474 – RJ, REsp 1.303.544 – MG, AgRg no AREsp 273.583 – RS, etc.

Muito provavelmente, diante da ausência de previsão, expressa dos efeitos no tempo da revisão do valor da multa, é possível que, novamente, a jurisprudência tenda a consagrar esse entendimento também para o art. 537, do NCPC³⁵, conferindo efeitos *ex tunc* às decisões que revisem o valor arbitrado de multa para condicionamento do devedor ao cumprimento da obrigação. Mas, há posicionamento divergente, em que pese não haver expressa menção no texto legislativo sobre a eficácia no tempo da modificação da multa, a partir do art. 537, §1º, do NCPC, implicitamente, possui efeito *ex nunc*, a modificação do valor arbitrado da multa.

Nesse sentido, Misael Montenegro Filho (2015) faz a seguinte interpretação do art. 537, §1º, combinado com §4º, ambos do NCPC, para conferir apenas efeitos futuros para a modificação das *astreintes*:

“A expressão multa vincenda, propositamente utilizada pelo legislador infraconstitucional, demonstra que a modificação do valor da multa ou a sua exclusão só produz efeitos a partir da nova decisão judicial, não reotragindo, para alcançar e tornar sem efeito a fixação anterior, a ponto de impactar no valor acumulado da multa,

³⁵ Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. §1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. §2º O valor da multa será devido ao exequente. §3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042. §4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. §5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

que proporcionalmente representa a medida da extensão da recalcitrância do devedor.”³⁶

Por fim, o art. 538, do NCPC, disciplina a tutela específica para entrega de coisa e é cópia do art. 461-A, §2º, do CPC, mas traz inovações ao disciplinar no texto questões de direito material.

As regras para aplicação de astreintes, a fim de condicionar o devedor ao cumprimento da obrigação, serão as regras estabelecidas no art. 536 e art. 537, ambos do NCPC. Da mesma forma, o art. 461-A, do CPC, remetia-se ao art. 461, também do CPC, para aplicação de astreintes e demais medidas coercitivas para o condicionamento do cumprimento da obrigação pelo devedor.

A inovação do art. 538, do novo CPC³⁷, cuja referência não constava no CPC, no art. 461-A, está nos §§ 1º e 2º, do art. 538. Conforme se observa na leitura dos dispositivos, ocorre a regulamentação do exercício do direito (material) de retenção da coisa pelo devedor (BUENO, 2015), por benfeitorias realizadas. Tal retenção deve ser exercida, na forma de defesa, durante o processo de conhecimento, sob pena de preclusão consumativa, segundo alguns autores (AMORIM, 2015).

O dispositivo possui um problema porque não faz referência às decisões provisórias, as quais determinam a entrega da coisa, o que entraria em conflito com o direito do devedor de reter a coisa. Contudo, para correção da lacuna legislativa (BUENO, 2015), é possível a aplicação do art. 297, do NCPC, que dispõe que “a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”. Logo, no caso de execução da decisão provisória de obrigação que determina a entrega da coisa, as regras da execução provisória de sentença serão observadas.

³⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2015. p.152.

³⁷ Art. 538. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. §1º A existência de benfeitorias deve ser alegada na fase de conhecimento, em contestação, de forma discriminada e com atribuição, sempre que possível e justificadamente, do respectivo valor. §2º O direito de retenção por benfeitorias deve ser exercido na contestação, na fase de conhecimento. §3º Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Capítulo 3 – A tutela provisória é eficaz para condicionar um comportamento econômico de uma sociedade empresária

Dizem que o tempo resolve tudo. A questão é: Quanto tempo? (Extraído de “Alice no País das Maravilhas”, escrito por Lewis Carol)

3.1 A evolução do Estado Burguês e o surgimento das tutelas específicas.

Desde a revolução industrial, que teve início no séc. XVIII, iniciou-se um processo nas sociedades ocidentais de organização de suas economias em um sistema capitalista com o objetivo de aumento das escalas de produtividade e maior circulação de capital, tudo em prol de maior lucratividade.

Não eram apenas as linhas de produção de fábrica que amontoavam uma massa de trabalhadores que, desprovidos de capital de produção, apenas poderiam vender sua força de trabalho para sobreviver, mas o mundo passou a ter mais mercadoria e dinheiro circulando. Ou, em outras palavras, as sociedades ocidentais passaram a ter mais riqueza circulando.

A partir da primeira revolução industrial, no final do século XVIII, é nítido que as relações econômicas entre as sociedades empresárias também se tornaram mais complexas, porque se iniciou um processo de circulação de riqueza que exigia cada vez mais liberdade para mobilidade dos insumos e capital (COELHO, 2006).

Essa liberdade deveria ser assegurada de alguma forma, para que as sociedades pudessem continuar circulando riqueza com segurança e, conseqüentemente, nesse momento, passarem de um sistema mercantil para um sistema capitalista. Existia uma necessidade de reordenação do Estado e de suas instituições jurídicas, com objetivo de assegurar liberdade de circulação de capital com segurança.

Os filósofos do século XVIII apresentam as bases do sistema capitalista, que fundamentará o que alguns autores chamam de “Estado Burguês” (GRAU, 2008), pautado nos princípios absolutos de liberdade, igualdade e fraternidade, em prol do máximo utilitarismo econômico e do lucro.

Isto porque, enquanto a sociedade mercantil, que antecedia a sociedade capitalista, do século XVIII, primava pela circulação de mercadoria e o objetivo dos agentes econômicos era conseguir mercadorias, para revender e comprar mais mercadorias. A sociedade capitalista prima pela circulação de capital, em que se circula dinheiro, para

ganhar mais dinheiro. A partir de uma determinada quantidade de dinheiro, se organiza força de trabalho e capital para produzir uma mercadoria e vendê-la com o intuito de ter como retorno uma quantia superior à investida. Isso é o sistema capitalista e é, nesse processo de acumulação de capital, que ele se diferencia do sistema mercantil (GRAY, 1999).

Essa mobilidade somente é possibilitada com a reformulação dos Estados, que passam a garantir apenas a liberdade absoluta, por meio de suas instituições, pelo menos até o início do século XX.

A partir do século XX, os Estados passam a ser reformulados novamente por uma ideologia econômica heterodoxa, em que o Estado, para fomentar o desenvolvimento e a acumulação de capital na sociedade, passa a ser um dos agentes do processo (KEYNES, 1992 [1907]).

Do início do século XX até o final da década 1980, os Estados passam a induzir suas economias e não apenas aguardar para que seus agentes econômicos, por meio de uma força invisível, realoquem seus recursos e desenvolvam economicamente a sociedade. Mas, diretamente, passam a intervir na sociedade, para corrigir desigualdades e fomentar investimentos em áreas consideradas estratégicas para o desenvolvimento de sua sociedade.

Em outras palavras, a liberdade total, idealizada no início do século XVIII, é preterida, mas não eliminada, em prol da correção de imperfeições no sistema, que gera graves desigualdades sociais, e indução de investimento em áreas consideradas essenciais para o desenvolvimento de uma nação (NUSDEO, 1996).

Ocorre que, no final de 1980, o pensamento econômico heterodoxo também se desgasta, uma vez que as sociedades ocidentais passam por crises econômicas, geradas por perdas de produtividade e competitividade, acarretando em aumento do desemprego e diminuição da renda.

Novamente, os ideais econômicos liberais ressurgem, repaginados por novos economistas do final do século XX, que atribuem as crises econômicas pelas quais os países estavam passando, ao excesso de intervenção econômica do Estado na economia.

O excessivo intervencionismo estatal deturpava preços e impediam a livre concorrência entre os agentes econômicos, o que acarretava problemas na distribuição de renda, geração de empregos e produtividade.

Logo, a partir de 1980 os Estados iniciam uma série de reformas econômicas, que passam a diminuir suas estruturas e a participação direta na economia, com a venda de empresas públicas à iniciativa privada e cortes em gastos sociais.

Mais uma vez, os partidários da corrente econômica neoliberal, passam a difundir que o Estado deve apenas se preocupar em garantir um ambiente econômico seguro para que os agentes possam atuar com total liberdade para empreender o capital, como bem desejarem.

Digressões a parte, no brevíssimo resumo sobre a história econômica do mundo, especialmente, nas sociedades ocidentais, a pergunta que surge é: o que é essa liberdade econômica pregada e quando essa liberdade deve ser tolhida pelo Estado?

Conforme já asseverado, segundo os liberais (SMITH, 1996 [1776]), há uma ordem econômica natural e invisível, que para operar eficientemente, necessita do máximo de liberdade individual possível na esfera das relações econômicas. Somente dessa forma, o interesse individual, que é a motivação fundamental da organização da sociedade para atingir o lucro e, conseqüentemente, o bem estar social, poderia ser satisfeita. Logo, o Estado deveria intervir o mínimo possível na liberdade de seus agentes econômicos.

Caberia essencialmente às instituições do Estado, garantir a liberdade plena de todos os indivíduos, para que cada um conseguisse satisfazer sua demanda pessoal. Na visão liberal clássica, não cabe ao Estado obrigar qualquer indivíduo de sua sociedade a fazer qualquer coisa. Nas palavras de Stuart Mill (1999):

“O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma. **Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem.** A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade, é o que concerne a outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.”³⁸

Observe que o próprio autor liberal já aponta para mitigação da liberdade dos indivíduos – que chamaremos de agentes econômicos no trabalho – de fazer ou não fazer algo, quando há risco ou dano efetivo a terceiro. Para o trabalho, consideramos as pessoas físicas e jurídicas componentes da sociedade e, por isso, nos referiremos a esses

³⁸ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. 44ª Edição. São Paulo: Escala, 1999. p. 34.

indivíduos como agentes econômicos, que exercem sua liberdade de formas diferentes da sociedade para consumir ou produzir algo.

Do século XVIII até o século XXI, a liberdade nas relações econômicas apenas aumentou na forma de contratos cada vez mais complexos entre as sociedades empresárias e, posteriormente, já na metade do século XX, entre as sociedades empresárias e seus consumidores finais.

Mas, já na metade do século XX, o legislador se viu obrigado a interferir no cumprimento das obrigações entre as sociedades empresárias, por meio do condicionamento de um comportamento da parte devedora para satisfazer a obrigação.

Isto porque há um problema quando há inadimplência de uma obrigação contratual, previamente e livremente pactuada entre as partes. A sociedade não pode existir, se seus integrantes, a todo momento, se furtam a cumprir com suas obrigações. E, seus integrantes, não podem iniciar atos de violência sempre que ocorre inadimplência em uma obrigação.

E, leia-se, quando estamos usando o termo “obrigação” não estamos diretamente associando à obrigação pecuniária, mas obrigação no sentido mais genérico do termo. Da obrigação, por exemplo, de simplesmente o padeiro avançar com um cliente que entregará pão quente e leite fresco em determinado horário, mas nunca cumpri-la. Como poderia o Estado intervir nessa simples relação? Ainda, seria o caso do Estado intervir nessa relação econômica?

Ou, reformulando o exemplo, a hipótese de um agricultor que se compromete a entregar tantas caixas de alface fresca a determinada rede de restaurantes, em determinada data. O referido contrato é realizado e possui uma multa expressiva.

Nas vésperas da entrega, o agricultor recebe uma proposta mais vantajosa, que compensa a quebra contratual e o pagamento da multa, e informa seu cliente prévio que apenas metade das caixas de alfaces chegarão na data apazada. A outra metade, chegará no dia seguinte e o agricultor informa que pagará a multa contratualmente prevista. Como pode o dono da rede de restaurantes forçar o vendedor de alfaces a cumprir com sua obrigação? Nesse exemplo, é visível que, se o dono do restaurante demandar, há direito a ser tutelado pelo Estado. A questão é: como o Estado intervém, de forma eficaz, na liberdade do agente econômico?

Na citação extraída do livro “Ensaio sobre a liberdade” (MILL, 1999 [1859]), se colocam algumas questões que devem ser enfrentadas pelos legisladores de qualquer país. Quando o Estado pode intervir na liberdade de um indivíduo para obrigá-lo

a fazer algo? A resposta do autor, também extraído do texto colacionado, é: quando há dano ou perigo de dano. Em sequência, a pergunta que se faz, é quando há perigo de dano? Quando há dano, a ponto do Estado ordenar um indivíduo a realizar ou fazer determinada coisa, ao invés, de condená-lo ao pagamento de uma indenização? E, por fim, como pode o Estado coagir um indivíduo a cumprir uma obrigação com outro indivíduo?

Cada sociedade possui o seu próprio sistema capitalista e, conseqüentemente, sua própria legislação. É por isso, que alguns autores asseveram que não há que se falar em “direito” ou “capitalismo”, mas em “direitos” e “capitalismos” (GRAU, 2008) porque cada sociedade possui o seu direito e o seu sistema capitalista.

O Brasil iniciou seu processo de industrialização de forma prussiana³⁹ (MELLO, 1998), partindo de uma forte intervenção estatal no início da década de 30, dirigido pelo governo de Getúlio Vargas. Apenas para ratificar que o processo de industrialização se iniciou no Brasil nos anos de 1930, o Decreto Lei n. 5.452 de 1º de maio, que regulamenta os direitos trabalhistas, surge sob o regime ditatorial de Getúlio Vargas, para se adequar a nova realidade industrial do Brasil, que estava patente durante os anos 30.

A Consolidação das Leis Trabalhistas surge para regulamentar milhares de trabalhadores que deixaram o campo para trabalhar na cidade e, de alguma forma, deveria existir algum tipo de organização entre essas sociedades empresárias industriais que se formavam e os milhares de trabalhadores que vendiam sua força de trabalho. A forma de organização encontrada foi a criação de leis, sob a tutela do Estado, para assegurar o mínimo de organização social.

Do início da industrialização brasileira, que neste trabalho marcamos no início da década de 1930 (MELLO, 1998), inicia-se também o uso mais intenso da legislação de contratos societários e comerciais, grande parte regidos pela Lei n. 3.071 de 1916, Código Civil. Esses contratos vão dar alicerce jurídico e formal às obrigações econômicas firmadas entre as nascentes sociedades empresárias com outras sociedades empresárias. Na época, sequer poderíamos imaginar que existiria uma legislação garantindo os direitos do consumidor final da mercadoria e serviço ofertados por essas sociedades empresárias.

³⁹ Termo utilizado fazendo referência à Revolução Prussiana, em que partiu do próprio Estado, a unificação do Estado Alemão. Utiliza-se o termo, fazendo referência que o próprio Estado decidiu por intervir em determinada situação e promover as reformas que entendia necessária ao desenvolvimento social e econômico do país.

Diante dos avanços do capitalismo brasileiro, também aumentaram os conflitos jurídicos entre as operações econômicas inadimplidas entre sociedades empresárias e esses conflitos começaram a chegar ao judiciário.

Entre os anos 1930 até o início da década de 1970, a realidade econômica brasileira foi transformada pela industrialização pesada, impulsionada pela forte intervenção estatal.

Muito provavelmente, o art. 287, do CPC, que previa multa para cumprimento da obrigação firmada por sentença transitada e julgada, foi criado para satisfazer a demanda de celeridade a fim de sanar o inadimplemento obrigacional de uma das partes, seja pessoa jurídica ou física o credor da obrigação.

Mais do que isso, já no início de 1970, o legislador da época havia inserido a multa, de inspiração francesa, justamente, para intervir na relação entre particulares e condicionar um comportamento da parte inadimplente, ou seja, o Estado limitador das liberdades individuais exercidas de forma absoluta, iniciou em meados de 1930 e nunca mais desapareceu.

Mesmo no início da década de 1980, quando os ideais neoliberais começaram a ganhar força ao redor do mundo, impulsionados pelos governos da Inglaterra e dos EUA, liderados respectivamente por Ronald Reagan e Margaret Thatcher, o Estado brasileiro foi se ordenando de modo a não eliminar a legitimidade de intervenção do Estado na sociedade e introduzir as mudanças determinadas pelas economias centrais (GRAY, 1999).

Com o fim do regime militar (1964-1985), período que ficou marcado por uma forte intervenção do Estado na economia, e, posteriormente, em 1988, com a promulgação de uma nova constituição, consagrou-se inúmeras garantias liberais. Entre elas o princípio da livre iniciativa, previsto no art. 1º, inciso IV, art. 170, caput, inciso IV e parágrafo único, todos da CF⁴⁰, o princípio da livre concorrência, previstos no inciso III, do

⁴⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo

art. 170; e propriedade privada, nos termos do art. 170, inciso II, da CF. Todas garantias de séculos de ideais liberais.

Mas, a mesma constituição também já apontava para uma nova ordem econômica estabelecida no Brasil, em que princípios liberais não eram mais absolutos e deveriam se harmonizar com outras garantias sociais, protegidas diretamente pela intervenção do Estado. Tais como o princípio de garantia à defesa do consumidor, nos termos do art. 170, inciso V, da CF, garantia de tratamento diferenciado para pequenas empresas, nos termos do inciso IX, do art. 170, da CF, defesa do pleno emprego, nos termos do inciso VIII, do art. 170, da CF, defesa do meio ambiente, nos termos VI, art. 170, da CF, garantia da função social da propriedade, nos termos do inciso III, do art. 170, da CF e garantia de redução das desigualdades sociais, nos termos do inciso VII, do art. 170, da CF.

Em suma, os princípios formadores do Estado liberal, após quase oitenta anos de intervenção direta do Estado na sociedade, são retomados com a redemocratização do Brasil na década de 80, influenciados pelos ideais neoliberais propagados pelos EUA e Inglaterra. Todavia, as garantias liberais antes absolutas são mitigadas por garantias de intervenção do Estado na sociedade, para tutelar outros interesses e direitos, que são preteridos pelos ideais liberais, como direitos do consumidor, meio ambiente, a busca pelo pleno emprego e a busca pela redução das desigualdades sociais.

As mudanças econômicas da década de 80, não apenas reestruturaram os ideais liberais, mas também trouxeram ao mundo uma nova concepção estrutural de sociedade empresariais.

A partir da década de 1980, as sociedades empresariais de grande porte passaram a atuar de forma global, não apenas fora de seus países de origem com investimento direto em outros países, mas aportando capital em outros países (GAGNIER, 2000), adquirindo empresas já instaladas no local de origem, o que alavancava a escala de produção e prestação de serviços.

Em outras palavras, a partir da década de 1980, inicia-se um processo de oferta de mercadorias e serviços em massa, situação que faz com que um simples contrato

único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

de fornecimento de insumos básicos para produção de uma determinada mercadoria por uma empresa, caso inadimplido parcialmente ou totalmente, leva a uma queda brutal do faturamento e ao desabastecimento do mercado consumidor.

Outro exemplo, complementando a massificação da oferta e os problemas dela derivados, trata-se de um consumidor que não é atendido pela prestação de serviços de telecomunicação, perde horas ao telefone apenas para tentar solicitar informações de como proceder e reestabelecer seus serviços e, assim, poder utilizar os luxos da vida moderna. Todos os residentes no Brasil, já passaram pela situação narrada.

Voltando ao exemplo do agricultor que fornece alfaces para determinado restaurante. Imagine que, determinado agricultor, decida inadimplir o contrato de fornecimento de alface de uma rede de restaurante porque acredita que poderá vender o produto contratado para um terceiro com um preço melhor. No caso, poderia haver uma multa que compensasse os prejuízos do comprador, mas, a longo prazo, poderia haver um dano a sua imagem, diante do fato de, naquele período, o comprador não ter a alface para servir em sua rede de restaurante.

Questões como o aumento da escala e a massificação da oferta para o consumo, tornam o art. 287, do CPC, insuficiente para dar segurança aos agentes econômicos de que as obrigações contratuais serão cumpridas.

Como outro exemplo, podemos citar os problemas em massa de danos aos consumidores e ao meio ambiente que surgem com o aumento da escala de produção. Como o Estado pode, de maneira imediata, obstar comportamento, referente à gestão das sociedades empresariais, que é nocivo a um número expressivo de pessoas e sequer, muitas vezes, é possível de se quantificar?

Foi com o intuito de obstar comportamentos empresariais nocivos que o legislador criou o art. 84, do CDC, conferindo ao juiz poderes, para liminarmente intervir na liberdade da gestão de sociedades empresariais quando estas estão prestes a praticar ou estão praticando atos que causam danos a terceiros.

Ao contrário do art. 287, do CPC, não é necessária uma sentença para que o juiz condicione o comportamento da parte inadimplente. De acordo com o art. 84, do CDC, é necessário que exista a comprovação de um dano ou possibilidade de dano, combinado com verossimilhança na alegação porque o Estado tem a obrigação de impedir que terceiros sejam prejudicados por atos ilícitos ou atos que causem danos a terceiros, cometidos por uma sociedade empresária.

Em julgado do STJ, Resp. n. 1.209.633 – RS, exemplificando a argumentação, o Estado interveio diretamente na liberdade de uma sociedade empresária de fazer propaganda. No caso, a sociedade empresária realizava propaganda de uma espécie de consórcio, mas, os consumidores, assinavam uma obrigação que se tratava de um título de capitalização. Com base no art. 84, do CDC, o Ministério Público pediu a intervenção do Estado para obrigar a sociedade empresária a retirar a propaganda de circulação e responsabilizar os envolvidos pelos danos causados aos consumidores.

Posteriormente, conforme já asseverado neste trabalho, o art. 84, do CDC, foi usado como inspiração pelo legislador que incluiu na legislação processual, os art. 273, art. 461 e art. 461-A, todos do CPC, para possibilitar liminarmente a intervenção do Estado para tutelar especificamente um direito, ordenando uma sociedade empresária ou uma pessoa física, sob pena de multa, a praticar ou não determinado ato.

Até então, o art. 84, do CDC, foi criado para tutelar o interesse de consumidores. Com os avanços do CPC e a inclusão do art. 273, art. 461 e art. 461-A, as tutelas específicas são criadas para conferir maior individualidade a qualquer agente econômico, seja ele pessoa física ou jurídica, que demanda uma intervenção imediata do Estado.

Com a retomada ou releitura da necessidade de garantia de liberdade econômica, bem como a massificação da produção de bens de consumo no início de 1980, o indivíduo passa a ter sua individualidade anulada.

A massificação do consumo também gera a massificação das frustrações contratuais, não por parte dos consumidores, mas por parte das sociedades empresárias que atuam em larga escala, onde a individualidade do consumidor é simplesmente anulada. Cada consumidor passa a fazer parte de um número na estatística de uma sociedade empresária. Se um produto ou serviço apresenta defeito para 5% de consumidores, em uma escala de produção ou prestação de serviço que atinge cem mil pessoas, estamos falando que cinco mil pessoas foram prejudicadas pela livre iniciativa de uma determinada sociedade empresária. Para a empresa, em termos estatísticos, não é um número expressivo, todavia, para a sociedade, existem cinco mil pessoas que foram lesadas por um comportamento empresarial.

O legislador, para garantir que a individualidade dos indivíduos seja preservada e, conseqüentemente, eles possam demandar o que efetivamente desejam na justiça, diante de um dano que lhes está sendo causado, evoluiu a legislação processual

para conferir poderes ao juiz e, ao demandante de tutelar de forma imediata e específica, seus direitos.

Em março de 2009, exemplificando a argumentação, no processo n. 100.09.308221-4, que tramitou na Segunda Vara do Juizado Especial de Vergueiro, da cidade de São Paulo, julgou-se parcialmente procedente uma ação de obrigação de fazer, para condenar a ré a não mais enviar SPAMS ao endereço eletrônico do autor, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) para cada mensagem indesejada.

O autor da ação, sentindo-se incomodado e tendo sua liberdade de certa forma cerceada pela empresa, que não parava de enviar diversas propagandas em seu e-mail particular, demandou a tutela específica do Estado para intervir na liberdade da sociedade empresária, a fim de condicioná-la a parar de praticar determinada conduta.

Para a empresa, o autor da ação era apenas mais um potencial consumidor de sua lista, um número não possuidor de qualquer individualidade para a empresa. A partir do momento que existe uma legislação, que pode fazer com que essa individualidade da pessoa não seja preterida pela empresa, o legislador coloca um limite a livre iniciativa da sociedade empresária.

Em outras palavras, limitar a liberdade absoluta é conferir liberdade a todos na sociedade, para que todos atinjam o seu bem estar social. A partir do momento em que ocorre um ato de um indivíduo, seja pessoa jurídica ou física, que fere o bem estar social de outro indivíduo, surge o direito para demandar a tutela específica imediata ao Estado.

Conferir a tutela específica a uma pessoa física é justamente devolver a individualidade do agente econômico, que foi perdida na massificação da prestação do serviço ou oferta do produto de uma sociedade empresária ao mercado.

Logo, conforme a sociedade de consumo evoluiu para a massificação da oferta de produtos e serviços, o Estado também evoluiu com suas instituições, por meio de inovações legislativas, para limitar o comportamento das sociedades empresárias, condicionando-as a fazer ou não algo por meio de multa, quando há possibilidade de causar dano a outrem ou quando já existe um dano a outro agente econômico.

A partir da Lei 13.105 de 2015, as tutelas provisórias específicas, conforme se observará no último capítulo, avançaram um pouco mais para limitar a liberdade dos agentes econômicos, condicionando as partes a fazer ou não algo, sob pena de multa diária, sempre que há a possibilidade de causar dano a outro na sociedade.

3.2 O comportamento empresarial condicionado pelo processo civil

Conforme já asseverado no início do trabalho, o foco do estudo é o comportamento das sociedades empresariais, diante de uma obrigação de fazer ou não fazer provisória cominada com astreintes, regida pelo NCPC.

Toda a vez que uma sociedade empresária recebe uma intimação de obrigação de fazer ou não fazer sob pena de cominação de astreinte, inicia-se uma contagem de tempo regressiva em face dos administradores, que deverão contatar seus advogados e apresentar uma defesa em juízo.

A partir do momento que os advogados são contatados, inicia-se um processo de avaliação da situação jurídica, que revela a sociedade empresária quais são os possíveis caminhos: cumprir com a obrigação de forma imediata, diante do valor arbitrado de astreintes e de uma alta possibilidade da ação ser julgada procedente ao final do processo, não cumprir com a obrigação e correr o risco de incidência da multa até o final do processo, sendo a ação procedente ou não ou não cumprir com a obrigação, diante de um valor baixo de astreintes e esperar por uma audiência de conciliação ou, até mesmo, pela sentença, para encerrar o processo.

Todas essas possibilidades são exercitadas pelos escritórios de advocacia, quando seus clientes recebem uma intimação para o cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer cominada com multa periódica.

E, todos os advogados, mesmo sem saber, iniciam o processamento de raciocínio lógico, que se aproxima ou é idêntico a algum modelo de “teoria dos jogos”, desenvolvido pelas ciências econômicas.

Acredita-se que a partir da Lei n. 13.105/15, o uso de instrumentos de “teoria dos jogos” será mais utilizado por advogados, diante da possibilidade de resolução do conflito por mediação e composição, expresso na lei, e do aumento dos poderes do juiz para aumentar ou diminuir as astreintes.

Cabe explicar o que é a “teoria dos jogos”. A teoria pode ser definida como um conjunto de técnicas de análise de situação de interdependência estratégica (FAÇANHA; CARDOSO, 2002, p.150). Os jogos são considerados de informação completa e perfeita quando os jogadores podem observar as ações escolhidas pelo seu adversário, entretanto no momento em que isso não ocorre, diz-se que os jogos são jogos de informação imperfeita (FAÇANHA;CARDOSO, 2002, p. 150).

O jogo econômico mais clássico é denominado dilema dos prisioneiros, em que a informação é completa. Basicamente, um policial chega à delegacia com dois ladrões

presos por ele em flagrante delito, mas sem testemunhas. O delegado do distrito policial exigirá provas para iniciar o inquérito policial. O policial decide colocar ambos os ladrões em celas separadas e sem contato. Posteriormente, o policial resolve oferecer uma proposta a cada um dos detentos separadamente e a cada um é oferecida a proposta de delatar o parceiro em troca de uma redução da pena. Cada um dos detentos tem as seguintes alternativas: confessarem o crime ou permanecerem calados. Se ambos confessarem, eles serão condenados a cinco anos de prisão, se ambos não confessarem, um ano de prisão. E se um confessar e o outro não, o que confessou é solto e o outro condenado a dez anos de prisão. Em suma, segue o quadro da teoria dos jogos do dilema dos prisioneiros, em que “n” significa não cooperar e “c” cooperar, I e II, são as linhas com as possibilidades de cada um dos detentos.

Figura 3.0

I \ II	n	c
n	(-5,-5)	(0,-10)
c	(-10,0)	(-1,-1)

Percebe-se, no dilema dos prisioneiros, que a saída mais benéfica para ambos os presos seria a cooperação para ambos não confessarem o crime. Seria a solução que causaria menos prejuízos para ambas as partes e para isso, ambos teriam que cooperar.

Feita essa pequena explicação, cabe ressaltar, antes de iniciar uma aplicação da teoria dos jogos para o processo civil, que toda a sociedade empresária apenas organiza capital e força de trabalho com um único objetivo, ter lucros (VENOSA, 2010), conforme também a própria definição do art. 966, do CC⁴¹.

Se no dilema dos prisioneiros, o objetivo é que ambos os detentos tenham a menor pena, no dilema das partes no processo civil, quando há uma sociedade empresária no polo passivo, o objetivo é que as sociedades empresárias tenham o menor prejuízo possível.

⁴¹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Dessa forma, iniciaremos uma breve digressão de como a teoria dos jogos pode ser aplicada ao processo civil. Pressupõe-se que a ação é distribuída, as partes passam a ter acesso a todas as informações sob o direito tutelado pelo judiciário. E, essa relação de informações passa a vigorar a partir do momento que a parte contrária é intimada a apresentar uma defesa ou a cumprir uma obrigação.

Dessa maneira, poderemos falar que, em sede de cumprimento de obrigações de tutela específica, estamos diante da prática de exercícios de “teoria dos jogos”, em que as partes, a todo momento, devem articular estratégias com o objetivo de evitar prejuízos econômicos porque, conforme asseverado, toda a sociedade empresária se funda com o objetivo de gerar lucros.

Agora, passaremos a um exemplo, de como a teoria dos jogos seria aplicada, para resolver um conflito contratual em juízo, a partir do inadimplemento de uma das partes.

Imagine uma empresa “A” de exportação e importação, que possui um contrato com outra empresa para entrega de uma determinada quantidade de mercadoria, que é um insumo básico para fabricação de um determinado produto. Essa segunda empresa denominaremos de empresa “B”. A obrigação é firmada por um contrato com um preço fixo, que prevê uma multa diária por atraso na entrega da mercadoria, independente das condições econômicas do país.

A empresa “A” importou o determinado insumo e a mercadoria se encontra no Brasil, aguardando o desembaraço aduaneiro e, posteriormente, ser entregue à empresa “B”. Na semana que o contrato para entrega venceria, ocorre uma alta no dólar, encarecendo os custos do desembaraço aduaneiro, uma vez que a base de cálculo do imposto sobre a importação seria feita com base no valor da mercadoria em dólar.

A empresa “A”, prevendo que não terá um lucro tão alto, quando firmou o contrato, decide por atrasar a entrega do produto à empresa “B”, uma vez que a multa contratual por atraso era menos prejudicial que o impacto de realizar o desembaraço aduaneiro com o dólar em alta.

Ocorre que a empresa “B” não pode esperar, uma vez que já fechou um outro contrato, com um terceira empresa, que denominaremos de “C” para entregar uma determinada quantidade de seu produto, cujo principal insumo é a mercadoria importada pela empresa “A”. Também, assim como o contrato com a empresa “B”, a empresa “A” tem um contrato com a empresa “C”, que prevê uma multa expressiva em caso de atraso na entrega das mercadorias.

Obviamente, a empresa “B” contata seus advogados e requisita providências para que a empresa “A” seja forçada a adimplir o contrato, sem prejuízo da aplicação das penalidades já previstas no instrumento.

Eis que os advogados da empresa “B” ingressam com uma ação de obrigação de fazer para entrega de coisa com pedido de tutela antecipada provisória, nos termos do art. 538 combinado com o art. 303, ambos do NCPC. O pedido é acolhido e o julgador arbitra uma multa diária altíssima, equivalente a 10% do valor da mercadoria do contrato.

Nesse caso, diante do contato, seria possível até pleitear a tutela de evidência, nos termos do art. 311, inciso III, do NCPC, diante da prova documental. Mas, para efeitos da aplicação da teoria dos jogos, o exemplo é dado com pedido de antecipação de tutela, baseando-se na verossimilhança do pedido, os contratos, e o perigo de espera.

Após a empresa “A” ser intimada, inicia-se uma estratégia pelos advogados. Por exemplo, se seria possível cumprir a obrigação, parcialmente e de forma imediata, para em sequência apresentar recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 1.105, inciso I, do NCPC⁴², com o objetivo de impedir a estabilização da medida provisória concedida.

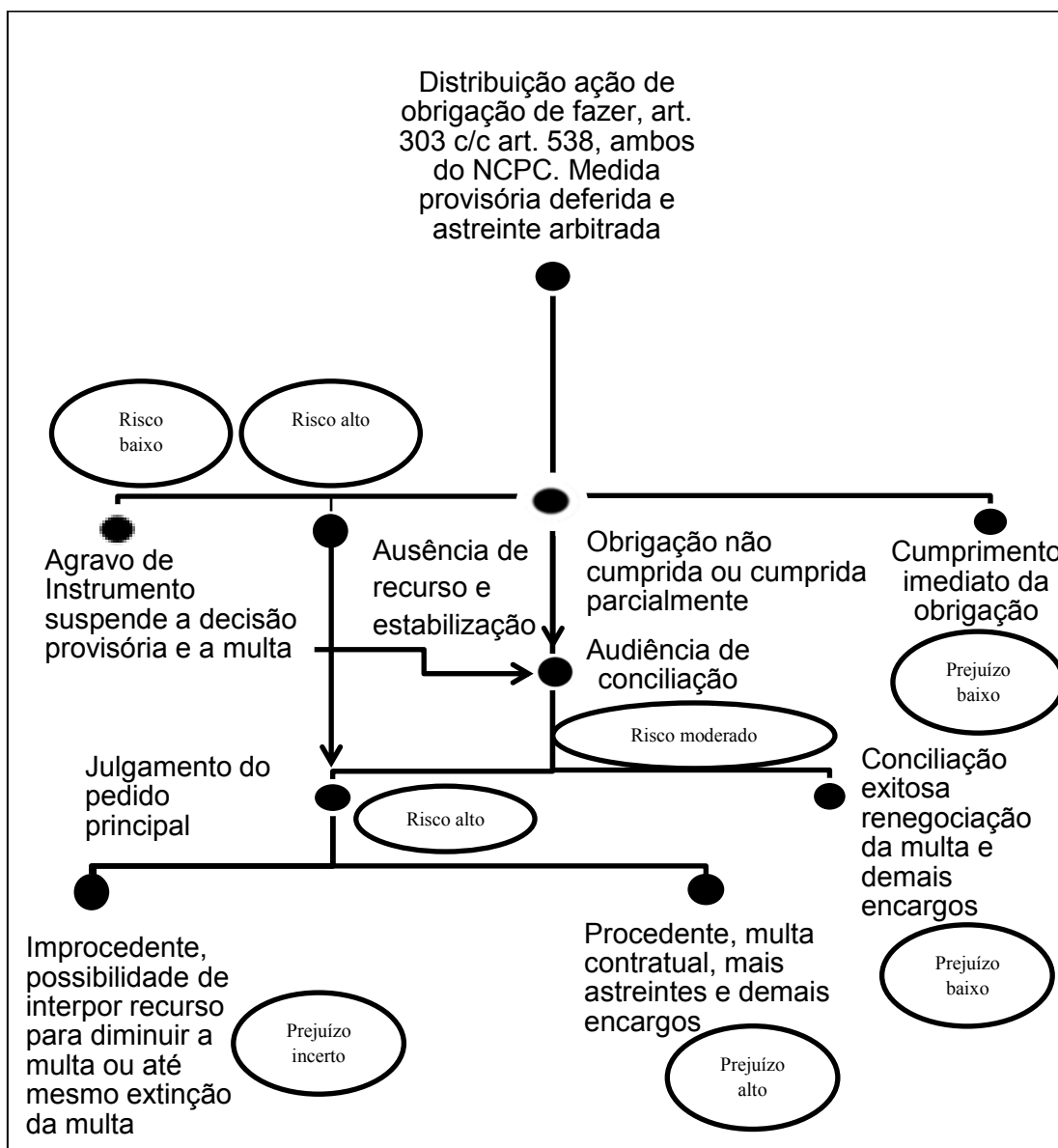
Em sequência, tendo o recurso sido provido ou não, derrubando a medida provisória concedida em primeira instância, os advogados poderiam já vislumbrar a queda do dólar nos próximos dias até a audiência de conciliação. Em audiência de conciliação, nos termos do art. 303, §1º, inciso II, do NCPC, poderiam entregar o restante da mercadoria e negociar a diminuição da multa prevista contratualmente.

Esse extenso exemplo ilustra as novas possibilidades que o NCPC trará às sociedades empresárias, em sede de ação de obrigação de fazer cominada com astreintes, além de apresentar a “teoria dos jogos”, em que os advogados deverão estar preparados para apresentar estratégias, dentro de regras processuais, que podem trazer prejuízos mais expressivos aos seus clientes, caso não saibam como operar a nova legislação processual.

Mais do que isso, com o exemplo citado, o fato do juiz ter arbitrado uma expressiva astreinte ao dia, de mais 10% do valor do contrato, traz um novo elemento na relação, antes apenas bilateral entre a empresa “A” e “B”. A partir do processo, as penalidades vão além da multa contratual que era prevista. Observa-se, um possível quadro:

⁴² Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; (...)

Figura 4.0



Observe que os advogados da empresa “A”, indiscutivelmente, deverão interpor o recurso de agravo de instrumento para que não ocorra os efeitos da estabilização da medida provisória, nos termos do art. 304, caput, do NCPC. Todavia, independente do resultado negativo do recurso, a partir da audiência de conciliação frutífera, os riscos da sociedade empresária passam a aumentar porque, a qualquer tempo, poderá o juiz, alterando-se a realidade dos fatos, aumentar a astreinte. Na eventualidade de ser dado provimento ao recurso, as condições e riscos alteram para ambas as partes.

A multa contratual já era uma maneira de condicionar um comportamento empresarial, porém diante do inadimplemento e de um novo cenário econômico, a multa

contratual pode se tornar um elemento que já não surtiria efeitos ao adimplemento da obrigação contratual.

Para que a obrigação fosse satisfeita, causando o menor prejuízo possível às partes, o legislador criou uma legislação processual que possibilitava o cumprimento forçado da obrigação, com intervenção na liberdade da sociedade empresária. E, conseqüentemente, no curto prazo, é evidente que a concessão de medida provisória cominada com multa periódica pelo descumprimento, gera um comportamento da sociedade empresária para cumprir a obrigação.

Todo o processo possui um risco para ambas as partes. Mas, no caso de sociedades empresárias, todo processo possui um risco de causar prejuízos, que podem abalar as finanças da empresa (GALABRESI, 1961).

Em sede de tutelas específicas com multas diárias em face de uma sociedade empresária, na forma delineada pelo NCPC, o risco passa a ser um componente muito maior, porque concede mais poderes aos juízes e exigem advogados com uma prática jurídica mais perspicaz para decidir quais estratégias tomar, antes da audiência de conciliação, com o objetivo de diminuir os prejuízos de seus clientes.

Por exemplo, inscrições indevidas em órgãos de proteção ao crédito, negativa pelo plano de saúde de prestação de serviços médicos ao consumidor, compra pelo consumidor de mercadoria em loja de varejo que não é entregue ou é entregue com atraso, etc. Todas essas situações narradas, há anos chegam ao judiciário.

Diz-se há anos porque desde a massificação do consumo, no final da década de 1980, os consumidores passaram a ser um número estatístico para os grandes conglomerados que prestam serviços e ofertam seus produtos.

Como contrapeso, desde o Código de Processo Civil, o legislador foi criando mecanismos para que os direitos de consumidores e de outras sociedades empresárias sejam resguardados e não se percam na massificação da oferta e consumo de mercadorias.

Ocorre que, com o passar dos anos, após reiteradas multas, arbitradas em sede de tutela específica para cumprimento da obrigação, as sociedades empresárias também modificaram suas práticas comerciais, justamente para evitar que os conflitos chegassem ao judiciário e, ao final, condenações judiciais gerassem prejuízos econômicos às empresas.

Com o NCPC, possíveis comportamentos, lesivos no inadimplemento de uma relação contratual por uma das partes, passam a sofrer uma intervenção mais forte do judiciário. Os operadores do direito, juízes e advogados passam a condicionar o pagamento

da obrigação, intervindo diretamente na liberdade das sociedades empresárias, de forma mais eficaz e célere. Por exemplo, conforme dispõe o §1º, art. 537, do NCPC, pelo próprio juiz que pode decidir majorar astreintes, independente da provocação do requerente.

Mapear as estratégias jurídicas possíveis a serem tomadas, a partir do momento que uma sociedade empresária recebe a intimação judicial para cumprimento de uma obrigação inadimplida de fazer ou de entregar determinada coisa, passa a ser um trabalho mais complexo para os advogados no NCPC.

De tal forma que a teoria dos jogos passa a ser instrumento para entabular quais os riscos, após a intimação para fazer algo sob pena de multa periódica, com os quais a sociedade empresária se depara.

Voltando à figura 4.0, o advogado deverá apresentar o risco monetário para o cliente, ou seja, deverá apontar para o cliente o valor que será desembolsado após o agravo de instrumento ser julgado e não ser modificada a medida provisória concedida pelo julgador de primeira instância.

No exemplo, das empresas A, B e C, suponhamos que a empresa A receba a intimação para a entrega da mercadoria, sob pena de multa de 10% sobre o valor do contrato. Após o processamento do recurso e, supondo que o recurso não seja provido, tem-se que a multa estaria incidindo até uma possível conciliação. Se a audiência de conciliação fosse marcada para daqui 20 dias, teríamos uma multa até a audiência de conciliação do dobro do contrato. Analisando pelo modelo do dilema dos prisioneiros, teríamos o seguinte quadro, considerando x como o valor do contrato:

Figura 5.0

Empresa A/Empresa B	Não há acordo	Acordo
Não há acordo	$(-\infty; +\infty)$	$(-\infty; \text{de } x \text{ a } 2x)$
Acordo	$(-x + \text{multas}; 2x)$	$(-1,5x; 1,5x)$

Observe que se a empresa A sequer levar uma proposta de acordo, a astreinte poderá continuar a incidir até o final do processo em favor da empresa B. A alternativa menos custosa para A é fazer uso da audiência de conciliação para, ao menos, tentar oferecer o cumprimento da obrigação inadimplida (-x), cumprindo integralmente com o despacho nos autos e impedir que a multa continue incidindo. Nessa situação a empresa B para de ganhar as astreintes ao menos, ficando a multa até o cumprimento da obrigação e seu valor juridicamente discutido.

A renegociação da dívida, advinda das astreintes e da multa contratual, na audiência de conciliação, pelo menos também faria com que as astreintes cessassem sua incidência (-1,5x;1,5x).

Situação, extremamente perniciosa para a empresa A, é não levar qualquer proposta de acordo, após o recurso de agravo de instrumento ter sido improvido ($-\infty, +\infty$), o que poderia levar a prejuízos incomensuráveis, até que a obrigação fosse adimplida.

O processo civil moroso, que vigorava antes das inovações introduzidas pelo art. 273, art. 461 e art. 461-A, do CPC, gerava prejuízos econômicos àqueles que demandavam o cumprimento da obrigação e levavam anos, até terem a possibilidade de executar a sentença, nos termos do art. 287, do CPC (SILVEIRA, 2007).

O NCPC aprofunda os poderes do juiz para o condicionamento do pagamento da obrigação, que poderá inclusive modificar, sem a provocação das partes, o valor da *astreinte* que achar apropriado ao cumprimento da obrigação.

Em suma, o NCPC faz o que o CPC já estava tentando fazer com as partes no processo, certificar-se de que o cumprimento das obrigações ocorra sem que o processo fique anos tramitando na justiça.

Para tanto, a audiência de conciliação e o aumento dos poderes dos juízes, passaram a ser instrumentos para que as sociedades empresárias sejam condicionadas ao pagamento do contrato inadimplido, antes da prolação de uma sentença. Tais inovações já existiam no CPC, mas passam agora a fazer parte do procedimento das obrigações de fazer e concedem ao juiz uma liberdade maior e legal para condicionar o comportamento da sociedade empresarial ao adimplemento da obrigação.

O objetivo em aplicar a teoria dos jogos no caso de ações de obrigação de fazer com pedido de multa diária, nas novas regras de NCPC, era demonstrar o risco da incidência das astreintes (HAY; SPIER, 1998) no processo civil e, conseqüentemente, o risco das empresas terem prejuízos.

A partir do risco demonstrado, que é maior que no CPC, pretende-se demonstrar que, talvez, o comportamento processual de inadimplência de uma sociedade empresária, em face de uma ação com multa diária, tende a mudar. E, mais do que isso, a longo prazo, a prática comercial da sociedade empresária tende a mudar para evitar que os credores da obrigação ingressem com pedido de tutela específica cominados com multa diária.

Portanto, a questão que se coloca, ao final deste capítulo e que será respondida no próximo capítulo, é: a longo prazo, as sociedades empresárias terão modificações na

gestão interna de seu negócio para cumprir com mais eficácia e celeridade as obrigações inadimplidas sub judice? Isso acontecerá diante do fato, que as multas passam a ter valores mais expressivos e o risco processual de uma condenação, que não modifique o valor, ser muito maior, quando comparados com o CPC? Acreditamos que sim, conforme explicaremos detalhadamente no último capítulo.

O que foi demonstrado neste capítulo, principalmente, pela aplicação da teoria dos jogos no cumprimento de medidas provisórias em sede de obrigação de fazer é que, no curto prazo, o juiz pode intervir diretamente e condicionar o cumprimento da obrigação pela sociedade empresária.

E isso ocorre, porque o legislador concedeu poderes ao juiz para influenciar diretamente na liberdade de uma sociedade empresária, quando um terceiro tem o direito ameaçado pelo comportamento empresarial inadimplente. E, essa interferência na liberdade da sociedade empresária, a longo prazo, pode condicionar a administração da sociedade empresária a adotar melhores práticas comerciais.

Capítulo 04 – O condicionamento do comportamento empresarial pela intervenção do Estado na liberdade individual a longo prazo

*Não há nada tão inútil quanto fazer eficientemente o que não deveria ser feito.
(Peter Drucker)*

4.1 O condicionamento da prática empresarial a longo prazo

A cominação de astreinte tem o objetivo claro de condicionar a sociedade empresária a cumprir com a obrigação de fazer, seja a sociedade empresarial enquadrada no regime de micro e pequena empresa ou não.

A questão, colocada pelo trabalho, é que as ações de obrigação de fazer conseguem, a longo prazo, levar as empresas a modificar suas práticas comerciais.

Nos últimos 30 anos no Brasil, dificilmente encontraríamos uma sociedade empresária que não foi acionada juridicamente para deixar de fazer ou fazer algo sob pena de multa diária. O caso mais comum são as inscrições indevidas dos nomes de consumidores em órgãos de proteção ao crédito, obrigações de entrega da mercadoria, devolução dos documentos ao trabalhador e negativa de cobertura médica.

Diariamente, os advogados de pequenas e grandes empresas recebem de seus clientes orientação jurídica para o cumprimento dessas ordens judiciais que giram em torno de obrigações descumpridas.

Partindo de um pressuposto de que o direito é igual para todos, mas sua aplicação sempre deverá se adequar ao caso concreto, e de que esse trabalho somente pode ser feito pelo escrutínio de um juiz, a aplicação normativa ao caso concreto deve sempre levar em consideração as condições das partes envolvidas (GRAU, 2008).

Imagine um juiz que se depara com dois processos de partes diversas. Em ambos os processos as causas de pedir são idênticas: pedido de exclusão em órgão de proteção ao crédito, sob pena de multa diária combinado com pedido indenizatório. Em um desses processos, há uma microempresa que possui 10 funcionários. Na outra empresa, há um grande banco, com milhares de funcionários espalhados pelo país. Em ambos os processos, há consumidores que se deparam com algum defeito na prestação de serviço ou nos produtos dessas sociedades empresariais, o que acarretou a inscrição indevida de seus nomes em órgãos de proteção ao crédito.

O juiz, ao analisar os processos, deverá arbitrar o mesmo valor de astreintes, presentes os requisitos, para ambas as empresas cumprirem a obrigação de excluir o nome dos seus respectivos consumidores? O direito é idêntico em ambos os casos, uma inscrição indevida que deve ser excluída porque causa danos à imagem do consumidor. Mas, a intervenção na liberdade de ambas as sociedades empresárias pelo Estado deverá ser da mesma forma? A resposta é que não deverá, sob pena da eficácia da justiça nunca ser alcançada (ROCHA, 2007).

Mas, na prática, ante o aumento do número de processos no Brasil, os juízes não conseguem perceber ou preferem não perceber que o tratar diferente entre MEs e empresas de grande porte, no momento de arbitrar uma astreinte, pode determinar efeitos futuros na adoção dessas empresas de práticas empresariais mais zelosas em relação aos seus consumidores e outras sociedades empresariais com quem possuem negócios.

É notável que existe diferença dos efeitos de uma sentença condenatória ou no arbitramento judicial de multas para o cumprimento forçado de uma obrigação entre MEs e empresas de grande porte.

A diferença efetuada na própria constituição federal, no art. 170, inciso IX, da CF, e na Lei Complementar n. 123 de 2006, gera efeitos no processo civil. A ME e EPP, definidas no art. 3º, incisos I e II, na Lei Complementar n. 123 de 2006⁴³, normalmente, possuem um fluxo de caixa mais volátil (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2011) e difícil acesso ao crédito (SEBRAE, 2014), quando comparados com empresas de grande porte, o que lhes dificulta muito o pagamento de custas e honorários advocatícios.

Em suma, os recursos financeiros de uma ME e EPP são muito inferiores ao de uma grande empresa. Por isso o legislador permite que as ME e EPP acessem o rito dos juizados especiais, conforme previsão legal no art. 8º, inciso II, da Lei n. 9.099/95⁴⁴. Ou

⁴³ Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

⁴⁴ Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil. § 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: (...) II - as pessoas

seja, na própria lei processual já existe uma diferença de tratamento entre ME e EPP em relação aos grandes conglomerados econômicos.

Toda essa diferença econômica deveria refletir no momento do julgador realizar o juízo de cognição sumária (WATANABE, 2012) ao acolher um pedido de tutela de urgência, combinado com multa diária em face das sociedades empresariais.

Logo, feita essa pequena digressão apontado para algumas diferenças econômicas e processuais entre MEs e empresas grande porte, faz-se a pergunta: Existe diferença entre ME e EPP para empresas de grande porte no condicionamento à adoção de novas práticas que evitem ações e obrigações de fazer a longo prazo, por meio da aplicação de astreintes para o cumprimento de uma obrigação?

Ao que tudo indica a resposta é sim. Retornemos ao exemplo inicial, em que a causa de pedir de duas ações é idêntica, mas as partes são diferentes. Em uma das hipóteses, temos uma sociedade empresária de pequeno porte (ME) requerendo a uma instituição financeira a exclusão de seu nome em órgãos de proteção ao crédito. Em outra, um consumidor requerendo a uma pequena empresa (ME) a exclusão de seu nome de órgãos de proteção ao crédito, também devido à quitação da dívida.

O julgador, qualquer que seja a multa arbitrada para a pequena empresa (ME), diante da fragilidade de fluxo de caixa, será educativo e condicionante para que a pequena empresa tenha mais zelo com seus consumidores. É bem provável que a ME adotará práticas internas, depois de algumas poucas ações, que evitem incluir nome de consumidores adimplentes no rol de maus pagadores.

Isto ocorre porque o simples fato da ação judicial com astreintes, representa um risco enorme para a gestão do negócio da ME. Além disso, diante da ME vender um serviço ou produto menos massificado, a possibilidade de adotar medidas imediatas a intimação da obrigação cominada com astreintes é fácil, porque as MEs possuem uma menor estrutura organizacional e menos enrijecida.

Ao contrário das MEs e EPPs, as grandes empresas possuem serviços e produtos organizados para serem ofertados de forma massificada, com uma estrutura organizacional complexa e enrijecida. Nesse sentido, o juiz não pode levar em consideração que as empresas de grande porte possuem mais recursos financeiros e, portanto, deve ser arbitrado uma multa mais elevada para adimplir a obrigação. O juiz deve

enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; (...)

arbitrar uma multa alta, para as grandes empresas cumprirem a obrigação de forma imediata e, para no futuro, adotarem práticas comerciais que não levem ao inadimplemento de outras obrigações, sob pena de correr o risco de sofrer uma punição pecuniária do judiciário novamente.

E, continuando o raciocínio, o judiciário tem um papel fundamental de intervir nas liberdades dessas grandes empresas, justamente, para restringir seus poderes em face de seus consumidores e sociedades empresárias menores que também adquiriram serviços e produtos desses grandes conglomerados.

A conclusão que se chega é que, após os anos de 1980, houve uma maior massificação do consumo, o que permitiu que grandes conglomerados tivessem mais poder econômico e, conseqüente, mais liberdade.

Por sua vez, os consumidores desses produtos massificados ou MEs e EPPs que adquiriram produtos das grandes empresas ficaram mais desprotegidos porque perderam sua liberdade como agentes econômicos.

Como consequência, no Brasil, o legislador criou instrumentos processuais, desde o CPC, que remontam ao ano de 1973, passando por diversas modificações, até a legislação processual avançar para a Lei n. 13.105/15.

A partir da Lei n. 13.105/15, basta observar o art. 537, §1º e §3º, do NCPC, que amplia os poderes do juiz para, por meio de multa, coagir a parte ao cumprimento de uma obrigação de fazer.

É visível que antes da entrada em vigor do NCPC, as sociedades empresárias de pequeno porte demoravam mais para inscrever seus devedores no rol de maus pagadores e, às vezes, optavam por não inscrevê-los e tentavam realizar uma negociação extrajudicial independente do judiciário. Isso porque, durante anos, essas empresas sofreram condenações judiciais indenizatórias e pagaram astreintes, diante da resistência em realizar a exclusão do nome de clientes em órgão de proteção ao crédito, o que fez com que modificassem sua prática comercial em relação aos seus clientes.

O mesmo não se pode falar das grandes empresas, tais como empresas de plano de saúde, telefonia e grandes empresas varejistas. Ainda hoje não se vê grandes mudanças na gestão dessas empresas com seus clientes para cumprir com suas obrigações contratuais.

Agora, com o NCPC, dado o trâmite processual da tutela de urgência de antecipação de tutela e cautelar, que possui questões como audiência de conciliação e estabilização de tutela, espera-se que as grandes empresas comecem a modificar suas práticas comerciais, temendo prejuízos.

Ou seja, as grandes empresas que teimavam em continuar com práticas abusivas perante seus clientes e consumidores, mesmo após inúmeras decisões condenatórias na justiça, com o NCPC, podem ter seu comportamento empresarial condicionado a longo prazo, com o receio de que condenações judiciais expressivas causem mais prejuízos ao seu negócio.

Conforme apresentado, o NCPC confere maiores poderes para um juiz intervir diretamente na liberdade das sociedades empresárias e uma maior complexidade para que essas empresas sejam coagidas a cumprir com suas obrigações contratuais e extracontratuais. Logo, conforme demonstrado por meio de teoria dos jogos, há um risco maior para essas grandes empresas, o que poderá condicioná-las a implementar modificações em suas práticas comerciais de forma mais célere para evitar que novas ações surjam, uma vez que a toda nova ação, surge um novo risco econômico para todas as partes envolvidas no processo.

4.2 As possibilidades no NCPC e os possíveis impactos nas estratégias jurídicas nas sociedades empresárias

No novo ordenamento processual civil, a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, nos termos do art. 304, caput, do NCPC, até o final do processo, exigirá maior zelo por parte dos advogados contratados para o manuseio do recurso de agravo de instrumento, previsto no art. 1015, inciso I, do NCPC, com o objetivo de impedir a estabilização da medida provisória arbitrada (TALAMINI, 2012).

Estrategicamente analisando as medidas provisórias nas tutelas específicas, o agravo de instrumento seria o primeiro escudo da parte requerida para obstar uma condenação judicial de astreintes e, ao menos, tentar evitar prejuízos econômicos (SICA, 2015).

Em sequência, com o provimento ou não do recurso de agravo de instrumento, caberão aos advogados traçarem suas respectivas estratégias sobre o que propor na audiência de conciliação, prevista nas tutelas antecipadas e cautelares, respectivamente, previstas no artigo 303, caput, e art. 308, §3º, ambos do NCPC.

Não tendo sido interposto agravo de instrumento e não havendo manifestações das partes para apresentar defesa ou apresentar o pedido principal, o processo será extinto nos termos do art. 304, inciso II, §1º, do NCPC. E, durante dois anos, os efeitos da tutela antecipada deferida pelo juiz vigorarão, nos termos do art. 304, §5º, até que alguma das

partes desarquivem o processo para rever seus efeitos, art. 304, §3º, ou apresentem a ação principal, nos termos do art. 304, §4º, todos do NCPC.

No caso das tutelas de urgência cautelar, não sendo apresentado o pedido principal em 30 dias, a decisão cautelar perderá sua eficácia, nos termos do art. 309, inciso I, do NCPC.

Em relação às medidas de urgência, de caráter cautelar ou de antecipação de tutela, é visível que os advogados dos requerentes ganharam mais tempo para formular o pedido principal e apresentar mais documentos para embasar sua causa de pedir principal, nos termos, respectivamente, do art. 303, §1º, inciso I, e art. 308, ambos do NCPC.

Todavia, é na audiência de conciliação, sempre preterida pelo CPC, que existe uma maior importância econômica em sede de tutelas específicas que podem conter pedido antecedente de urgência de caráter de antecipação de tutela ou de caráter cautelar.

Conforme já exaustivamente asseverado no trabalho, os conflitos judiciais ganham soluções menos litigiosas, porque o NCPC passa a prestigiar a composição entre as partes, nos termos do art. 303, §1º, inciso II; art. 308, §3º, e art. 334.

Importante observar, que caso seja concedida uma tutela de urgência cautelar em caráter antecedente, primeiramente, a parte contrária apresentará defesa em relação ao pedido cautelar deferido, nos termos do art. 307, do NCPC. Ao contrário da tutela antecipada em caráter antecedente, a parte contrária será intimada para a audiência de composição amigável, muito provavelmente, antes do requerente apresentar o pedido de tutela definitiva.

É essencial para as pequenas empresas evitarem condenações judiciais, que lhes acarretarão prejuízos expressivos diante de sua notável fragilidade de fluxo de caixa, e utilizarem as audiências de conciliação para encerramento do processo com resolução amigável do conflito.

Não utilizar a audiência de conciliação prevista no NCPC para as tutelas de urgência, em sede de ações de obrigação de fazer, é extremamente grave quando não interpor recurso de agravo de instrumento em face de decisão que acolhe pedido de antecipação de tutela antecedente.

Em audiência de conciliação, as empresas, diante da possibilidade concreta de serem condenadas em astreintes, multas contratuais e outras verbas indenizatórias, poderão controlar o dano.

Infrutífera a audiência de conciliação, a possibilidade da empresa sofrer uma maior perda econômica no final do processo aumenta consideravelmente, conforme a

figura 4.0 demonstra. Isso porque houve um aumento dos poderes dos juizes para aplicar multas maiores durante o trâmite do processo nas ações de tutela específica, nos termos do art. 537, §1º, do NCPC (BLOCH, 2014), sem preterir a possibilidade da tutela antecipada estar estabilizada, situação que aumentaria ainda mais os riscos da empresa.

Ainda, nos termos do art. 537, §2º, do NCPC, deve-se observar que os valores de astreintes passam a ser crédito do requerente, o que na prática, perante o requerente os valores das astreintes, por descumprimento da obrigação de fazer, passam a ter natureza indenizatória. E, perante o requerido, possui natureza punitiva o descumprimento da ordem, que é a verdadeira natureza da multa.

Para embasar a figura 4.0, que esboça os riscos econômicos por meio da teoria dos jogos, reiteramos ao final do trabalho, que acreditamos que a redação do art. 537, §1º, do NCPC, poderá modificar a jurisprudência do STJ, por exemplo, o julgado AgRg no AREsp n. 14.395-SP, em que hoje permite que as multas vencidas possam ser revistas após o trânsito e julgadas (MONTENEGRO FILHO, 2015).

Em outras palavras, assumindo a interpretação do art. 537§1º, do NCPC, que as multas vencidas não podem ser alteradas, a não ser as vencidas por nova decisão judicial, e não olvidando a possibilidade de estabilização da antecipação de tutela, prevista no art. 304, do NCPC, o novo ordenamento civil deverá ser operado para além do tecnicismo, incluindo sempre a avaliação dos riscos econômicos pelo advogado ao cliente.

Uma das soluções, já muito utilizada em diversos processos, após uma estratégia ser traçada pelos advogados, são as sociedades empresariais se preparem para o prejuízo por meio de créditos de contingência em sua contabilidade.

Crédito de contingência é estipular uma reserva mensal no caixa da empresa, diante da possibilidade de uma perda futura, seja uma ação, seja a inadimplência de uma obrigação (DA SILVA; MARION, 2015).

Com o novo ordenamento processual civil, além dos riscos de estabilização da tutela e da importância da audiência de conciliação, os operadores de direito deverão apresentar aos seus clientes o risco quantificado da ação – leia-se qual seria o prejuízo da ação em caso de perda – para que as sociedades empresariais possam executar práticas contábeis, como fazer crédito de contingência.

É importante frisar que a prática de créditos de contingência por grandes grupos econômicos, nos últimos 30 anos, é comum. Grandes empresas possuem uma assessoria contábil, assim como uma assessoria jurídica, mais sofisticada do que ME e EPP.

Ocorre que, diante do risco processual de determinadas tutelas específicas causarem prejuízos econômicos irreversíveis a ME e EPP, que podem levar à falência do negócio, uma vez que tais empresas já possuem fragilidade de fluxo de caixa, acredita-se que o NCPC também influenciará na gestão contábil dessas empresas.

Conclusão

No final, o que quer o Legislador para a sociedade? Não se trata simplesmente do desejo de ver as leis sendo cumpridas, mas do desejo que a sociedade funcione de forma harmônica, sem conflito. Em um primeiro momento, as leis existem para controlar um comportamento social e impedir que os indivíduos entrem em conflito uns contra os outros.

E quando o conflito se instaura? Cabe ao Estado saná-lo e caberá fazê-lo dentro da legalidade, intervindo na liberdade daquele que se excede e está a causar dano a liberdade de outro.

Conforme podemos observar pela argumentação apresentada, no final de 1980, a sociedade de consumo de massa retirou a individualidade das pessoas e, conseqüentemente ou paralelamente, diminui sua liberdade em face do poder econômico de grandes empresas.

Diante desse cenário econômico, o legislador, na promulgação da CF/88, já concedeu poderes ao Estado para intervir na liberdade econômica, justamente, porque os agentes econômicos não são iguais. A única forma de preservar a liberdade de todos na sociedade seria conceder poderes ao Estado para que, diante de uma situação de abuso e possibilidade de dano, intervenha na liberdade de seus indivíduos.

Conforme sustentado no trabalho, todos passaram a ser números que consomem determinados produtos, vendidos de forma massificada por grandes grupos econômicos. Mesmo quando uma sociedade empresária compra de outra sociedade empresária essa relação de forças pode ser desigual. E, normalmente, tal situação é.

Por exemplo, uma pequena empresa, que compra ou vende determinados produtos de um grande conglomerado empresarial, não tem o mesmo poder de barganha e os riscos de prejuízos à ME, por inadimplemento do conglomerado industrial, são enormes. Em tal situação, que ocorre todos os dias, a relação de forças contratuais e processuais é desigual e não é amparada pelo CDC. Quando muito, era amparada pelo CPC, que data de 1973.

Em relação aos consumidores de serviços e produtos desses grandes conglomerados, o legislador, observando a formação de uma economia de mercado massificada, já na metade dos anos de 1990, criou o Código de Defesa do Consumidor.

Posteriormente, com supedâneo na CF/88 e com inspiração no CDC, criaram novos instrumentos processuais no CPC; as tutelas específicas e as medidas de antecipação de tutela, que vieram justamente, conceder maior poder ao Estado para realizar a intervenção na liberdade econômica de seus indivíduos, quando exercida de forma abusiva em face de outros indivíduos.

O NCPC dá mais força à intervenção judicial do Estado na liberdade, exercida de forma abusiva por seus indivíduos, quando amplia os poderes do juiz para arbitrar sanções pecuniárias e não pecuniárias em face do causador da inadimplência contratual ou não contratual.

Mais do que isso, o NCPC dá mais poderes para o Estado condicionar o comportamento empresarial daqueles, que na busca do fim econômico, excedem a liberdade de iniciativa e causam danos a terceiros.

Nesse sentido, o NCPC permite que o Estado, como garantidor da liberdade, possa limitar e condicionar o comportamento de uma sociedade empresária, intervindo para mediar e obstar, por meio de sanções pecuniárias ou não, os comportamentos de sociedades empresariais que abusam da liberdade de gestão.

Também, conforme foi argumentado, é visível que as sanções pecuniárias arbitradas em sede de tutela específica, em face de ME e EPP, geram efeitos imediatos e de longo prazo. Todavia, até o CPC, as sanções pecuniárias que condicionavam o comportamento empresarial de grandes empresas não geravam mudanças em sua prática empresarial de longo prazo.

Isso ocorre, porque ME e EPP possuem uma maior fragilidade de caixa, uma estrutura física pequena e uma organização simples. Consequentemente, dada essa peculiaridade das empresas menores, seus serviços e produtos ofertados são menos massificados. Logo, a partir de uma intimação de obrigação de fazer qualquer sob pena de multa diária, as ME e EPP oferecem mais rapidamente as providências para cumprir com a ordem, bem como adotam práticas empresariais de longo prazo, com objetivo de evitar novas ações judiciais.

Ao contrário de grandes empresas, que possuem uma estrutura física robusta, uma organização hierárquica complexa, na qual muitas vezes não existe identidade entre os sócios e os administradores da empresa, produz produtos e fornece serviços de forma massificada, atingindo milhões de clientes.

O que se verifica é que quanto mais massificado o serviço ou o produto ofertado pela empresa, maior deverá ser a intervenção do Estado na liberdade de gestão da

sociedade empresarial e, conseqüentemente, maior deverá ser o uso de astreinte para condicionar tais empresas a adotarem práticas comerciais de longo prazo que não causem danos aos seus clientes e consumidores.

Com o NCPC, os julgadores de tutelas específicas com pedido de urgência, cominado com multa diária, terão mais poderes para realizar tal intervenção na liberdade individual dessas empresas e, conseqüentemente, mais poderes para condicionar suas ações, a longo prazo, com a adoção de práticas comerciais que respeitem os direitos de cada um de seus clientes.

Por outro lado, o NCPC também exigirá um maior zelo dos operadores do direito, principalmente, em sede de tutelas específicas com pedidos de urgência e evidência, diante de novos institutos jurídicos criados. Entre eles, a estabilização de tutela e a imposição de audiência preliminar de conciliação, antes de ingressar em uma fase processual de maior litigiosidade.

Nesse sentido, o NCPC, em relação às tutelas de urgência e evidência, em sede de tutelas específicas, proporciona um grande avanço nos objetivos do legislador, que é evitar os conflitos na sociedade. E, quando os conflitos ocorrem, os novos instrumentos processuais permitirão que eles sejam resolvidos mais rapidamente pelo judiciário.

A longo prazo, diante dos riscos econômicos às partes envolvidas no processo serem mais expressivos no NCPC, que confere mais poderes aos juízes para realizarem a intervenção na liberdade das partes em sede de tutelas específicas, o legislador conseguiu criar ou renovar instrumentos processuais para condicionar o adimplemento contratual.

Assim, o NCPC evoluiu antigos instrumentos processuais para permitir que o Estado condicione as sociedades empresariais a adotar mudanças nas suas práticas comerciais a longo prazo, visando preservar as obrigações contratuais e extracontratuais firmadas e evitar o ajuizamento de novas ações.

Referências Bibliográficas

1. AMORIM, Daniel. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.1050/15*. 1ª Edição. São Paulo: Método, 2015.
2. BLOCH, Francisco dos Santos Dias. *As medidas de apoio do art. 461 e o anteprojeto do novo CPC*. Revista Act. Vol.3,n.1,pp.12-19 (Mar - Mai 2014). Disponível em: <http://www.mastereditora.com.br/actajus> . Acesso em 22 de maio de 2015.
3. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual Civil*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.
4. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
5. CARDOSO, Larry C; FAÇANHA, Luís Otávio. (org. por David Kupfer). *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil. Capítulo 08 – Uma introdução à teoria dos jogos*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.
6. COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.
7. DA SILVA, Antonio Carlos Ribeiro; MARION, José Carlos. *Manual de Contabilidade para Pequenas e Médias Empresas*. São Paulo: Atlas, 2015.
8. DESTEFENNI, Marcos. *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem ao Ovídio A. Baptista da Silva*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
9. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual Civil*. Vol 2. Bahia: Editora Podvim, 2015.
10. GAGNIER, Regenia. *The Law of Progress and the Ironies of Individualism in the Nineteenth Century*. New Literary History, Volume 31, Pág. 315-336 Number 2, Spring 2000.
11. GALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. Publicado em “The Yale Journal”, Volume 70, Numero 4, em março de 1961. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1979. Acesso em 01 de junho de 2015.
12. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

13. GRAY, John. *Falso Amanhecer: os equívocos do capitalismo global*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
14. HAY, Bruce L. & SPIER, Kathryn E. *Settlement of Litigation. The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Harvard: MacMillan, 1998
15. KEYNES, Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Atlas, 1982.
16. MARINONI, Luis Guilherme. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2011.
17. MELLO, João Manuel Cardoso de. *O capitalismo tardio. Contribuição à revisão crítica da formação de desenvolvimento da economia brasileira*. 10ª edição. Campinas, SP: UNICAMP, IE, 1998.
18. MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. 44ª Edição. São Paulo: Escala, 1999.
19. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR, SECRETARIA DE COMÉRCIO E SERVIÇOS, DEPARTAMENTO DE MICRO, PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS. *Cartilha de Inovação para Microempresa e empresa de Pequeno Porte*. Dezembro de 2011.
20. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.
21. NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª Edição. São Paulo: RT, 2007.
22. NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação de direito econômico*. São Paulo: RT, 1995.
23. PODESTÁ, Fábio. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: RT, 2010.
24. ROCHA, Asfor Cesar. *A Luta pela efetividade da justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
25. SEBRAE. *Orientações de linhas de crédito para às micro e pequenas empresas e o microempreendedor individual*. Outubro/2014.
26. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Primeiras impressões sobre a “estabilização” da tutela antecipada*. Revista do Advogado. AASP. Ano XXXV, n. 126, p. 115/123. Mai. 2015.
27. SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
28. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril, 1996. Originalmente publicado em 1776.

29. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgentes e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. Revista de Processo, São Paulo, Revistas dos Tribunais, v. 37, n. 209. p. 1334, jun. 2012
30. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 01. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
31. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
32. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direito Empresarial*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.
33. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª Edição. São Paulo: RT, 2007.
34. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Lista de Abreviaturas

Ag – Agravo de Instrumento

AREsp – Agravo em Recurso Especial.

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário.

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CF – Constituição Federal.

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas.

CP – Código Penal.

CPC – Código de Processo Civil atual.

CTN – Código Tributário Nacional.

Eag – Embargos de Divergência no Agravo.

EPP – Empresa de Pequeno Porte.

ME – Microempresa.

NCPC – Novo Código de Processo Civil.

RE – Recurso Extraordinário.

REsp – Recurso Especial.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça.