

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO

DESIRÊ BAUERMANN

**FORMAS DE OBTENÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES QUE  
DETERMINAM UM FAZER OU NÃO FAZER:  
Estudo do sistema norte-americano e sua adoção pelo sistema brasileiro**

Belo Horizonte  
2010

DESIRÊ BAUERMANN

**FORMAS DE OBTENÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES QUE  
DETERMINAM UM FAZER OU NÃO FAZER:**

**Estudo do sistema norte-americano e sua adoção pelo sistema brasileiro**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como um dos requisitos para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Professor Doutor Humberto Theodoro Júnior.

Belo Horizonte

2010

**FORMAS DE OBTENÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES QUE  
DETERMINAM UM FAZER OU NÃO FAZER:**

**Estudo do sistema norte-americano e sua adoção pelo sistema brasileiro**

Tese apresentada por Desirê Bauermann ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) como um dos requisitos para obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Professor Doutor Humberto Theodoro Júnior.

Data da defesa: \_\_\_\_\_

Resultado: \_\_\_\_\_

Banca examinadora:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Aos meus pais, por me incentivarem constantemente a alcançar voos mais altos, por acreditarem em mim, por serem exemplo de retidão, competência e dedicação tanto na vida pessoal quanto na profissional. Também agradeço a minha irmã, Mariana, pelo companheirismo e pelo carinho de sempre.

Ao meu marido, Guilherme, pelos ensinamentos sobre economia e suas ferramentas, que me auxiliaram a desenvolver visão crítica sobre temas variados, fato que foi fundamental para que eu elaborasse muitos argumentos e conclusões neste trabalho. Também agradeço a ele pelo amor, carinho e apoio em todas as horas.

Ao Miguel, meu pequeno filho, por dar um novo sentido a minha vida e fazer com que eu busque alcançar sempre o meu melhor.

E às minhas amigas gurias de Porto Alegre, Adi, Aninha, Bini, Fran, Lu, Nina e Vã, por enxergarem em mim qualidades que nem eu sou capaz de ver, exaltá-las em todos os momentos e, com isso, me incentivarem a sempre seguir adiante.

## **AGRADECIMENTOS**

Meus agradecimentos ao meu orientador, professor Doutor Humberto Theodoro Júnior, exemplo de honradez, humildade e fineza no sentido mais amplo da palavra. O auxílio que ele prestou no decorrer desses anos de doutorado, sempre disposto a compartilhar seu imenso conhecimento do direito e a auxiliar-me no questionar e entender o processo civil de forma profunda, foi imprescindível para a formatação desta tese.

Também dirijo meus agradecimentos à Universidade Federal de Minas Gerais como um todo e, em especial, aos professores com quem tive contato direto, que me acolheram como aluna e propiciaram o aprimoramento de minha vida acadêmica. Em especial, refiro-me à professora Juliana Cordeiro de Faria, exímia exploradora do direito processual, fazendo-nos ver novas concepções em antigos institutos e aprender a lidar com o estudo do direito comparado, ferramenta indispensável para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço ainda ao meu orientador no mestrado na UERJ, professor Humberto Dalla, que me incentivou a buscar novos caminhos para o aprimoramento da minha vida acadêmica e viabilizou minha estada na Universidade de Berkeley, onde pude recolher material suficiente para iniciar esse trabalho, e ao professor Angel Oquendo, meu orientador no estudo do direito norte-americano, por me guiar firmemente em terreno até então desconhecido e propiciar melhor entendimento desse sistema diverso do nosso.

## RESUMO

O estudo das formas de obtenção do cumprimento das decisões de fazer ou não fazer ganhou especial relevância diante da concepção que hoje se tem da abrangência do direito fundamental dos cidadãos de acesso à Justiça, que engloba não apenas a possibilidade de todos poderem pleitear em juízo quando algum direito seu estiver ameaçado ou violado, mas também o dever de o Estado garantir, por meio de prestação jurisdicional adequada, que o direito pleiteado seja efetivamente tutelado. Nesse diapasão, justifica-se o estudo dos meios utilizados pelos juízes norte-americanos para dar cumprimento a decisões judiciais que determinem um fazer ou não fazer, visto que há tempos utilizam as mais variadas soluções para fazer cumpri-las. Com este estudo, objetiva-se propor a possibilidade de adoção dos meios executivos utilizados no direito norte-americano pelos juízes brasileiros, a fim de potencializar a obtenção de tutela adequada das obrigações de fazer ou não fazer, desde que se mostrem eficazes para o atendimento do direito material *sub judice* e não ofendam direitos garantidos aos cidadãos brasileiros pela Constituição Federal.

Palavras-chave: tutela jurisdicional adequada, obrigações de fazer e não fazer, cumprimento de decisão judicial.

## **ABSTRACT**

The study of the means to ensure enforcement of orders to perform or to abstain has gained especial relevance with the current understanding of the scope of the fundamental right of Access to Justice. Such right encompasses not only the possibility that any one may go to court when any personal right is threatened or violated, but also the duty of the Government to ensure, through proper legal functions, that such right is effectively protected. In that context, it is appropriate to study the means U.S. judges use to enforce legal orders to perform or to abstain, since the most diverse enforcement solutions have been used for considerable time. This study is presented in order to propose the possibility of Brazilian judges adopting enforcement solutions used in U.S. courts to maximize proper protection of obligations and injunctions, as long as they are effective to meet the substantive right under analysis and do not violate Constitutional rights granted to Brazilian citizens.

Keywords: proper legal functions, order to perform, to abstain, obligation, injunctions, enforcement, legal decision.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 11 |
| <br>  |    |
| <b>1 DO CONTEMPT OF COURT</b> .....   | 18 |
| 1.1 Delimitação metodológica .....  | 18 |
| 1.2 <i>Injunction</i> .....   | 20 |
| 1.3 Justificativa para o uso das penas por <i>Contempt</i> .....                        | 22 |
| 1.4 <i>Contempt of Court</i> – classificação .....                                      | 24 |
| 1.5 <i>Civil Contempt</i> .....   | 29 |
| 1.5.1 Das medidas que podem ser aplicadas sob a denominação <i>Civil Contempt</i> ..... | 29 |
| 1.5.2 Do procedimento .....   | 30 |
| 1.5.2.1 Da intimação pessoal .....  | 31 |
| 1.5.2.2 Da clareza da ordem emanada .....   | 31 |
| 1.5.2.3 Ordem descumprida de forma objetiva .....                                       | 33 |
| 1.5.2.4 Da prova do não cumprimento .....   | 33 |
| 1.5.2.5 Defesa .....  | 35 |
| 1.5.3 Terceiros e condenação por <i>Contempt</i> .....                                  | 36 |
| 1.5.4 Da limitação da prisão por <i>Civil Contempt</i> .....                            | 38 |
| 1.5.4.1 Validade da decisão .....   | 38 |
| 1.5.4.2 Legislação e tempo da prisão .....  | 38 |
| 1.5.4.3 Da efetiva possibilidade de cumprimento .....                                   | 41 |
| 1.5.5 Da limitação do valor da multa por <i>Civil Contempt</i> .....                    | 43 |
| 1.5.6 <i>Civil Contempt</i> e seu uso abusivo.....                                      | 44 |
| <br>  |    |
| <b>2 INTERVENÇÃO JUDICIAL</b> .....   | 47 |
| 2.1 O caso <i>Brown v. Board of Education</i> .....                                     | 47 |
| 2.1.1 Momento histórico em que <i>Brown v. Board of Education</i> foi julgado .....     | 48 |
| 2.1.2 O caso .....  | 52 |
| 2.1.3 Repercussões .....  | 57 |
| 2.1.4 <i>Brown v. Board of Education</i> na prática .....                               | 59 |



|  |     |
|--|-----|
| 2.2 <i>Structural Injunctions</i> .....  | 61  |
| 2.2.1 Da elaboração da medida a ser adotada .....  | 64  |
| 2.2.1.1 Dos parâmetros .....   | 64  |
| 2.2.1.2 Da extensão do direito posto em causa .....  | 67  |
| 2.2.1.3 Da delimitação da <i>structural injunction</i> .....                                       | 69  |
| 2.2.1.4 <i>Structural injunction</i> na prática.....   | 71  |
| 2.2.1.5 Dos interventores .....  | 76  |
| 2.3 Dos <i>receivers</i> .....   | 78  |
| 2.3.1 A busca para que o trabalho do <i>receiver</i> seja bem-sucedido .....                       | 80  |
| 2.3.2 Os problemas decorrentes do uso de <i>receivers</i> .....                                    | 83  |
| 2.3.3 Da remuneração dos <i>receivers</i> .....  | 85  |
| 2.4 <i>Structural injunctions</i> hoje .....   | 86  |
| 2.5 Considerações importantes .....  | 92  |
| <b>3 DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....                                      | 94  |
| 3.1 Da necessidade de garantir o cumprimento dos direitos materiais .....                          | 94  |
| 3.2 O art. 461 e as normas processuais em aberto .....   | 97  |
| 3.3 O processo no Estado Democrático de Direito .....  | 105 |
| 3.4 Da judicialização da vida cotidiana .....  | 110 |
| 3.5 Poderes do juiz e tutela jurisdicional efetiva .....   | 113 |
| <b>4 ADOÇÃO DAS MEDIDAS UTILIZADAS NO JUDICIÁRIO NORTE-AMERICANO PELO DIREITO BRASILEIRO</b> ..... | 116 |
| 4.1 Do <i>Civil Contempt</i> .....   | 118 |
| 4.1.1 Da multa .....   | 118 |
| 4.1.2 Da prisão civil .....  | 122 |
| 4.2 <i>Structural injunctions</i> e políticas públicas .....                                       | 131 |
| 4.2.1 Da separação de poderes .....  | 133 |
| 4.2.2 Inexperiência para desenvolver políticas públicas .....                                      | 136 |
| 4.2.3 Espécie de violação constitucional a ser afastada .....                                      | 139 |
| 4.2.4 Do prejuízo a políticas públicas já em andamento .....                                       | 141 |
| 4.2.5 Recursos financeiros.....  | 142 |
| 4.2.5.1 A “reserva do possível” .....  | 142 |
| 4.2.5.2 A jurisprudência e o custo dos direitos .....  | 145 |

|  |            |
|--|------------|
| 4.2.5.3 A necessidade de o custo dos direitos ser levado em consideração | 150        |
| 4.2.6 O Judiciário e a imposição de políticas públicas                   | 153        |
| 4.3 A Lei Anti-Truste e outros possíveis usos da intervenção judicial    | 158        |
| 4.4 A Lei 8884/94  | 160        |
| 4.5 Do cabimento da intervenção judicial                                 | 164        |
| <b>5 CONTROLE DO USO DAS MEDIDAS ESTUDADAS</b>                           | <b>169</b> |
| 5.1 Parâmetros legais  | 174        |
| 5.2 Fundamentação  | 177        |
| 5.3 Princípios   | 179        |
| 5.4 Contraditório  | 185        |
| 5.5 Recursos   | 188        |
| 5.6 Doutrina   | 189        |
| 5.7 Criatividade e técnicas de execução indireta                         | 189        |
| <b>6 CONCLUSÃO</b>   | <b>192</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>  | <b>197</b> |

## INTRODUÇÃO

A tutela prometida pela ordem jurídica não se exaure tão só com a certificação do direito resistido ou violado, pois receber apenas uma decisão judicial o reconhecendo como devido, sem que possa ser adequadamente cumprida, equivale à não prestação da tutela jurisdicional. Assim, a Justiça não pode se limitar a ser uma mera declaradora de direitos; exige-se também que seja sua executora, garantindo na prática o recebimento pelo credor daquilo que é seu.

A escolha do tema deste estudo teve por base essa premissa e o fato de as obrigações de fazer e de não fazer, objeto específico de nossa análise, apresentarem dificuldades intrínsecas de cumprimento, já que geralmente dependem da atitude justamente de quem está se negando a observá-las voluntariamente para que sejam atendidas tal como determinado em lei ou contrato.

Consideramos ainda, para delimitar o objeto desta tese, o fato de o direito norte-americano, aqui utilizado como estatuto comparativo, conceder amplos poderes aos juízes para executar seus comandos, por meio de diversos instrumentos testados na prática já por longos períodos para obter justamente a execução da espécie de obrigações que nos propomos estudar.

À primeira vista, pode causar estranheza a escolha do direito norte-americano como parâmetro de comparação, em razão das imensas discrepâncias existentes entre o sistema jurídico adotado naquele país em relação ao por nós acatado, com o que alguns poderiam alegar que, em virtude disso, os seus institutos nem deveriam ser por nós considerados.

É de conhecimento de todos os juristas que muitas são as diferenças existentes entre os sistemas da *civil law*, ao qual nos filiamos, e o sistema da *common law*, adotado nos Estados Unidos. Citamos algumas a título ilustrativo:

i) no primeiro geralmente os juízes são profissionais e vitalícios, enquanto que no outro os juízes são predominantemente leigos ou de investidura política;

ii) na *civil law* no mais das vezes os juízes são especializados no julgamento de determinadas matérias, enquanto que na *common law* não existem tantas especializações;

iii) a decisão de primeiro grau proferida por um juiz da *common law* geralmente se tornará definitiva, enquanto que no sistema da *civil law* é praxe o recurso à instância superior, sendo tradicional a apelação ter efeito suspensivo;

iv) no modelo da *civil law* dá-se prevalência às provas escritas e os advogados não colaboram preponderantemente para movimentar o processo e para produzir provas, tendo o juiz papel central no desenvolver do processo, enquanto que na *common law* utiliza-se no mais das vezes provas orais, sendo o atuar do advogado imprescindível para a produção das provas e o juiz, por consequência, inerte<sup>1</sup>;

v) na *common law* é usual as partes disporem do processo, o que não é facultado àqueles que litigam no sistema da *civil law*<sup>2</sup>.

vi) o sistema da *civil law* é “um sistema relativamente racional e lógico”, posto ser obra de legisladores e das universidades. Por outro lado, o sistema da *common law* não demonstrava nenhuma preocupação lógica, sendo muito recente essa preocupação de racionalizar as regras<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> No ponto ver BARBOSA MOREIRA. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da EMERJ*, n. 16, p. 19, 2001.

<sup>2</sup> Leonardo Greco lista diversas diferenças entre os sistemas da *civil* e da *common law* em sua obra *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5 et seq.

<sup>3</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 385-386. E o mesmo autor continua: “A *common law* foi elaborada, originariamente, sobre a razão, dissimulada sob a ficção do costume geral imemorial do reino. Na medida em que regras mais precisas não foram estabelecidas, de modo a dar mais certeza às relações sociais, a razão continua a ser a fonte inesgotável, à qual os tribunais recorrerão, tanto para preencher as lacunas do sistema de direito inglês como para guiar a evolução deste sistema. Neste aspecto, o princípio não é diferente na Inglaterra e nos países do sistema românico; no entanto, uma diferença deve ser notada. Nos países de direito escrito em que o direito se apresenta principalmente sob a forma de um direito legislativo, as regras de direito

Assim, temos que diferenças de conceitos, de formas de interpretação, de fontes, de procedimentos são marcantes entre os sistemas<sup>4</sup>. Todavia, a diferença entre os sistemas que interessa à nossa tese é a dedicação do jurista inglês e norte-americano em encontrar solução prática para o problema, independentemente das regras legais, ao contrário do que ocorre normalmente nos processos que se desenvolvem perante a Justiça adotante da *civil law*, onde se almeja precipuamente a aplicação esmerada dos dispositivos legais. É, em suma, a diferença de objetivo a ser perseguido pelo processo nos diferentes sistemas. Segundo lição de Leonardo Greco,

a paz social na *civil law* é um objetivo remoto. Já na *common law*, a paz entre os litigantes, a re-harmonização e a reconciliação são os seus objetivos diretos, imediatos. Na *common law*, pouco importa se a pacificação dos litigantes vai dar-se à luz da lei ou de outro critério qualquer que seja mais adequado ao caso concreto. O importante é harmonizar os litigantes. Isso porque a justiça da *common law* tem um profundo enraizamento na vida da comunidade e tem por função primordial preservar a coesão e a solidariedade entre os seus membros, interdependentes entre si.<sup>5</sup>

Existe, portanto, perante o sistema da *common law*, maior preocupação com a busca do cumprimento, na prática, dos direitos reconhecidos como devidos por decisão judicial. Conforme frisa René David,

O jurista do continente europeu vê no direito os princípios, ou o próprio princípio, da ordem social. Procura defini-lo, melhorá-lo, sob o ângulo destes princípios: estabelece o princípio das liberdades políticas, o dos direitos sociais, o da inviolabilidade da propriedade e dos contratos, e abandona aos práticos o cuidado de pôr a funcionar – ou de deixar desprovidos de sanção – estes princípios. O jurista inglês, herdeiro dos práticos, desconfia daquilo que ele considera, muito naturalmente, como fórmulas ocas: que vale a afirmação de um direito ou de um princípio, se na prática não existe um

---

são formuladas com uma tal generalidade que o apelo à razão se processa, normalmente, no quadro das fórmulas legais, sob forma de aplicação e interpretação destas regras; a existência de lacunas na legislação dificilmente é reconhecida; mais que completar a ordem jurídica, a razão desempenha uma função na interpretação da lei. Num sistema jurisprudencial, como é o direito inglês, a situação apresenta-se muito diferente. O aspecto casuístico que reveste o direito deixa subsistir, de forma intencional, muitas lacunas; e a razão é francamente reconhecida como uma fonte subsidiária do direito, chamada a preencher estas lacunas. A uma técnica de interpretação do direito substituiu-se uma técnica de distinções, visando estabelecer regras novas, cada vez mais precisas, em vez de aplicar uma regra preexistente. Os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, a *common law* é um sistema aberto, em que novas regras são continuamente elaboradas; estas novas regras baseiam-se na razão". *Ob. Cit.*, p. 439-440.

<sup>4</sup> Ver, por todos: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>5</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 2.

meio de aplicá-lo? Toda a atenção dos juristas ingleses se voltou, durante séculos, para o processo; só lentamente se volta para as regras do direito substantivo<sup>6</sup>.

Essa preocupação com o atendimento do direito na prática acabou por ser propulsora do desenvolvimento de técnicas executórias as mais diversas, a fim de não deixar de observar os direitos vindicados na prática. E em virtude disso o estudo do direito norte-americano é importantíssimo para aprofundarmos os conhecimentos sobre o objeto em foco neste trabalho.

Ora, os juristas norte-americanos já estudaram e aplicaram instrumentos os mais diversos para lograr a observância das obrigações objeto de nossa análise. Assim, é possível, com base em suas considerações, determinar quais medidas renderam bons frutos, podendo-se, de antemão, descartar aquelas que apresentaram resultados pífios e, conseqüentemente, adotar apenas as que se mostrarem interessantes para que nós, com seu uso, possamos alcançar cada vez mais o adequado atendimento das decisões judiciais que determinem um fazer ou não fazer.

Ademais, a cada dia as diferenças entre os sistemas diminuem, sendo tendência a adoção de institutos típicos de um pelo outro<sup>7</sup>. Busca-se, com isso, o aprimoramento dos sistemas<sup>8</sup>, e o diálogo entre eles tem sido uma constante<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 406.

<sup>7</sup> René David frisa que “O recente desenvolvimento das tendências dirigistas, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, tende a aumentar a importância da lei; a evolução do direito é, doravante, em múltiplos e importantes setores, comandada pela legislação. Porém, este fenômeno, relativamente recente na Inglaterra, não surge nos Estados Unidos como uma novidade; ele se enquadra aí em uma série de fatos que contribuíram, depois da independência americana, para dar relevo à lei escrita; o mais importante deles é a existência de uma Constituição Federal, dotada de uma Declaração dos Direitos (Bill of Rights), que é a própria base das instituições americanas e o fundamento das liberdades públicas (civil rights) nos Estados Unidos”. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 477.

<sup>8</sup> Anota Barbosa Moreira que embora existente a tendência de aproximação entre os sistemas, “o que sugere a realidade é que o processo civil brasileiro e o norte-americano se inserem – para empregar expressão vaga, mas talvez insubstituível – em culturas jurídicas distintas. Não significa isso que não possamos servir-nos dos frutos da experiência dos Estados Unidos, tão interessante por mais de um prisma: já o temos feito, e estamos por fazê-lo de novo, se vingarem as propostas da reforma constitucional. Significa, entretanto, a meu ver, que, como até aqui, as importações se limitarão em regra à periferia do sistema, sem penetrar-lhe o âmago. Para o bem e para o mal, o ordenamento pátrio é – e continuará a ser – um rebento da

Até algum tempo, dividíamos tais sistemas em dois departamentos estanques: o primeiro baseava-se exclusivamente no direito escrito, não dando margem à atividade criativa do juiz, ao passo que o segundo tinha como norte justamente a produção jurisdicional<sup>10</sup>.

Hoje, contudo, nos países adeptos da *civil law* a tendência é cada vez mais valorizar as decisões jurisprudenciais e a atividade desenvolvida pelo juiz na análise do caso concreto *sub judice*. No Brasil, por exemplo, adotou-se a Súmula Vinculante, dentre outros institutos que claramente tendem a valorizar as decisões proferidas pelos tribunais superiores.

Por outro lado, os países da *common law* promulgam novas leis escritas em profusão. Recentemente, o direito inglês, pela primeira vez em sua história, adotou um Código de Processo Civil escrito, ilustrando claramente a tendência aqui registrada.

Também no direito norte-americano, embora ainda dando enorme ênfase à consideração da jurisprudência para a definição dos direitos, verifica-se um sensível aumento no número de questões definidas em lei. Inclusive o regramento da aplicação do *contempt of court*, figura a ser estudada na presente tese, é encontrado em legislação, sobretudo no que tange ao limite de tempo da prisão a esse título.

---

família romano-germânica, e portanto de *civil law*". O Processo Civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da EMERJ*, n. 16, p. 21-22, 2001.

<sup>9</sup> Leonardo Greco refere que "cabe observar desde logo que a crise decorrente da crescente perda de credibilidade ou de confiança da sociedade na sua justiça e nos seus juízes, o que poderíamos também chamar de crise de legitimidade do poder jurisdicional, decorrente da elevação da consciência jurídica da população e do seu grau de exigência em relação ao desempenho do judiciário, está levando a que a doutrina e os ordenamentos jurídicos dos países da *civil law* voltem os olhos para os da *common law*, procurando lá encontrar soluções para problemas comuns através de institutos que não existem na *civil law*. O mesmo acontece, por sua vez, nos países da *common law*, que para solucionar problemas não resolvidos através das suas técnicas, vêm também em alguns casos buscar soluções no nosso sistema". *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 3.

<sup>10</sup> Ver nesse sentido FACCHINI NETO, Eugênio. Estrutura e funcionamento da Justiça norte-americana. *Revista da Ajuris*, n. 113, mar. 2009, p. 147.

Ainda contribuiu para a escolha do tema o fato de o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer exigir quase que naturalmente tutelas diferenciadas. Tal fato é importantíssimo, já que o foco do direito em tutelas diferenciadas é tendência mundial, observada tanto nos sistemas jurídicos adotantes da *civil law* como naqueles filiados à *common law*<sup>11</sup>, buscando-se com isso fugir dos modelos previamente pensados para regular todas as situações fáticas quando aquela sob julgamento exigir algo diverso para ser adequadamente protegida na prática.

O pensar a execução sem meios executivos tipificados, autorizando o uso dos mais variados meios processuais executórios, justifica-se para garantir na prática o cumprimento das decisões jurisdicionais que se refiram aos mais variados direitos materiais, não encontrando óbices na legislação se o caso concreto não se encaixar perfeitamente na moldura legal. As formalidades apenas se justificam para servir à justa composição do caso posto sob análise do Judiciário, não devendo prevalecer caso o rígido procedimento imposto pelas regras processuais não se mostrar apto para tanto<sup>12</sup>.

Temos, portanto, que ante todos os argumentos até aqui esposados é perfeitamente possível e viável a aplicação de medidas atípicas utilizadas nos países de tradição diversa da nossa caso se prestarem a conduzir ao alcance da tutela efetiva, sempre respeitados, obviamente, os ditames da legislação processual vigente e dos valores e comandos constitucionais.

---

<sup>11</sup> O foco adotado nos Estados Unidos e que embasou a reforma inglesa, de acordo com Romolo Donzelli, é “così dunque che si inizia a delineare la necessità di discostarsi da un modello processuale ‘unico’ e, di contro, l’opportunità di distinguere tra ‘*complex*’ e ‘*routine*’ cases, al fine di promuovere sistemi di *case management* differenziato mediante l’introduzione di diversi percorsi processuali (*tracks*)”. La fase preliminare del nuovo processo civile inglese. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, n. 24, p. 16, jan./jun. 2007.

<sup>12</sup> Humberto Theodoro Júnior preleciona nesse mesmo sentido, anotando que “as formas, solenidades, estruturas e categorias do direito processual não podem ser únicas, rígidas, inflexíveis ou absolutas. Prevalecem enquanto úteis ou necessárias à realização da justa composição do conflito de direito material. Quando essa meta exigir vias alternativas que melhor se adéquem à tutela efetiva do direito subjetivo a resguardar ou restaurar, haverá de se franquear o caminho procedimental que a tanto se afeiçoa. O direito processual é dinâmico e não pode perder-se em conceitualismo e estruturalismo estáticos, incompatíveis com a função maior da desempenhar em prol da efetiva prestação de tutela ao direito e interesses materiais envolvidos em conflito”. Estrutura e função no campo do direito processual – visão estática e visão dinâmica do fenômeno jurídico. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 23.



É importante ainda ressaltar que, para adotar os meios alienígenas que nos propomos a examinar, necessário estudá-los tal como utilizados no ordenamento jurídico estrangeiro, para após analisar a possibilidade de sua aplicação no direito pátrio, a fim de estabelecer se o seu uso no nosso sistema será útil e benéfico.

Esse é o nosso objetivo. Para tanto, analisaremos, nos capítulos 1 e 2, as medidas mais significativas utilizadas pelo direito norte-americano destinadas a obter o cumprimento das decisões jurisdicionais que determinem um fazer ou não fazer para, apenas após a adequada apreensão desses institutos, passar a justificar a sua adoção ou não no ordenamento brasileiro (capítulos 3 e 4) e os instrumentos de controle necessários para que essa importação seja bem-sucedida (capítulo 5), apresentando em seguida nossa conclusão.

Chamamos, desde já, atenção para a opção metodológica adotada, pois esta tese se limitará a abordar medidas civis, que podem ser aplicadas pelo juiz sem que haja a necessidade de um processo penal para levar o devedor a cumprir a obrigação.

Também é necessário observar, *ab initio*, que grande parte da doutrina estrangeira utilizada para a elaboração desta tese foi obtida em *sites* de pesquisa disponíveis para assinantes, que reúnem em uma única base de dados toda a produção doutrinária e jurisprudencial importante para o estudo do tema ([www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) e [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com)). Por tal motivo, na indicação bibliográfica constará a fonte onde os artigos pesquisados foram publicados, todavia não haverá referência às páginas das revistas correspondentes, já que, além de estarem disponíveis nessas, também podem ser conferidas nos *sites* acima indicados, local de pesquisa por nós utilizado.

## 1 DO CONTEMPT OF COURT

### 1.1 Delimitação metodológica

Uma das falhas no processo de estudo do direito comparado, vital para determinar o insucesso do transplante do instituto adotado no sistema alienígena para o nosso, é pretender a sua aplicação direta, sem prévia preocupação com o entendimento sobre como de fato funciona no seu *habitat* de origem, o que possibilitaria promover no instituto as alterações necessárias para a sua adequação a um novo sistema jurídico, com diferenças formais e culturais com relação ao direito estrangeiro.

Conforme corretamente lembrado por José Carlos Barbosa Moreira, para que as importações sejam bem sucedidas mister verificar como o instituto é utilizado e como funciona em seu ordenamento de origem, bem como é necessário

o convencimento, fruto de reflexão tanto quanto possível objetiva, de que a pretendida inovação é compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la. Aqui se faz mister passar em cuidadosa revista não apenas os dados normativos, senão também os costumes judiciários, a formação profissional e a mentalidade das classes mais diretamente envolvidas – juízes e advogados, cuja colaboração franca será imprescindível ao êxito da operação. Não estou a dizer que nos devemos conformar sempre com o *status quo*. A história registra casos importantes em que, para promover o avanço, foi preciso lutar contra preconceitos e hábitos arraigados: Franz Klein não encontrou facilidade na implantação do código austríaco de 1895, marco indelével na evolução legislativa do processo civil, mas alvo, na época, da resistência de juízes e advogados aos quais não agradavam suas ousadias inovadoras. O que recomendo, e com veemência, é a cautela necessária para não submeter o transplante ao risco manifesto de rejeição<sup>13</sup>.

Assim, para evitar que esse problema ocorra no presente estudo optamos por examinar, num primeiro momento, as medidas tal como analisadas e aplicadas no seu ordenamento de origem, ou, em outras palavras, como o juiz norte-americano lida com o instrumental posto à sua disposição e qual é o tratamento

---

<sup>13</sup> O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, n. 102, p. 234-235, abr./jun. 2001.

dados pela doutrina desse país ao tema. Apenas após passarmos, no capítulo 3 e seguintes, a esmiuçar o possível transplante das medidas exaustivamente analisadas neste capítulo e no próximo para o direito brasileiro. Frisamos, portanto, que tudo o que exporemos nos capítulos 1 e 2 se refere exclusivamente ao direito norte-americano; após é que nos preocuparemos com a tentativa de aplicar os meios executórios adotados pelos juízes norte-americanos à nossa realidade.

Importante termos em mente, ao lermos a exposição sobre o direito norte-americano, que os juízes desse país gozam, em princípio, de liberdade maior que os seus colegas brasileiros, por poderem, geralmente, desenvolver diante do caso concreto a forma de cumprimento das decisões que determinam um fazer ou não fazer. Conforme preleciona Antonio Gidi,

as normas processuais americanas são redigidas em uma linguagem desconcertantemente ampla, deixando uma larga margem de discricionariedade ao juiz de primeiro grau. Essa flexibilidade é a marca registrada do direito americano e permite ao juiz adaptar o processo às peculiaridades de cada caso. Por um lado, isso faz do direito processual americano extremamente sensível às circunstâncias de cada caso concreto e essa pode ser considerada a razão do sucesso das ações coletivas. Por outro lado, pode deixar as partes reféns das convicções pessoais de cada juiz<sup>14</sup>.

Frente tal poder, o autor frisa que o limite para a escolha de medidas processuais reside, basicamente, na criatividade das partes e do juiz<sup>15</sup>.

O fato de o nosso sistema ter por base a legislação e o norte-americano ser norteado, sobretudo, pelos precedentes judiciais apresenta diferença mais aparente do que prática no ponto em estudo, visto que, embora com ampla liberdade de determinação de meios executivos, o juiz norte-americano não é livre para julgar da forma que bem entender, estando também vinculado aos valores constitucionais, ao arcabouço de decisões judiciais que embasam a sua atividade decisória e, também, à legislação porventura existente sobre o

---

<sup>14</sup> *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 18.

<sup>15</sup> *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 183.

tema em julgamento. Tais fatores não podem ser simplesmente desconsiderados para o julgamento se adequar ao quanto deseja o julgador.

Importante, portanto, considerarmos essas ponderações sobre os poderes do juiz no direito norte-americano para compreendermos melhor as medidas por ele diuturnamente adotadas para fazer valer o conteúdo de suas decisões na prática.

## 1.2 *Injunction*

O instituto do *Contempt of Court* é o mais aplicado para se obter o cumprimento de decisões judiciais perante o direito norte-americano, todavia apenas pode ser utilizado para buscar a observância de decisão jurisdicional denominada *injunction*. Assim, antes de analisar o instituto do *Contempt of Court* em si, é mister estudarmos o tipo de decisão hábil a acomodar a sua aplicação para delimitar seu campo de atuação.

*Injunctions* são ordens judiciais que exigem que o réu faça ou deixe de fazer determinada atividade, sob a ameaça de pagamento de multas ou prisão, e são emitidas quando a compensação monetária não for suficiente para proteger o direito do autor<sup>16-17</sup>.

O *Black's Law Dictionary* conceitua o verbete *injunction* da seguinte forma: “uma ordem determinando ou prevenindo uma ação. Para obter uma *injunction*, o autor deve demonstrar que não há nenhum outro meio pleno, adequado e completo na legislação e que um dano irreparável será gerado a não ser que a

---

<sup>16</sup> FELDMAN, Stuart P. Curbing the recalcitrant polluter: post-decree judicial agents in environmental litigation. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, n. 809, 1991. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 8 mar. 2005.

<sup>17</sup> Doug Rendleman observa que “the injunction is modern equity’s premier remedy; it began in obscurity, dividing business between two courts and protecting property, grew into bumptious adolescence as a tool for enterprise to wield against its employees, and achieved the present stage of its growth facilitating judges’ efforts to assure constitutional rights”. The death of the irreparable injury rule. *Michigan Law Review*, n. 1642, May 1992. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 8 mar. 2005.

mesma seja concedida”<sup>18</sup>. Ou ainda, como claramente define Doug Rendleman, “ao proferir uma *injunction* o juiz procura transformar a realidade do autor para fazê-la correspondente aos seus direitos materiais”<sup>19</sup>.

A *injunction* pode assumir quatro diferentes configurações:

i) *restorative injunction*, que corrige violação de direito consumada pelo desfazimento do erro já ocorrido, agindo retroativamente;

ii) *preventive injunction*, que visa prevenir a ocorrência de violação do direito;

iii) *prophylactic injunction*, que tende a salvaguardar o direito do autor ao direcionar o comportamento do réu com o objetivo de minimizar as chances de ocorrência de uma violação no futuro;

iv) *structural injunction*, que são decisões judiciais que implicam o envolvimento dos tribunais na determinação e implementação de políticas públicas, a fim de garantir o cumprimento da legislação vigente<sup>20</sup>.

Como vemos, as *injunctions* guardam enorme semelhança com as decisões denominadas “mandamentais” do direito brasileiro, pois nada mais são que ordens determinando um fazer ou não fazer ao réu, sejam relacionadas à correção de violação a direito já verificada, sejam prevenindo a sua ocorrência.

Assim, podemos analisar as formas de cumprimento das *injunctions* no direito norte-americano e, após, verificar se o seu uso é viável no sistema jurídico

---

<sup>18</sup> Tradução livre. No original: “a court order commanding or preventing an action. To get an injunction, the complainant must show that there is no plain, adequate, and complete remedy at law and that an irreparable injury will result unless the relief is granted”. *Black’s Law Dictionary*. 8th ed. Thomson West, 2004, p. 800.

<sup>19</sup> Tradução livre. No original: “By granting an injunction the judge seeks to transform the plaintiffs’ reality to correspond with their substantive right”. Remedies discussion forum: Brown II’s “all deliberate speed” at fifty: a golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy? *San Diego Law Review*, n. 1575, Autumn 2004. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 10 mar. 2005.

<sup>20</sup> SHOBEN, Elaine W. *et al. Remedies*. 3th ed. New York: New York Foundation Press, 2002, p. 03.

brasileiro para se obter a execução de sentenças mandamentais que determinem atitude do réu diversa do pagamento de soma em dinheiro.

Voltando ao nosso tema, no direito norte-americano as *injunctions* podem ser cumpridas por meio dos mais variados instrumentos, porém a arma mais importante para o alcance de tal desiderato é o uso do poder de *Contempt* pelo juiz, que conta com dupla função: primeiro, evitar o descumprimento; segundo, punir eventual não observância dos termos da ordem imposta. É esse instituto o objeto de nosso estudo a seguir.

### 1.3 Justificativa para o uso das penas por *Contempt*

Primeiramente, é importante anotar que o uso das penas por *Contempt* é antiquíssimo e considerado inerente ao direito inglês e ao norte-americano. No direito inglês, a sua aplicação já era observada no século XII, porém os princípios relacionados ao instituto foram claramente estabelecidos no século XIV<sup>21</sup>.

Com relação ao direito norte-americano, em 1789 foi promulgada pelo Congresso a Seção 17 do *Judicature Act 1789*, que determinava: “Todas as cortes dos Estados Unidos devem ter poder para (...) punir através de multas ou prisão, à discricção da própria corte, todas as ameaças à autoridade em quaisquer casos ou audiências ante as mesmas”<sup>22</sup>.

Assim, vemos que a aplicação do *Contempt of Court* é autorizada desde os tempos embrionários do direito inglês e norte-americano, sendo justificado o seu uso de forma extremamente simples: necessidade. No direito norte-

---

<sup>21</sup> HOSTAK, Philip A. International Union, United Mine Workers v. Bagwell: a paradigm shift in the distinction between civil and criminal contempt. *Cornell Law Review*, v. 181, Nov.1995. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 mar. 2005.

<sup>22</sup> No original: “That all the said courts of the United States shall have power to ... punish by fine or imprisonment, at the discretion of said courts, all contempts of authority in any cause or hearing before the same”. MILLER, C. J. *Contempt of Court*. 3th ed. New York: Oxford, 2000, p. 133.

americano considera-se imprescindível e natural que os juízes tenham poder para impor respeito tanto ao próprio Judiciário como às decisões por eles emanadas, posto haver entendimento aceito por todos no sentido de que o poder de fazer cumprir as ordens proferidas pelo Judiciário é vital para o exercício de todos os seus poderes<sup>23</sup>.

Não há como pensar o Poder Judiciário sem que se lhe reconheça poder para fazer cumprir na prática os seus julgados, usando formas eficientes para tanto. Portanto, a ideia geradora do *Contempt of Court* está intimamente ligada a essa premissa, porque de nada adiantaria a obtenção de decisões judiciais se não fossem cumpridas na prática. “Negar instrumentos de força ao judiciário é o mesmo que negar sua existência”<sup>24</sup>.

O uso dessas penas também se justifica, conforme chamam a atenção Arlidge, Eady e Smith, em virtude de toda a sociedade civilizada depender da autoridade e da efetividade das decisões judiciais; logo, é de interesse público que sejam cumpridas. Dessa forma, o uso das penas por *Contempt* garante que as ordens dos tribunais não sejam descumpridas por simples opção da parte obrigada, sendo, por isso, benéfico não só para os litigantes individuais como para os tribunais e a comunidade como um todo, já que todos possuem interesse na sua aplicação<sup>25</sup>.

Ademais, o uso do *Contempt* visa, além da observância do comando judicial, promover o desenvolvimento regular do processo, como, por exemplo, garantir que as testemunhas compareçam a uma audiência, ou que as notícias divulgadas pela imprensa não influenciem na decisão dos jurados.

Em resumo, a utilização do instituto em comento terá lugar nos casos em que houver desrespeito ou insulto ao juiz, forem proferidas palavras escritas ou faladas que escandalizem o tribunal, praticados atos tendentes a prejudicar o

---

<sup>23</sup> SCHOENBROD, David et al. *Remedies: public and private*. 3th ed. St. Paul: West Group, 2002, p. 302.

<sup>24</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o Contempt of Court. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 102, p. 222, abr./jun. 2001.

<sup>25</sup> ARLIDGE; EADY; SMITH. *On contempt*. 2th ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p. 736.

desenvolvimento regular do processo e quando houver descumprimento de determinações judiciais que importem no dever de realizar determinado ato ou se abster de fazê-lo, seja pelas partes do processo, seja por terceiro<sup>26</sup>. Portanto, o juiz tem autoridade para aplicar as penas por *Contempt* a fim de evitar ou punir qualquer desrespeito ou desobediência com relação à Corte de Justiça, ou quaisquer obstruções ao desenvolvimento do processo<sup>27</sup>.

Temos, entretanto, de excluir das funções das penas por *Contempt* aquela de prover compensação pelas perdas sofridas pelas partes ou pelas cortes. Tais penas não têm por objetivo compensar as partes, nem possuem função indenizatória, mas, sim, protetiva da autoridade da corte e do cumprimento das decisões por ela emanadas.

#### **1.4 *Contempt Of Court* – Classificação**

As medidas denominadas de *Contempt* podem ser divididas em, ao menos, quatro categorias: *Contempt* direto, *Contempt* indireto, *Criminal Contempt* e *Civil Contempt*<sup>28</sup>.

O *Contempt* direto configura-se quando ocorre desrespeito ou desordem na presença da corte, ou tão perto que acabe por implicar distúrbios na administração da Justiça. Esse tipo de *Contempt* é, no geral, aplicado como se civil fosse, ou seja, mediante procedimento sumário, embora em alguns casos sua adoção suscite dúvidas, como, por exemplo, delimitar exatamente o local de ocorrência do ato (se realmente ocorreu próximo à corte), ou estabelecer se o ato praticado atingiu mesmo a dignidade ou a autoridade da corte.

---

<sup>26</sup> ARLIDGE, Anthony; EADY, David. *The law of contempt*. Londres: Sweet & Maxwell, 1982, p. 32.

<sup>27</sup> BERES, Linda S. Civil contempt and the rational contemnor. *Indiana Law Journal*, n. 723, 1994. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 08 mar. 2005.

<sup>28</sup> LIVINGSTON, Margit. Disobediente and contempt. *Washington Law Review*, n. 345, abr. 2000. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 09 mar. 2005.



O *Contempt* indireto apenas difere do direto por ocorrer fora da presença da corte, mas suas características são as mesmas. Tanto o *Contempt* direto como o indireto podem ser civil ou criminal.

Para que uma medida seja caracterizada como *Civil Contempt*, necessário haver a possibilidade de o réu evitar a sua incidência pelo cumprimento do quanto determinado judicialmente. Ademais, uma vez observada a decisão judicial, mesmo após o prazo concedido para tanto, haverá a suspensão da medida.

As medidas coercitivas a serem aplicadas sob a denominação *Civil Contempt* são o pagamento de multa ou pena de prisão, que prescinde da observância do procedimento criminal para ser imposta. Aqui, mesmo incidindo pena de prisão, ela será considerada civil, desde que esteja nas mãos do devedor a possibilidade de evitá-la.

Nesse diapasão, anota Margit Livinston que

o *Civil Contempt* visa obter cumprimento, não tendo por objetivo punir ou retribuir. Assim, talvez seria mais adequado chamarmos a medida de *equitable enforcement* ou, ainda, “sanções em ajuda a um litigante”. Um nome diferente iria auxiliar os juízes a entender que o uso do *Civil Contempt*, embora considerado como uma forma de *Contempt*, não se baseia na atitude de desprezo do réu para com o tribunal, ou na sua desobediência intencional a uma ordem judicial, mas, sim, na necessidade de conceder ao autor o resultado que o juízo lhe reconheceu como devido<sup>29</sup>.

É certo que a principal função do *Civil Contempt* é coagir o devedor ao cumprimento do quanto determinado judicialmente, pois, quando o juízo proclama que uma pessoa pagará multas ou será presa se não observar o conteúdo da decisão judicial, obviamente quer agir sobre a psique da parte, removendo os possíveis entraves ao seu atendimento na prática. Logo, a

---

<sup>29</sup> Tradução livre. No original: “In reality, civil contempt serves remedial, not punitive or retributory, goals. As such, perhaps it should more properly be labeled ‘equitable enforcement’ or ‘sanctions in aid of a litigant’. A different name might assist the courts in understanding that civil contempt, although denominated a form of ‘contempt’, does not in the end rest upon the defendant’s contemptuous attitude toward the court or its willful disobedience of a judicial order, but instead upon the need to afford plaintiffs the remedy that the court has determined they deserve”. Disobedience and contempt. *Washington Law Review*, n. 345, Apr. 2000. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 9 mar. 2005.

natureza do *Civil Contempt* é essencialmente coercitiva, ao invés de punitiva, já que aquele contra quem a coerção foi imposta pode evitar a sua incidência pela observância do quanto determinado pelo juízo.

Entretanto, parte da doutrina norte-americana entende que tal coerção constrange o devedor, mas também de forma indireta o pune, já que a arma utilizada pelos juízes para coagi-lo a observar sua prescrição é justamente a ameaça de punição. Assim, conforme Margaret Meriwether Cordray,

uma sanção por *Contempt* com caráter coercitivo terá, ao menos em parte, caráter também punitivo, pois, embora sirva como forma de coerção para se obter o cumprimento de decisão, a sanção também serve a propósitos punitivos, porque é por meio da punição implícita na ameaça da sanção que a coerção alcançará seus objetivos<sup>30</sup>.

O *Criminal Contempt*, por sua vez, representa punição por desobediência passada; é pena de prisão ou condenação ao pagamento de multas por descumprimento já ocorrido, cuja imposição depende sempre da observância do procedimento próprio para a aplicação de sanções criminais<sup>31</sup>. O *Criminal Contempt*, portanto, tem natureza essencialmente punitiva, visando punir atitude do réu contrária ao quanto determinado por lei ou pelo juiz.

Concluindo, de acordo com posição da Suprema Corte, o *Civil Contempt* tem por objetivo precípuo proporcionar o atendimento de decisão judicial na prática, servindo aos interesses das partes, e é essencialmente coercitivo, utilizado com o objetivo de coagir obediência às ordens judiciais. Por sua vez, o *Criminal*

---

<sup>30</sup> Tradução livre. No original: "The coercive contempt sanction is therefore at least in part punishment; although it serves a remedial purpose in that it helps to coerce compliance, the sanction also serves a punitive purpose because it is through the punishment implicit in the threatened sanction that the coercion is achieved". Contempt sanctions and the excessive fines clause. *North Carolina Law Review*, n. 407, Jan. 1998. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 mar. 2005.

<sup>31</sup> De acordo com Miller, "although criminal contempt of court differs from the ordinary crimes in several significant respects, proceedings for criminal contempt are nevertheless intended to serve a punitive function to the same extent as proceedings for any other offence. Thus if it is alleged that a person committed an assault in court, or that he tampered with a witness, the purpose of instituting proceedings against him and of any penalty ultimately imposed is the same whether the conduct is charged as a criminal contempt punishable by committal, or as an assault or attempt to pervert the court of justice punishable on indictment. However, in cases of civil contempt where the complaint is of non-compliance with a court order or an undertaking, the purpose and intended outcome of the proceedings will typically be remedial or coercive". MILLER, C. J. *Contempt of Court*. 3th ed. New York: Oxford University Press, 2000, p. 44.

*Contempt* é punitivo, estabelecido para garantir a autoridade do Judiciário e punir o responsável por enfrentar tal autoridade, referindo-se geralmente a atos praticados no passado<sup>32</sup>.

No mesmo sentido vai o magistério de Marcelo Lima Guerra, para quem

ao *contempt* civil o juiz reage para obter o cumprimento de uma prestação do *contemptor*, ou seja, daquele que cumpre a conduta desrespeitosa; no *contempt* penal, o propósito da medida reativa é apenas a punição<sup>33</sup>.

Na prática, a aplicação de um ou de outro acarretará diferenças de procedimento, pois, no caso de imposição de *Criminal Contempt*, exige-se prova cabal do descumprimento da decisão exarada pelo juiz; o julgamento será geralmente realizado por um júri em vez de um juiz singular (nos casos em que a parte tiver direito a tal benefício); o agir do devedor deve ser comprovadamente intencional (o que não é exigido nos casos de *Civil Contempt*) e a decisão que a aplica é recorrível imediatamente (a decisão que aplica pena por *Civil Contempt* só será passível de recurso após o julgamento final da causa)<sup>34</sup>.

Apesar da existência das diferenças apontadas, que, como já frisado, não podem ser olvidadas em virtude das diferenças procedimentais para a sua aplicação, as duas categorias têm muitos traços em comum. Ambas têm por fim, ainda que em maior ou menor grau, proteger a administração da justiça e manter a autoridade dos tribunais, sendo a autorização para sua aplicação decorrência de escolha política. Ademais, no seu uso reside a necessidade da sociedade de proteger os direitos de seus cidadãos, bem como manter o próprio Estado de Direito<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> LIVINGSTON, Margit. Disobedience and contempt. *Washington Law Review*, n. 345, Apr. 2000. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 09 mar. 2005.

<sup>33</sup> *Contempt of court*: Efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – Tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: [www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf). Acesso em: 21 set. 2010.

<sup>34</sup> FLEISCHER, Jennifer. In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, 2002. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

<sup>35</sup> ARLIDGE; EADY; SMITH. *On contempt*. 2th ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p. 122.

E diante das tênues diferenças e das grandes semelhanças existentes entre os institutos, acaba sendo falha a jurisprudência quando tenta traçar claras características de ambos que permitam identificar, à primeira vista e com certeza, diante de qual *Contempt* a parte estará<sup>36</sup>, limitando-se a diferenciação àquela indicada acima.

Tal lacuna acaba por criar discussões no processo a fim de estabelecer no caso em concreto qual medida está sendo aplicada e, obtida a resposta, qual o procedimento a ser utilizado para a sua imposição. A distinção antes apontada, que caracteriza o *Civil Contempt* como coercitivo, ao passo que o *Criminal Contempt* é considerado medida punitiva, frisamos, é a principal estabelecida tanto na doutrina como na jurisprudência norte-americana. Todavia, é uma diferenciação simplificada<sup>37</sup>, havendo inúmeros casos limítrofes que geram dúvidas fundamentadas sobre se estar diante de um *Civil* ou de um *Criminal Contempt*, o que pode gerar inúmeras discussões processuais.

Ademais, por dispor o juiz de enorme poder em suas mãos, decidindo nos casos de *Civil Contempt*, sem que haja processo criminal para tanto, que atitudes provocarão a prisão da parte por serem desrespeitosas ao tribunal, a jurisprudência não segue rigidamente as características acima apontadas como suficientes para se delimitar quando se estará diante de *Civil* ou de *Criminal Contempt*.

Justamente em virtude dessas falhas e por serem frequentes os casos de abuso no uso da imposição de tais coerções civis, a Suprema Corte, na decisão proferida no caso *United Mine Workers v. Bagwell* (114 S. Ct. 2552 (1994)), firmou entendimento no sentido de que violações a *injunctions* complexas, desde que tenham ocorrido fora da corte, devem ser tratadas como *Criminal Contempt*, sujeitando sua aplicação à observância do procedimento criminal próprio para tanto, ainda que utilizadas com o objetivo de coagir o

---

<sup>36</sup> FLEISCHER, Jennifer. In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, outono 2002. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

<sup>37</sup> Nas palavras de Miller, "although this general distinction is helpful, it has long been recognized that it is an oversimplification". MILLER, C. J. *Contempt of Court*. 3th ed. New York: Oxford University Press, 2000, p. 44.

devedor ao cumprimento, sendo voltadas para o futuro, não para punir anterior desobediência. Tal decisão, claramente, visou delimitar o poder dos juízes na imposição de medidas coercitivas, já que nesse caso o total de multas acumuladas pelos descumpridores da decisão judicial certamente os levaria à falência.

Por fim, importante referir que a aplicação de *Civil e Criminal Contempt* pode ser cumulada. Podem ser impostas a um mesmo réu, e em virtude da não observância de uma única decisão, penas por *Criminal e Civil Contempt*, dependendo das atitudes por ele tomadas e da espécie de obrigação de que se busca o cumprimento.

## **1.5 *Civil Contempt***

### **1.5.1 Das medidas que podem ser aplicadas sob a denominação *Civil Contempt***

Conforme já exposto, quando falamos em *Civil Contempt*, referimo-nos a medidas que serão adotadas para que o credor receba o direito que a ordem judicial lhe reconheceu como devido. Essa é a função primeira do instituto, de modo que apenas indiretamente se garantirá o respeito à autoridade dos tribunais com o uso dessa medida<sup>38</sup>.

Sob a denominação *Civil Contempt* poderá o juiz coagir o devedor por meio da ameaça de incidência de multa ou prisão em virtude do descumprimento do quanto por ele determinado. Não se trata de prisão por dívida, mas, sim, de ameaça de encarceramento diante da desobediência ao comando exarado pelo juiz<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> SHOBEN, Elaine W. et al. *Remedies*. 3th ed. New York: New York Foundation Press, 2002, p. 233.

<sup>39</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 2. p. 345. O autor afirma que, “na verdade, a concepção francesa a que estamos

Justifica-se o uso da pena de prisão para coagir o devedor com a alegação de que tem as chaves da prisão em seu bolso, visto que basta cumprir o quanto determinado pelo juiz para ser solto. E entende-se que apenas com o uso de medidas severas será possível obter adequada coerção e, assim, garantir a efetividade da medida aplicada<sup>40</sup>. Poderá ainda o juiz aplicar multa para coagir o devedor a sujeitar-se às suas ordens, medida também abarcada sob a denominação *Civil Contempt*. Note-se apenas que a medida mais frequentemente utilizada, e também à qual os doutrinadores mais ênfase dão, é a ameaça de prisão.

Esses meios de coerção podem ser aplicados sumariamente, simplesmente em decorrência da recusa em cumprir a determinação judicial, sem que seja necessário processo autônomo que siga o procedimento criminal para tanto<sup>41</sup>. Em virtude de seu caráter essencialmente coercitivo, esses irão incidir apenas enquanto e no caso de o obrigado ter condições de obedecer à ordem judicial, porém se recusar a fazê-lo.

### 1.5.2 Do procedimento

A aplicação do *Civil Contempt*, sobretudo por permitir o emprego de ameaça de prisão por descumprimento de decisão judicial, possui caráter naturalmente próximo do criminal. Assim, para se evitarem abusos e arbitrariedades na sua imposição, é necessário que seja observado estritamente o procedimento previsto para tanto, principalmente quando se quer coagir um terceiro, que

---

vinculados, caudatária das teorias contratualistas, como observa Calvão da Silva, e tributária de uma visão do processo como instrumento posto à disposição das partes (princípio dispositivo), tem evitado a consagração da coerção pessoal como forma legítima de cumprimento do ordenamento jurídico, cuja efetiva vigência não poderá nunca ser indiferente ao legislador". *Ob. cit.*, p. 347.

<sup>40</sup> FLEISCHER, Jennifer. In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, Autumn 2002. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

<sup>41</sup> BERES, Linda S. Civil contempt and the rational contemnor. *Indiana Law Journal*, n. 723, 1994. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 8 mar. 2005.

sequer estará representado nos autos por advogado. Esse cuidado representa proteção àquele contra quem as ameaças de imposição de penas por *Contempt* serão emitidas<sup>42</sup>.

### **1.5.2.1 Da intimação pessoal**

Exige-se, em primeiro lugar, a intimação pessoal daquele que sofrerá a sanção, a não ser que haja claras evidências de que a parte tenciona se esquivar da ordem. Junto com a intimação pessoal, deverá ser entregue àquele que será submetido à ordem uma cópia da decisão, a fim de garantir o conhecimento do seu conteúdo.

Em casos urgentes pode-se utilizar o telefone ou fax para assegurar que o réu tome conhecimento do fato de que, se realizar ou deixar de fazer determinada atividade, incorrerá nas penas por *Contempt* fixadas na decisão.

Além disso, no caso de ordem para fazer determinada atividade, é necessário que a intimação se dê antes de expirar o prazo dentro do qual o juiz requer seja a decisão cumprida.

Na decisão, ainda, deve haver referência ao fato de que o seu descumprimento ensejará a incidência de *Contempt*, seja pela imposição de multa, seja pela prisão da parte que não atender à decisão judicial. Assim, o obrigado terá prévio conhecimento das consequências das atitudes que tomar quanto à intimação judicial.

### **1.5.2.2 Da clareza da ordem emanada**

---

<sup>42</sup>ARLIDGE; EADY; SMITH. *On contempt*. 2th ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p. 742.

É imprescindível que a ordem aplicando penas por *Contempt* seja clara, não contendo ambiguidades que possam induzir a parte a erro. A ordem deve privilegiar termos específicos e evitar o uso de palavras vagas ou que acarretem dúvida. O destinatário do comando judicial deve poder concluir, ao lê-lo, exatamente o que deve fazer para executá-lo integralmente e, assim, evitar incorrer nas penas por *Contempt*.

Essa exigência é positivada na Regra 65 (d) das *Federal Rules of Civil Procedure*, que textualmente prevê:

Toda ordem determinando um fazer ou não fazer deve apontar as razões da sua emissão, deve ser específica em seus termos, deve descrever em detalhes razoáveis, e não apenas por referência à petição ou outro documento, o(s) ato(s) que deve(m) ser evitado(s)<sup>43</sup>.

Temos, entretanto, de considerar que em alguns casos as ordens judiciais necessariamente conterão termos genéricos para garantir a observância do direito material da parte. Arlidge, Eady e Smith apontam como exemplo acórdão que julgou questão envolvendo propriedade intelectual e que consignou que, no caso *sub judice*, o autor estaria preocupado tanto em evitar a exata repetição da atividade do réu que fora descrita acuradamente na petição inicial, como em obstar novas violações desse mesmo direito, que poderiam ocorrer das mais variadas formas, impossíveis de serem antevistas ou descritas exatamente na decisão.

Nessa hipótese o autor não teria o seu direito adequadamente protegido de futuras violações se a decisão impedisse apenas aquela atividade exata descrita na petição inicial, visto que a ordem deve, necessariamente, prever situações ainda a ocorrer que não poderão ser claramente caracterizadas, mas que significarão quebra do direito de propriedade intelectual do autor.

Admitem-se, portanto, algumas decisões que não sejam totalmente exatas, se assim o exigir o caso concreto. Todavia, se o réu, diante de tal ordem, agir de

---

<sup>43</sup> Tradução livre. No original: "Every order granting an injunction and every restraining order shall set forth the reasons for its issuance; shall be specific in terms; shall describe in reasonable detail, and not by reference to the complaint or other document, the act or acts sought to be restrained; (...)"



forma honesta e razoável, terá razão para mitigar ou justificar o seu não atendimento caso ocorrerem circunstâncias suspeitas, em que não se consegue saber se de fato houve ou não o seu descumprimento<sup>44</sup>.

Assim, nota-se que, sempre que possível, a decisão que encerrar uma ordem deve ser clara para que o obrigado entenda perfeitamente seus termos e possa desse modo proceder à sua completa observância. Porém, existem situações em que expressões abertas terão de ser usadas para abarcar todas as possíveis atitudes do réu que possam importar em quebra da ordem. E havendo dúvida quanto à violação ou não da decisão que utilizou expressões vagas, será exigida prova *beyond reasonable doubt* para condenar ou não o réu às penas por *Civil Contempt* (note-se que esse padrão de prova normalmente é exigido apenas em casos criminais). Procura-se, portanto, compensar a dúvida exigindo-se prova mais robusta do não cumprimento.

### **1.5.2.3 Ordem descumprida de forma objetiva**

Não é exigida prova de má-fé para a condenação às penas por *Civil Contempt*; o que se exige para que ela incida é apenas que a ordem seja objetivamente descumprida, não bastando a não observância casual ou acidental<sup>45</sup>. Todavia, demonstrando o executado que agiu de boa-fé, envidando seus melhores esforços para garantir o cumprimento do quanto devido, poderá obter diminuição da “pena”<sup>46</sup>.

### **1.5.2.4. Da prova do não cumprimento**

---

<sup>44</sup> *On contempt*. 2th ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p. 747.

<sup>45</sup> ARLIDGE; EADY; SMITH. *On contempt*. 2th ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p. 760-761.

<sup>46</sup> ARLIDGE; EADY; SMITH. *On contempt*. 2th ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p. 758.

A coerção imposta sob a denominação *Civil Contempt* apenas incidirá se restar comprovada a inobservância da deliberação judicial. O padrão de prova requerido é o normalmente utilizado nos processos civis, ou seja, a demonstração de que a violação foi clara e convincente<sup>47</sup>.

Todavia, a jurisprudência vem exigindo, em alguns casos, que essa prova seja realizada de acordo com o padrão adotado nos processos criminais, ou seja, que o descumprimento seja comprovado *beyond all reasonable doubt*. Tal entendimento é sedimentado no fato de o *Contempt of Court*, mesmo sendo civil e aplicado sem a observância do procedimento criminal, assumir características criminais dada a possibilidade de encarceramento da parte. Logo, exige-se a prova de evidências claras de que a parte intencionalmente deixou de cumprir a ordem à qual foi devidamente intimada para que incorra nas penas por *Civil Contempt*.

O *leading case* (*Re Bramblevale*) que fixou esse parâmetro determinava que uma parte entregasse ao juízo livros comerciais, sob pena de incorrer nas penas por *Contempt*. O réu alegou que não havia maneira de acatar a decisão judicial, posto não se encontrar na posse dos livros, já que haviam sido extraviados em um acidente de carro passado.

No julgamento dessa contenda restou estabelecido que, embora o réu pudesse estar mentindo, tal fato, por si só, não provava que realmente estava com os livros e se negava espontaneamente a entregá-los ao juízo, pois também poderia estar dizendo a verdade e não entregar os livros por não tê-los em seu poder. Assim, não poderia ser condenado por *Civil Contempt* enquanto não viessem aos autos provas que demonstrassem a sua posse indevida. Decidiu-se, neste caso específico, que, enquanto houvesse duas possibilidades, ambas podendo ser verdadeiras, não haveria como se decidir *beyond reasonable doubt*<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> FLEISCHER, Jennifer. In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, Autumn 2002. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

<sup>48</sup> BORRIE, Gordon; LOWE, Nigel. *The law of contempt*. London: Butterworths, 1973, pp. 319-320.

Também tal tipo de prova é requerido quando a ordem utilizar termos dúbios, conforme vimos no item 1.5.2.2. Contudo, vale lembrar que na maioria dos casos tal requisito não é exigido, principalmente no direito norte-americano (a exigência de prova *beyond reasonable doubt* é mais comum no direito inglês); basta a simples demonstração do não cumprimento da ordem por meio de provas aceitas geralmente para comprovação dos fatos no âmbito civil<sup>49</sup>.

### 1.5.2.5 Defesa

Diante das características do *Civil Contempt* e do procedimento a ser seguido, temos que a parte que incorrer nessas penas certamente não o fará por acaso, já que o seu agir é que leva à sua imposição. Assim, apenas poucas defesas são oponíveis para afastar a incidência da coerção imposta<sup>50</sup>:

*i)* que a ordem é vaga e indefinida; logo, a parte não tem como saber exatamente qual ação ou omissão será apta para levar ao cumprimento do quanto determinado judicialmente;

*ii)* que a parte não obteve conhecimento do inteiro teor da ordem;

*iii)* que a prova do não cumprimento não é convincente;

---

<sup>49</sup> Assim ensina Miller, para quem “the requirement that proof be ‘beyond reasonable doubt’ is highly unusual when applied to proceedings which are not strictly criminal in nature. In such cases English courts have usually applied the civil standard, requiring proof on the balance or preponderance of probabilities, but according to a flexible scale which recognizes the gravity of the decision which is being taken. Although this lesser flexible standard has been applied in at least one subsequent English case, it is now firmly settled that the criminal standard of proof beyond reasonable doubt applies. The same position has been adopted in Canada, although in the United States of America the standard appears to depend on the primary purpose of the proceeding. Where this is coercive or remedial, as opposed to punitive, an intermediate standard of ‘clear and convincing proof’ appears to be sufficient”. MILLER, C. J. *Contempt of Court*. 3th ed. New York: Oxford University Press, 2000, p. 47.

<sup>50</sup> FLEISCHER, Jennifer. In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, Autumn 2002. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005. Disponível em [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

iv) que a obtenção do cumprimento é impossível, visto que para tanto não basta demonstrar boa-fé na tentativa de observar na prática a *injunction*, exigindo-se a prova de que, embora empregados todos os esforços possíveis e exigíveis, não foi possível observar na prática o quanto imposto pelo juiz<sup>51</sup>;

v) que, na realidade, o *Contempt* imposto não tinha características civis, configurando-se como um caso de *Criminal Contempt*. Nessas circunstâncias, o descumpridor da ordem pode exigir o afastamento da incidência da pena coercitiva, já que o procedimento adequado para a aplicação da pena punitiva (o procedimento criminal) não foi observado no caso específico.

### 1.5.3 Terceiros e condenação por *Contempt*

Terceiros, mesmo não sendo representados por advogado no processo, podem incorrer nas penas por *Contempt*, sendo dois os requisitos para tanto: o terceiro deve conhecer os termos da decisão e ter realmente auxiliado no seu descumprimento na prática.

A jurisprudência norte-americana não possui regramento claro sobre o que caracteriza o terceiro ter consciência dos termos da decisão, todavia entende-se não serem exigidas a sua intimação pessoal e a entrega de cópia da decisão para tanto. Sendo comprovado nos autos que a parte que auxiliou no descumprimento da decisão judicial conhecia seu conteúdo, não importará a forma como o terceiro obteve tal informação para que incorra nas penas por *Contempt*<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> “Impossibility of compliance is a defense to civil contempt. Defendants who violate a decree bear the burden of proving the impossibility of achieving substantial compliance. Defendants must show that, although they have failed to achieve substantial compliance, they have made every reasonable effort to do so. The court must be careful to distinguish the defense of impossibility from the argument that defendants have been diligent in their attempts to implement the decree. A good faith effort is simply no defense. Defendants must show not merely that they tried and failed, but that they have exhausted every reasonable avenue”. ANDERSON, Lloyd C. Implementation of consent decrees in structural reform litigation. *University of Illinois Law Review*, n. 725, 1986. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 20 jun. 2010.

<sup>52</sup> BORRIE, Gordon; LOWE, Nigel. *The Law of contempt*. Londres: Butterworths, 1973, p. 324.

A própria *Federal Rules of Civil Procedure*, na sua regra 65 (d) parte final, estabelece claramente que estarão vinculados às *injunctions* emitidas tanto as partes da ação como seus oficiais, agentes, serventes, empregados e advogados, bem como as pessoas diretamente relacionadas ou participantes das antes elencadas que tenham conhecimento da ordem, seja por intimação pessoal, seja por outro meio<sup>53</sup>.

O julgamento do caso *Harrington v. North London Polytechnic* deu aplicação a essa regra, estabelecendo claramente que o juízo tem o poder de requerer que empregados ou agentes de uma empresa entreguem documentos ou prestem informações que possuam em nome da empresa, mesmo não sendo elas partes do processo. Nesses casos, normalmente deve ser dada oportunidade para esses terceiros serem ouvidos antes de a ordem ser proferida; porém, uma vez emitida, ela vincula diretamente o terceiro, que incidirá nas penas por *Contempt* se não a observar<sup>54</sup>.

Também é necessário ter o cuidado de observar que a pessoa física condenada por *Contempt* não se confunde com a pessoa jurídica que ela administra, representa, de que é empregada, entre outras. Por tal razão, aqui formas de coerção individuais devem ser impostas, não podendo ser misturado o patrimônio da empresa com o patrimônio individual dos terceiros envolvidos.

Ainda podemos ter a hipótese de um terceiro “auxiliar” a parte na desobediência da ordem judicial, ou de ele próprio, com sua atitude, impedir o seu atendimento e, em decorrência deste agir, ensejar a emissão de ordem e provocar a incidência de multa ou pena de prisão por *Civil Contempt*. Tal autorização encontra respaldo no fato de a atitude do terceiro, embora não vinculado diretamente pela ordem, significar desrespeito ao juízo, já que provoca o descumprimento de uma ordem judicial.

---

<sup>53</sup> Tradução livre. No original: “(...) and is binding only upon the parties to the action, their officers, agents, servants, employees, and attorneys, and upon those persons in active concert or participation with them who receive actual notice of the order by personal service or otherwise”.

<sup>54</sup> ARLIDGE; EADY; SMITH. *On contempt*. 2th. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p. 762.

#### 1.5.4 Da limitação da prisão por *Civil Contempt*

Embora os juízes tenham poderes quase infinitos para estabelecer as penas por *Contempt*, a duração da prisão, no mais das vezes, é limitada, seja pela legislação, seja pelas circunstâncias do caso concreto, senão vejamos:

##### 1.5.4.1 Validade da decisão

Em primeiro lugar, no caso de a ordem ser declarada inválida, impõe-se a imediata soltura daquele que a descumpria. A prisão sustenta-se apenas em virtude de decisões válidas, pois é justamente o seu descumprimento que a autoriza.

##### 1.5.4.2 Legislação e tempo da prisão

Existem numerosas leis limitando o tempo da prisão por *Civil Contempt* nos Estados Unidos, no qual praticamente todos os Estados possuem legislação nesse sentido<sup>55</sup>. Exemplificando: o *Recalcitrant witness statute* prevê prazo máximo de 18 meses de prisão para aqueles que se negam a prestar depoimento perante o júri; a lei de Wisconsin limita a prisão por *Civil Contempt* a seis meses, ao passo que a lei da Califórnia entende como prazo máximo o período de um ano.

---

<sup>55</sup> *Contempt of court*: Efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – Tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: [www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf). Acesso em: 21 set. 2010.

Esse padrão também é acatado pela legislação inglesa, na qual o *Contempt of Court Act*, editado em 1981, limita o tempo máximo de prisão civil no país em dois anos, caso seja aplicada por corte superior, ou um ano, se determinada por juízo inferior.

Note-se que tais legislações impedem que a parte fique presa além desse tempo por *Civil Contempt*, todavia não bloqueiam a possibilidade de novo encarceramento por *Criminal Contempt*, devendo nesse caso apenas ser seguido o procedimento criminal adequado para a sua aplicação<sup>56</sup>, demonstrando tendência no sentido de garantir limite ao prazo da prisão determinada sem que sejam observados os procedimentos criminais.

Essa limitação, além de derivar do temor de conceder poder muito grande aos juízes, decorre do fato de a própria sociedade, em alguns casos, entender injusta a pena imposta ante as razões pessoais do condenado para se manter firme no descumprimento da ordem judicial. E, conforme refere Jennifer Fleischer, o réu ganhar a simpatia tanto do Judiciário como da comunidade em geral tende a comover a população para causas como limitar o tempo da prisão por *Contempt*<sup>57-58</sup>.

---

<sup>56</sup> BERES, Linda S. Civil contempt and the rational contemnor. *Indiana Law Journal*, n. 723, Summer 1994. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 08 mar. 2005.

<sup>57</sup> Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso Morgan, em que uma mãe se negava a revelar o paradeiro da filha, alegando que seu ex-marido, para quem a menina deveria ser entregue nos finais de semana por decisão judicial, abusava dela sexualmente. Esse caso causou comoção nacional, pois a mãe ficou presa por mais de dois anos, e acabou por ensejar a promulgação de lei no Distrito de Columbia limitando o prazo de prisão por *Civil Contempt* em casos de custódia de crianças em 18 meses. In defense of civil contempt sanctions. FLEISCHER, Jennifer. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, Autumn 2002. Disponível em [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

<sup>58</sup> "The cognizable arguments certain states have relied upon in imposing ceilings on sanctions for a civil contemnor in child custody cases that are not extended to other civil contempt defendants are weak. In detaining the child custody contemnor, there is arguably a risk that a family is being adversely affected. Such a sanction may result in a child being separated from both parents, as in the Morgan case. However, the same argument could conceivably be made in the context of the other contemnor. Surely Armstrong and Chadwick could have children who would similarly be affected by their prolonged imprisonment. One could then argue that it is harder for the child custody contemnor to comply with the court's order because of the great value placed on their acting in the interest of their child's safety. However, could one seriously contest that Chadwick greatly valued the security of his money? Although it might seem inhumane to suggest that money is as significant as the safety of a child, the fact remains that it was significant enough for Chadwick to spend nearly seven years of his life in prison to protect it". FLEISCHER, Jennifer. In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, Autumn 2002. Disponível em [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

Ainda no ponto a referência de Marcelo Lima Guerra, que assinala que essa tendência também é consequência da crescente humanização do Direito, que praticamente aboliu a prisão civil por tempo indeterminado utilizada exclusivamente como forma de coerção, embora isso fosse da tradição anglo-americana<sup>59</sup>.

Verifica-se, portanto, que há grande receio em deixar ao livre alvedrio dos juízes a definição do tempo de detenção por *Civil Contempt*, mas também existem críticas à sua limitação por lei, com o argumento de que o aprisionamento por tempo predeterminado retira grande parte de seu impacto coercitivo. Isso porque a parte sentenciada indefinidamente poderia temer por uma prisão perpétua ou de longa duração e, com isso, atender à ordem judicial de pronto, o que não ocorrerá ao saber previamente a duração da prisão e ter conhecimento de que é limitada, pois aqui o devedor tem a possibilidade de calcular o prejuízo que sofrerá ao atender ou não à decisão judicial<sup>60</sup>.

Essa força coercitiva da prisão por tempo indefinido, que garante ao juiz flexibilidade para delimitar seus contornos diante do caso concreto, segundo Jennifer Fleischer, é extremamente importante, já que o propósito da imposição das penas por *Civil Contempt* não é punir, mas, sim, extrair da parte certa informação, um fazer ou não fazer. E sem uma ameaça forte, a coerção provavelmente se mostrará não efetiva<sup>61</sup>.

Ademais, outro argumento utilizado em favor do uso da prisão por tempo indeterminado é que não existe obrigação de o juízo deixar a parte na prisão indefinidamente. Uma vez verificado na prática que a coerção não atingirá seu

---

<sup>59</sup> *Contempt of court*: Efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – Tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: [www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf). Acesso em: 21 set. 2010.

<sup>60</sup> FLEISCHER, Jennifer. In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, Autumn 2002. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

<sup>61</sup> In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, Autumn 2002. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.



fim, pode o juízo libertar o preso, tendo ele cumprido ou não integralmente o tempo de prisão a que foi condenado com o objetivo de coagi-lo.

Além disso, necessário anotar que para se livrar da pena a parte deve apenas atender ao decreto do juiz; logo, a opção de se manter preso é exclusivamente daquele que a está cumprindo. E para manter a efetividade das decisões judiciais, é necessário preservar sempre o respeito pelas cortes e pela sua autoridade<sup>62</sup>.

#### **1.5.4.3 Da efetiva possibilidade de cumprimento**

Temos ainda que, dadas as características da prisão por *Civil Contempt*, que, como repetido exhaustivamente, tem por objetivo coagir o devedor, não poderá ser aplicada, ou não poderá ter sua duração continuada, àqueles que comprovadamente sejam inaptos a cumprir a ordem judicial. A ameaça da pena, ou a efetiva prisão, deve cessar se não se mostrar suficiente para levar à execução da decisão emanada.

Também deverá, necessariamente, estar vinculada a um caso submetido à apreciação judicial; assim, o encarceramento estará limitado ao tempo em que a ação que deu origem à sua determinação estiver em curso, de modo que, terminado o processo, não há mais coerção a ser produzida<sup>63</sup>.

E pessoas “incoercíveis”, em princípio, não poderiam ser mantidas na prisão, pois o encarceramento não teria o condão de provocar a observância da ordem judicial. Assim, se aquele que se nega a acatar o decreto judicial acredita que tem mais a perder obedecendo do que cumprindo a pena, não será coagido pela ameaça de sua incidência. Isso ocorre especialmente em casos envolvendo convicções religiosas, problemas familiares, ou ainda onde exista

---

<sup>62</sup> In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, Autumn 2002. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

<sup>63</sup> In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, Autumn 2002. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

receio de sofrer retaliações se testemunhar ou agir de má-fé, como, por exemplo, um jornalista se negar a revelar sua fonte.

Nesse diapasão, conforme relata Linda S. Beres, alguns julgados abarcam o entendimento de que, se um indivíduo se mostra incoercível, o *Civil Contempt* será inaplicável, já que se tem conhecimento prévio de que a tentativa de coerção não funcionará na prática. Isso porque a única justificativa que autoriza a aplicação de pena de prisão por *Civil Contempt*, com poucas garantias procedimentais para tanto, é o fato de apresentar caráter eminentemente coercitivo, não punitivo.

Logo, no caso de o desobediente não demonstrar a mínima intenção de acatar o comando judicial, a prisão não terá efeito coercitivo e a sanção assumirá caráter de pena criminal. Defende-se que, nesse caso, o “descumpridor” pode, sim, ser preso por desrespeito à ordem emanada, todavia apenas o poderá por *Criminal Contempt*, quando são observadas todas as proteções procedimentais próprias das sanções criminais<sup>64</sup>.

A doutrina embasada nessa ideia é denominada de “não existência real de possibilidade de cumprimento” (NRPC = *no realistic possibility of compliance*). É estruturada sobre argumentos lógicos, mas parte de uma premissa difícil de ser comprovada de forma clara na prática: a de que o juiz sabe quem será ou não coagido pela ameaça de prisão, ou pelo seu cumprimento. Isso ocorre porque, para a NRPC, se o juiz tem conhecimento de que a parte não observará a ordem a ser emitida, está proibido de utilizar *Civil Contempt* para alcançar sua observância. Ademais, deveria o juiz, uma vez estando o devedor cumprindo pena por *Civil Contempt*, revisar periodicamente os casos a fim de verificar se, após algum tempo encarcerados, ainda haveria possibilidade de se obter o cumprimento da decisão; caso não mais exista, a parte deveria ser posta imediatamente em liberdade.

---

<sup>64</sup> Civil contempt and the rational contemnor. *Indiana Law Journal*, n. 723, Summer 1994. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 08 mar. 2005.

A NRPC, ainda de acordo com o magistério de Linda S. Beres, sempre foi alvo de críticas dos juízes, em virtude de sua natureza especulativa, pela óbvia dificuldade prática de se estabelecer quando a parte realmente será incoercível. E também porque sua aplicação sistêmica “auxilia” aquele que desafia o cumprimento das ordens judiciais, pois quanto mais desrespeitoso e menos tendente a observar os comandos da decisão emanada se mostrar o devedor, maiores serão as chances de se livrar solto, com o que se incentivam a resistência e a desobediência às decisões judiciais.

Impende ainda referir que o juiz possui discricionariedade para desenhar e impor penas por *Civil Contempt*. Logo, nada impede que, se em determinado caso entender que a prisão não causará efeito, liberte aquele que se nega a descumprir a ordem judicial. Todavia, o que não se quer (e o que se entende majoritariamente hoje nos Estados Unidos) é que o juiz seja obrigado a libertar, mesmo havendo dúvidas quanto ao fato de a prisão coagir ou não o devedor ao cumprimento, no caso de ainda poder a parte obter sua liberdade pelo cumprimento da ordem exarada<sup>65</sup>.

Diante dos dados coligados, nota-se que o juiz dispor da possibilidade de determinar o tempo de pena, bem como ter liberdade para impô-la sempre que sentir ser adequado para o alcance da resolução do problema *sub judice*, contribui para que a coerção provocada pela ameaça de prisão seja potencializada. Assim, incentiva-se a obediência às decisões judiciais, que é justamente o que se espera da aplicação do instituto em estudo.

### **1.5.5 Da limitação do valor da multa por *Civil Contempt***

Assim como a duração da pena de prisão é, no mais das vezes, limitada e não pode ser mantida indefinidamente, a pena de multa não pode ser quantificada ao alvedrio do juiz, devendo ser seguidos critérios para tanto. Para a

---

<sup>65</sup> BERES, Linda S. Civil contempt and the rational contemnor. *Indiana Law Journal*, n. 723, Summer 1994. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 08 mar. 2005.

determinação do valor da multa a ser aplicada, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *United States v. United Mine Workers*, estabeleceu três critérios a serem considerados pelos juízes:

- i) o caráter e a magnitude do prejuízo a ser causado pela negativa de cumprimento da ordem judicial;
- ii) a provável efetividade da sanção utilizada para se obter o resultado desejado;
- iii) os recursos financeiros do réu e as sérias consequências que a multa pode trazer àquele réu em particular<sup>66</sup>.

Dessa forma, para não ser considerada abusiva a aplicação da multa, é imprescindível que o juiz considere os três critérios estabelecidos pela Suprema Corte para a quantificação do seu valor.

Importante anotar que a lei inglesa prevê que a pena máxima a ser aplicada pelos juízos inferiores será o correspondente a 2.500 libras (seção 16 do *Contempt of Court Act 1981*), mas em teoria não existe limitação para o valor da pena imposta pelas cortes superiores<sup>67</sup>.

### **1.5.6 *Civil Contempt* e seu uso abusivo**

O *Civil Contempt* representa um instrumento fortíssimo para se obter a sujeição das partes ao quanto determinado por juízes ingleses e norte-americanos, e é utilizado sempre para que tal fim seja alcançado na prática, havendo apenas cuidado no sentido de evitar seu uso abusivo.

---

<sup>66</sup> CORDRAY, Margaret Meriwether. Contempt sanctions and the excessive fines clause. *North Carolina Law Review*, n. 407, Jan. 1998. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 mar. 2005.

<sup>67</sup> MILLER, C. J. *Contempt of Court*. 3th ed. New York: Oxford, 2000, p. 690.

Isso em virtude da gravidade das penas que podem ser impostas e do fato de sua aplicação ser atípica, já que ao fazê-lo o juiz agrega as funções legislativas, executivas e judiciais num único ato, pois determina uma regra legal, acompanha o seu cumprimento e impõe sanções pela sua violação, além de determinar se o violador é culpado ou inocente.

De acordo com Margit Livingston, essa afronta ao princípio da separação de poderes encontra justificativa na história e na necessidade, pois o sistema judiciário não sobreviveria como instituição efetiva se não pudesse punir o desrespeito às suas ordens, e historicamente a aplicação das penas por *Contempt* nunca foi vista como crime ordinário, mas, sim, diferenciado, o que justifica a imposição de prisão sem a observância do adequado procedimento criminal para tanto<sup>68</sup>.

Entretanto, a possibilidade de sua aplicação não afasta a preocupação geral no sentido de evitar o seu uso abusivo<sup>69</sup>. Por ser o *Civil Contempt* uma arma poderosa, seu emprego pode corresponder a um mal ao réu maior do que o benefício que trará ao autor; por essa razão, em casos de não observância de decisão judicial, deverá o juiz analisar se outras técnicas menos intrusivas podem ser utilizadas primeiro, como tentar deixar mais claro o conteúdo da

---

<sup>68</sup> Disobediente and contempt. *Washington Law Review*, n. 345, Apr. 2000. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 09 mar. 2005. Margaret Meriwether Cordray chama a atenção para o mesmo fato, afirmando que “contempt fines, especially those imposed to coerce compliance with court orders, are a judicial tool that is peculiarly subject to abuse. Contempt law is unique in that it allows the judge to perform not only the traditional judicial function, but also legislative and executive functions. In contempt cases, judges thus enjoy an unparalleled concentration of power: judges define the offense, initiate the prosecution, and determine the sanction. And because defendants are entitled to a jury trial only in criminal contempt cases, the contempt power is even more sweeping in coercive civil contempt cases, in which the offended judge also serves as the factfinder and adjudicator”. Contempt sanctions and the excessive fines clause. *North Carolina Law Review*, n. 407, Jan. 1998. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 mar. 2005.

<sup>69</sup> A preocupação com o abuso do poder de *Contempt* é uma constant, conforme refere Margaret Meriwether Cordray, senão vejamos: “Because the judge has such a significant personal stake in vindicating his or her own authority – either through sanctions for past disobedience, or through sanctions designed to bend the recalcitrant defendant to the judge’s will – the potential for abuse of this vast power is dangerously high. And there is, at present, no meaningful restriction on a judge’s ability to abuse the coercive contempt power. Indeed, the Supreme Court has acknowledged that federal and state judges have understood themselves to have “relatively unlimited judicial power” to impose coercive contempt fines, and the appellate courts have done little to contradict that view”. Contempt sanctions and the excessive fines clause. *North Carolina Law Review*, n. 407, Jan. 1998. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 mar. 2005.

própria decisão descumprida, visto que as técnicas englobadas no conceito de *Civil Contempt*, embora em teoria sejam não punitivas, na prática podem prejudicar severamente o réu<sup>70</sup>.

Apesar de todas essas considerações e preocupações da doutrina com o seu uso abusivo na prática, representada pela profusão de leis limitando o tempo de prisão a título de *Civil Contempt*, não se cogita o sistema judiciário norte-americano sem o seu uso, seja em seu aspecto civil, seja no criminal. Ele é considerado inerente e necessário para garantir o adequado funcionamento da Justiça e extremamente efetivo no alcance desse desiderato.

---

<sup>70</sup> SCHOENBROD, David et al. *Remedies: public and private*. 3th ed. St. Paul: West Group, 2002, p. 287.

## 2 INTERVENÇÃO JUDICIAL

### 2.1 O caso *Brown v. Board of Education*

Como referido na introdução do presente trabalho, o direito norte-americano há décadas aplica formas as mais variadas para garantir o atendimento de decisões judiciais, sobretudo as que não se limitam a impor o pagamento de uma soma em dinheiro ao autor para que o seu direito reste atendido, mas, sim, que exijam a realização de determinadas atividades ou a abstenção do obrigado para atingir esse escopo.

Naquele país a preocupação com o cumprimento específico intensificou-se principalmente após a propositura de processos que visavam afastar violação a direitos constitucionalmente garantidos, como não sofrer discriminação, respeitar a dignidade humana de presos e doentes mentais internados em instituições destinadas ao seu cuidado, receber moradia adequada, entre outros, que não seria devidamente compensada com o pagamento de indenização por perdas e danos, exigindo-se o seu cumprimento específico.

Nessa perspectiva, e também visando sempre ao atendimento das deliberações judiciais como forma de garantir a dignidade da Justiça e o respeito ao próprio Poder Judiciário, desenvolveu-se um sistema específico tanto para pressionar o devedor a cumprir a obrigação pessoalmente como para puni-lo caso não o faça; da mesma forma, buscou-se solução para afastar a violação ao direito na prática quando o devedor se recusava a cumpri-la pessoalmente, a despeito da efetiva aplicação desses mecanismos.

Todo esse movimento teve início com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, *leading case* das chamadas “ações estruturais”, cujo estudo se faz necessário nesta tese em decorrência de sua grande repercussão, sobretudo, nas seguintes áreas: *i)* na forma de julgar dos tribunais americanos; *ii)* na alteração de paradigmas da sociedade como um todo; *iii)* na aplicação de

meios executórios inovadores para dar cumprimento a valores garantidos constitucionalmente, mas não cumpridos tanto pelos governantes em geral como pela própria população, inaugurando a época de vasta utilização dos auxiliares do juízo e, por consequência, da intervenção judicial, especialmente no campo da elaboração de políticas públicas e de reestruturação de instituições públicas.

### **2.1.1 Momento histórico em que *Brown v. Board of Education* foi julgado**

A 14<sup>a</sup> Emenda à Constituição norte-americana garante, desde 1868, que todos os nascidos ou naturalizados nos Estados Unidos possuem direitos iguais, incluindo o direito ao devido processo legal e proteção igualitária das leis. Essa emenda, juntamente com a 13<sup>a</sup> e a 15<sup>a</sup>, foi editada justamente para afastar qualquer resíduo de escravidão que ainda pudesse existir nos Estados Unidos, e para proteger os direitos dos cidadãos americanos negros.

Ocorre que, embora tal regra estivesse expressa na Constituição norte-americana desde 1868, prevaleceu por muito tempo nos Estados Unidos a doutrina denominada *separate but equal*, a qual defendia que o simples fato de segregar, ou seja, de impedir que negros frequentassem determinados lugares aos quais teriam acesso exclusivamente pessoas brancas, não atingia o direito de igualdade, desde que todos possuíssem acesso a serviços públicos de mesma qualidade.

Essa doutrina foi reconhecida legítima pelo Judiciário em 1896, quando a Suprema Corte julgou o caso *Plessy v. Ferguson*, quando se firmou o entendimento de que o transporte público que reservasse parte dos assentos para uso exclusivo dos brancos e outros onde apenas negros pudessem se sentar era constitucional, não representando essa segregação quebra dos direitos civis nem desrespeito à 14<sup>a</sup> emenda.



Esse entendimento foi utilizado como precedente para o julgamento de questões semelhantes por muito tempo, pelo que se entendia constitucional, por exemplo, proibir a matrícula de uma criança em determinada escola exclusivamente por ser branca ou negra, se a ela fosse franqueado o acesso a outra que provesse a mesma qualidade de ensino, entre tantos outros serviços públicos que passaram a ser segregados com a chancela jurisdicional. Na prática, temos que a segregação se expandiu a praticamente todos os serviços públicos, principalmente nos estados do sul do país, onde as pessoas eram separadas por raça nas escolas, restaurantes, banheiros, transporte público, entre outros, e perdurou por muito tempo.

Ademais, a tão propagada igualdade entre os americanos sofria constantemente outro baque: os negros eram submetidos a julgamento nos tribunais sem que efetivamente lhes fosse garantido tratamento igualitário, visto que os júris eram formados exclusivamente por pessoas de pele branca, ou seja, nunca eram julgados por seus iguais, mas, sim, por aqueles que os discriminavam, entendendo-os diferentes e inferiores exclusivamente em decorrência de sua cor. Tal fato provocou a condenação injusta de inúmeros negros e passou a incomodar tal parcela da população, incômodo esse muito maior do que o fato de viverem segregados.

Diante de tal situação, em 1909 foi organizada a Associação Nacional de Defesa de Pessoas Negras (National Association for the Advancement of Colored People - NAACP), inaugurando nova era na defesa do direito à igualdade racial, cujos principais objetivos, inicialmente, eram eliminar os linchamentos aos negros<sup>71</sup> e obter julgamentos justos para os seus pares.

A partir de 1930 a comunidade passou a dar os primeiros passos para ir além de simplesmente garantir julgamentos de acordo com a Constituição para os negros, sinalizando também seu desconforto com o efetivo não cumprimento das normas e valores constitucionais decorrentes da segregação, que

---

<sup>71</sup> A *Constitutional Rights Foundation* noticia que, entre 1882 e 1968, 4.743 pessoas foram linchadas nos Estados Unidos, sendo mais de 70% negros. Disponível em: <[www.crf-usa.org/brown50th](http://www.crf-usa.org/brown50th)>. Acesso em: 01 out. 2007.

claramente não atendia ao princípio de que todos são iguais perante a lei, ainda que tivessem à sua disposição serviços de mesma qualidade, porém separados<sup>72</sup>.

Impende anotar que não foi por acaso que esse movimento aconteceu nessa época. Conforme refere Michael J. Klarman<sup>73</sup>, ocorreu nos Estados Unidos após a Segunda Guerra uma grande migração de negros para as cidades do norte do país, o que provocou o alcance de maior poder político por eles. Além disso, se podiam morrer pela pátria, também deveriam poder usufruir o que a pátria dava aos seus cidadãos. Ademais, havia uma ideologia democrática vívida no país decorrente da guerra, uma grande militância negra como resultado da guerra, maiores níveis educacionais tanto de brancos como de negros e também o aumento da urbanização e industrialização do sul do país. Todos esses fatores contribuíram, em maior ou menor grau, para uma maior conscientização sobre a inadequação da segregação racial legalmente imposta<sup>74</sup>.

Nessa época, utilizando-nos mais uma vez das referências de Michael J. Klarman, ocorreu a dessegregação da liga americana de *baseball* (1947), do serviço federal civil e militar (1948), e o primeiro negro ganhou o Prêmio Nobel da Paz (Ralph Bunche, em 1950). Também passaram a ocorrer muitas alterações inclusive nos estados do sul, onde a polícia contratou os primeiros policiais negros, aumentou o número de negros votantes, bem como a participação de negros em júris nos tribunais, garantindo julgamentos mais

---

<sup>72</sup> Ademais, importante ressaltar que raramente os serviços prestados exclusivamente aos negros eram de igual qualidade que os recebidos pelos brancos. Em regra, a educação, o transporte, os banheiros destinados aos negros, entre outros, eram visivelmente inferiores.

<sup>73</sup> Informações retiradas de entrevista dada em 18.04.2005 por esse professor de História da Universidade da Virgínia para Bonnie Goodmann. Disponível em: <<http://hnn.us/articles/11371.html>>. Acesso em: 04 out. 2007.

<sup>74</sup> O mesmo professor Michael Klarman, em artigo publicado no *New York Times* de 17.05.2004, chama a atenção para o fato de que “although the origins of the civil rights movement are complex, the search for a catalyst goes back at least as far as World War II. The ideology of the war was antifascist and prodemocratic. In 1942, for example, The New York Times urges America to end racial discrimination in order to avoid “the sinister hypocrisy of fighting abroad for what it is not willing to accept at home”.

justos<sup>75</sup>, fatos que sinalizaram mudanças na prática, afastando o racismo legalizado.

Diante dessa nova realidade, observa-se que na década de 1940 havia certo consenso entre a população sobre a necessidade de mudanças, principalmente no seio do meio intelectual, que abrigava professores, comentaristas, jornalistas e advogados, os quais viam na segregação clara violação à 14<sup>a</sup> emenda e passaram a exigir ações agressivas para pôr fim a essa. Todavia, como chama a atenção Myrian Gilles, esse movimento não era majoritário, visto que razoável parcela da população ainda considerava adequadas as leis que impunham a segregação, não procurando formas para erradicá-las<sup>76</sup>.

E no início da década de 1950 a NAACP passou a buscar uma sociedade integrada, sem separações. Sua principal estratégia para alterar essa situação, num primeiro momento, foi forçar a admissão de estudantes negros em universidades, pois estabelecer meios para perpetuar o “separado mas igual” seria difícil nesse campo, dado que muitos investimentos seriam necessários para construir novos banheiros, novas salas de aula, novos alojamentos apenas para abrigar exclusivamente estudantes negros que passariam a frequentar tais instituições<sup>77</sup>.

Logo após, passou-se a buscar garantir o fim da segregação e tratamento efetivamente igualitário entre brancos e negros também nas escolas primárias. Para tanto, propuseram-se cinco diferentes ações atacando sempre a doutrina do separado mas igual, em cinco lugares diferentes, todos com alto nível de separação e cujas escolas destinadas aos negros possuíam nível mais baixo de qualidade de ensino que as destinadas aos brancos (Kansas, Carolina do

---

<sup>75</sup> Brown v. Board 50 years later. Disponível em: <[www.neh.gov/news/humanities/2004-03/brown.html](http://www.neh.gov/news/humanities/2004-03/brown.html)>. Acesso em: 23 nov. 2007.

<sup>76</sup> Fiss way: the scholarship of Owen Fiss. III. The judicial power: na autopsy of the structural reform Injunction: Oops... It's still moving! *Miami University Law Review*, n. 143, Oct. 2003. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 01 abr. 2005.

<sup>77</sup> Ver: Teaching with documents: documents related to Brown v. Board of Education. Disponível em: <[www.archives.gov/education/lessons/brown-v-board/index.html](http://www.archives.gov/education/lessons/brown-v-board/index.html)>. Acesso em: 5 out. 2007.

Sul, Virgínia, Distrito de Columbia e Delaware), visto que tal separação acabava perpetuando as diferenças.

Ademais, alegou-se nesses cinco casos o fato de a segregação contrariar os ditames da 14ª emenda, que garante proteção igualitária para todos os cidadãos americanos desde 1868.

Note-se que o pedido dessas ações não era de concessão de indenização em decorrência de discriminação, mas, sim, de tomada de iniciativas tendentes a erradicar o mal que atacavam. Buscavam impedir a proibição de escolas que aceitassem matrículas de certas crianças e as negassem a outras exclusivamente em decorrência de sua cor de pele. Assim, em virtude de as violações alegadas não poderem ser corrigidas por meio de penas monetárias, buscavam obter decisão judicial que efetivamente reformasse as instituições envolvidas nos processos, a fim de fazê-las cumprir o quanto garantido constitucionalmente<sup>78</sup>.

### 2.1.2 O Caso

*Brown v. Board of Education* foi proposto em 1951, sendo um dos cinco casos dirigidos pela Associação Nacional de Defesa de Pessoas Negras (NAACP) e propostos por crianças de cor prejudicadas pelo sistema separatista, com o fim de eliminar a segregação nas escolas ensejada por práticas políticas e decorrentes da legislação em vigor.

O processo foi encaminhado por 13 pais (mobilizados pela NAACP<sup>79</sup>) de vinte crianças que estudavam no sistema de ensino segregado da cidade de Topeka (Kansas) contra o distrito estudantil, a fim de reverter a política de segregação

---

<sup>78</sup> GILLES, Myrian. Fiss way: the scholarship of Owen Fiss: III. The judicial power: na autopsy of the structural reform Injunction: Oops... It's still moving! *Miami University Law Review*, n. 143, Oct. 2003. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 1 abr. 2005.

<sup>79</sup> Vale observar que os cinco casos eram patrocinados pela associação, mas que apenas um deles tinha origem em protestos dos próprios alunos.

racial praticada naquela localidade, pois nele desde 1879 a lei permitia escolas que admitissem alunos exclusivamente pela sua raça, formando escolas frequentadas apenas por brancos e outras somente por negros.

Os defensores do fim da segregação entre brancos e negros apontaram como argumento para afastar a segregação os prejuízos advindos dessa prática, como gerar sentimento de inferioridade nas crianças e impedir que os alunos, em inúmeros casos, tivessem acesso à escola mais perto de sua casa. A menina Linda Brown (que dá nome ao caso), por exemplo, precisava andar seis quarteirões para chegar ao ponto de ônibus apto a levá-la à sua escola para negros, enquanto morava a apenas sete quarteirões de uma escola de brancos onde não podia estudar, apesar de mais perto de sua residência, simplesmente por ser negra<sup>80</sup>. Ademais, alegavam que a doutrina do separado mas igual não poderia ser aplicada nos casos *sub judice*, visto que a educação proporcionada pelas escolas negras não alcançava nível semelhante àquele ofertado pelas escolas frequentadas por brancos.

Os distritos escolares, por sua vez, requeriam a aplicação do precedente anteriormente julgado pela Suprema Corte (*Plessy v. Ferguson*, de 1896), que reconhecia a constitucionalidade do sistema dual já instituído, bem como o reconhecimento da importância de o Estado estar no controle da educação infantil, alegando que este não poderia ser transferido e realizado pelo Judiciário.

O caso foi julgado improcedente em primeira e segunda instância, sob o argumento de que o anterior precedente da Suprema Corte afastava a possibilidade de sua análise, no qual se reconheceu que segregar não constituía violação ao conteúdo da 14<sup>a</sup> emenda. Isso porque as crianças negras contavam com escolas a sua disposição, sendo-lhes garantido o direito

---

<sup>80</sup> Dados obtidos em <[www.en.wikipedia.org/wiki/brown\\_v.\\_Board\\_of\\_Education](http://www.en.wikipedia.org/wiki/brown_v._Board_of_Education)>. Acesso em: 4 out. 2007.

à educação, embora não tivessem livre acesso a quaisquer escolas da rede pública, mas apenas àquelas onde alunos negros eram admitidos<sup>81</sup>.

Entretanto, a Suprema Corte, em 1952, decidiu examinar o caso *Brown v. Board of Education*, bem como outros quatro processos que tratavam do mesmo assunto (fim da segregação em escola básica, mas em outros estados da federação) de forma mais atenta e conjunta, a fim de reapreciar as questões abordadas. A decisão desse caso, conforme aponta Michael J. Klarman<sup>82</sup>, foi extremamente difícil de ser tomada na época pelos ministros integrantes da Suprema Corte, os quais ficaram divididos entre a sua opinião legal sobre o assunto e sua opinião pessoal, sendo um grande desafio conciliar os argumentos legais com suas próprias convicções.

De fato, legalmente entendiam, em sua maioria, que deveria prevalecer o precedente anterior sobre o mesmo caso, que afirmava ser a segregação constitucional, pois tal entendimento não poderia ser afastado com uma interpretação literal do texto da Constituição, e a interpretação anterior e o precedente apontavam para a correção dessa construção hermenêutica. Todavia, também não podiam olvidar que, na prática, aquela situação era claramente desigual, não havendo como perpetuá-la apenas com a invocação de aplicação de precedente antigo e do fato de a Constituição não proibir expressamente a segregação.

Michael J. Klarman cita manifestação do ministro Frankfurter na época do julgamento exatamente nesse sentido:

Embora passionalmente qualquer de nós possa abraçar visões igualitárias, embora ferozmente qualquer de nós pode acreditar que a política de segregação como expressão da convicção tenaz dos Estados do Sul é injusta e míope, o julgador foge de sua autoridade

---

<sup>81</sup> Refere David Pitts que, embora a decisão tenha sido desfavorável em virtude da existência do precedente do caso *Plessy v. Ferguson*, aplicável ao caso, os juízes consignaram em sua decisão a concordância com o fato de que a segregação de crianças nas escolas por raça era claramente prejudicial para as crianças negras. *Brown contra a secretaria de educação (Brown v. Board of education): a decisão da Suprema Corte que transformou um país*. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/ittdhr/0999/ijdp/pitts.htm>>. Acesso em: 29 nov.07.

<sup>82</sup> *Brown v. Board 50 years later*. Disponível em: <[www.neh.gov/news/humanities/2004-03/brown.html](http://www.neh.gov/news/humanities/2004-03/brown.html)>. Acesso em: 23 nov. 2007.

judicial se declarar inconstitucional tal política unicamente em virtude dessa razão privada<sup>83</sup>.

Também o ministro Jackson, que havia sido afastado da Suprema Corte em 1945-1946 para acompanhar os julgamentos de nazistas em Nuremberg, escreveu em carta a um amigo (trecho também citado no mesmo artigo de Michael J. Klarman): “Nós temos visto as terríveis conseqüências do ódio racial na Alemanha. Nós não podemos ter simpatia por conceitos raciais que sublinham as políticas de segregação”<sup>84</sup>. Assim, Jackson tinha como opinião pessoal a necessidade de se afastar qualquer forma de racismo, porém da mesma forma mantinha a preocupação de separá-la da interpretação que deveria ser dada à lei, senão vejamos:

o leigo e o advogado devem se preocupar em explicar como é possível que a Constituição nessa manhã proíba o que por três quartos de século foi aceito. Todos devem especular como podemos justificar essa reviravolta de significados sem que tenha havido alteração da legislação, mas apenas interpretando o Direito pré-existente<sup>85</sup>.

Apesar de tais preocupações, o caso foi julgado na Suprema Corte em 17 de maio de 1954, quando se reconheceu que a segregação em escolas decorrente de políticas públicas tendentes à perpetuação dessa situação era inconstitucional, por violar a 14<sup>a</sup> emenda da Constituição norte-americana. Os principais argumentos utilizados para tanto foram que escolas separadas para brancos e negros são inerentemente desiguais, mesmo que tanto crianças brancas como negras tivessem acesso a escolas de mesma qualidade, pois

---

<sup>83</sup> Tradução livre. No original: “However passionately any of us may hold egalitarian views, however fiercely any of us may believe that such a policy of segregation as undoubtedly expresses the tenacious conviction of Southern States is both unjust and shortsighted, he travels outside his judicial authority if for this private reason alone he declares unconstitutional the policy of segregation. However passionately any of us may hold egalitarian views, however fiercely any of us may believe that such a policy of segregation as undoubtedly expresses the tenacious conviction of Southern States is both unjust and shortsighted, he travels outside his judicial authority if for this private reason alone he declares unconstitutional the policy of segregation”. *Brown v. Board 50 years later*. Disponível em: <[www.neh.gov/news/humanities/2004-03/brown.html](http://www.neh.gov/news/humanities/2004-03/brown.html)>. Acesso em: 23 nov. 2007.

<sup>84</sup> Tradução livre. No original: “you and I have seen the terrible consequences of racial hatred in Germany. We can have no sympathy with racial conceits which underlie segregation policies”.

<sup>85</sup> Tradução livre. No original: “Layman as well as lawyer must query how it is that the Constitution this morning forbids what for threequarters of a century it has tolerated of approved. He must further speculate as to how we can justify this reversal of its meaning by the branch of the Government supposed not to make new law but only to declare existing law”.

separá-las dos outros de idade e qualificação similar somente em virtude de sua raça gera um sentimento de inferioridade inclusive em seu status na comunidade que pode afetar seus corações e mentes de forma que não poderá nunca ser remediada<sup>86</sup>.

Além disso, entendeu-se não ser aplicável ao caso o precedente invocado, visto que as escolas deveriam ser vistas na ótica da época segundo a qual aquele caso estava sendo julgado, e não de acordo com o que ocorria em 1896, quando *Pressy v. Ferguson* fora submetido à apreciação da Suprema Corte. Na época do primeiro julgamento a realidade educacional do país era muito diversa da que tinha tido lugar em 1950, quando a educação dos negros praticamente não existia e a dos brancos era basicamente privada, não um serviço prestado majoritariamente pelo Estado.

Assim, tal decisão é tida como marco primeiro porque alterou precedente anterior, proferido cerca de sessenta anos antes pela própria Suprema Corte, quando se entendeu que a separação por raça não afastava o reconhecimento da sua igualdade, ou seja, o chamado *separate but equal precedent*, e por reconhecer o direito de igualdade entre brancos e negros efetivamente, dando cumprimento a este valor garantido constitucionalmente.

Também porque nesse julgamento restou consignado que as escolas exerceriam um importante papel no sentido de pôr fim à segregação racial e que os tribunais estariam em condições de acompanhar a criação, bem como o desenvolvimento das políticas tendentes a pôr em prática a decisão proferida. Ademais, tais tribunais deveriam ter em conta os princípios da equidade para desenvolver a forma como dar cumprimento às decisões. É essa posição que importa realmente para a nossa tese, visto que inaugura fase de ativismo judicial do Judiciário norte-americano, que foi reconhecido como o órgão apto para realinhar o sistema educacional dual.

---

<sup>86</sup> Voto do Ministro-Presidente da Suprema Corte americana Earn Warren no julgamento do caso *Brown v. Board of Education*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts>>. Acesso em: 4 out. 2007. Tradução livre. No original: "to separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone"



Entretanto, como chamam a atenção Felicita S. Torres e Carter M. Stewart, o cumprimento de tais decisões deu-se de forma muito lenta, já que o progresso da dessegregação das escolas nos Estados Unidos foi mínimo entre 1954 e 1964, com quase nenhuma mudança sendo percebida no início<sup>87</sup>.

### 2.1.3. Repercussões

*Brown v. Board of Education* foi o primeiro caso em que a Suprema Corte deu vigência a valores constitucionais não atendidos adequadamente pelas políticas públicas adotadas pelos governantes. Inaugurou uma era de ações em que o ativismo judicial aparece, especialmente o ativismo da Suprema Corte, influenciando diretamente a vida dos americanos.

Não por acaso serviu de precedente para a concessão de *injunctions* para se obter o cumprimento das garantias constitucionais em inúmeros outros processos judiciais<sup>88</sup>, em praticamente todas as áreas nas quais os serviços públicos eram deficientes e/ou contrários à Constituição vigente, justificando a atuação do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas e na forma de administração dos recursos públicos, a fim de dar cumprimento às *injunctions* deferidas nesses feitos.

Teve ainda fundamental importância no sentido de guiar políticas públicas em geral tomadas a partir dessa decisão, que não poderiam mais considerar a possibilidade de racismo legalizado, de seguir a antiga doutrina do “separado mas igual”, que vigia até o momento da decisão dada em *Brown*.

Ainda em decorrência da decisão tomada em *Brown* e dos graves manifestos que gerou nos estados sulistas, em que brancos racistas radicais passaram a

---

<sup>87</sup> STEWART, Carter M.; TORRES, S. Felicita. Recent developments: Limiting Federal Court Power to impose school desegregation remedies – *Missouri v. Jenkins*, 115 S. CT. 2038 (1995). *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, n. 241, Winter 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 12 mar. 2005.

<sup>88</sup> Ver, por exemplo, os casos *Swann v. Charlotte-mecklenburg Board of Education*, *Milliken v. Bradley*, *Hills v. Gautreaux*, *Missouri v. Jenkins*.

linchar e matar negros sistematicamente, apavorando inclusive a população branca de outros estados da federação<sup>89</sup>, o Congresso Norte-americano editou o denominado *Civil Rights Act* em 1964, que delineou premissas básicas a serem seguidas nas escolas para atingir a igualdade de raças nos bancos escolares, bem como regrou genericamente como deveria se dar o respeito aos direitos civis. Tal fato, por si só, demonstra a importância do caso, já que desencadeou reações na população e provocou ampla discussão sobre a necessidade de proteção dos direitos humanos em geral<sup>90</sup>.

Por todas essas razões, a decisão tomada no caso em análise pela Suprema Corte norte-americana é tida como uma das mais importantes do século XX, sobretudo por ter reconhecido e expandido os direitos civis dos negros, garantindo-lhes igualdade.

Todavia, a simples tomada de decisão positiva em *Brown* não foi apta para erradicar o racismo nos Estados Unidos, bem como outros problemas que acarretam segregação, como a falta de emprego, de boa educação, de renda. No entanto, esse julgamento foi crucial para, ao menos, afastar da legislação a segregação racial, trazer à tona a análise da questão e, até hoje, mais de cinquenta anos após a sua decisão, provocar discussão sobre o assunto.

Barbosa Moreira refere haver opiniões no sentido de que *Brown* mais prejudicou do que ajudou a proteger os direitos civis nos Estados Unidos, por ter havido ingerência do Poder Judiciário em seara essencialmente política, sem dispor de recursos necessários para melhorar a situação existente até o momento em que tal decisão foi proferida. Contudo, as comemorações ocorridas pelos cinquenta anos dessa decisão sugerem justamente o contrário, reconhecendo sua importância<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> KLARMAN, Michael J. Klarman. *Why Brown had such an impact*. Disponível em: <<http://hnn.us/articles/4506.html>>. Acesso em: 29 nov. 2007.

<sup>90</sup> LEVY, Jared A. Blinking at reality: the implications of Justice Clarence Thomas' influential approach to race and education. *Boston University Law Review*, n. 575, Apr. 1998. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 19 mar. 2005.

<sup>91</sup> O poder da Suprema Corte norte-americana e suas limitações. *Revista de Processo*, São Paulo, n.155, p. 122-124, jan. 2008. No mesmo sentido o magistério de Scott D. Gerber, que afirma que "two views of Brown have emerged in recent years. The first is the "traditional" view of Brown as one of the two or three most important cases in American history. According to this

#### 2.1.4 *Brown v. Board of Education* na prática

É importante referir que a decisão unânime tomada em *Brown* reconheceu o direito das crianças negras de receber educação igual à concedida às crianças de outras raças e impediu a não aceitação de matrícula em virtude exclusivamente da cor da pele. Contudo, a decisão não fixou a forma como tal objetivo seria atingido.

Apenas praticamente um ano depois, com o julgamento de outra ação, denominada *Brown II*, restou determinado que os tribunais regionais dispõem de amplos poderes de *equity* para alcançar o desiderato de afastar a segregação das escolas na prática, desenvolvendo e impondo políticas públicas para tanto e dispondo de recursos financeiros para tal.

Por isso, temos que o caso *Brown v. Board of Education*, conforme rapidamente referido, serviu de marco para se reconhecer o ativismo judicial, entendendo-se que cabe, sim, ao Judiciário determinar a adoção de políticas públicas para garantir o cumprimento dos valores constitucionalmente garantidos se as políticas adotadas pelo Executivo não forem aptas para tanto<sup>92</sup>.

---

view, *Brown* fueled the modern civil rights movement, showed that courts can assert moral leadership, and stressed that Blacks are entitled to the same dignity and respect as Whites (...). The second view of *Brown* is a reaction to the first and, predictably, is termed the "revisionist" view. In the hands of scholars such as Gerald N. Rosenberg and Michael J. Klarman, *Brown* did not accomplish much. Some revisionist scholars go further. Derrick Bell, for one, argues that *Brown* was counter-productive because it both stiffened the resistance of the opponents of racial equality and lulled civil rights activists into a false sense of security". Justice Clarence Thomas and the jurisprudence of race. *Southern University Law Review*, n. 43, Autumn 1997. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 30 abr. 2005.

<sup>92</sup> Comenta John Choon Yoo que "it was not until 1955 and *Brown v. Board of Education* (*Brown II*), that the Justices expanded the definitions of the equity power to include the imposition of affirmative obligations upon states, and the ongoing judicial involvement and supervision of the remedy. In *Brown II*, the court took up the question of how the federal courts were to desegregate the schools in accordance with the mandate of *Brown I*, decided the year before". Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

E também foi o pioneiro na autorização dada ao Judiciário para a utilização de amplos poderes para fazer cumprir decisões judiciais que implicassem a observância, na prática, de valores constitucionalmente garantidos, concedendo poderes quase ilimitados aos juízes para tanto. São esses poderes, propriamente, o objeto do nosso estudo.

Para termos uma ideia da dimensão que as ações estruturais tomaram nos Estados Unidos a partir do caso aqui estudado, no ano de 1994 havia 244 prisões sob a regulação de cortes federais, e inúmeras escolas, casas públicas, força policial, bombeiros e hospitais psiquiátricos continuavam mantidos sob orientação de uma decisão judicial. No Distrito de Columbia, por exemplo, nessa mesma época estavam sob o efeito de decisões judiciais os departamentos de “Correções”, de bombeiros, de Serviços Humanitários, de Educação, de Trabalho Público, além do departamento de Casas Públicas<sup>93</sup>.

Entretanto, ressaltamos desde já que procedemos ao relatório do momento histórico em que o *leading case* *Brown v. Board of education* foi decidido justamente para enfatizar que todo o movimento das chamadas “ações estruturais”, que autorizam alta “dose” de intervenção jurisdicional em setores públicos, teve seu início numa época na qual se primava pela proteção dos direitos humanos em geral, quando antes tal prática não era contumaz.

Ademais, havia grande apelo popular e também apoio para que o Judiciário “arrumasse a casa” e se responsabilizasse pelas grandes mudanças sociais que tais decisões representaram. Ronald Dworkin, ao comentar casos de desobediência civil ocorridos nos Estados Unidos, afirma que havia na década de 1960 condições favoráveis para que o movimento dos direitos civis obtivesse sucesso, pois a política norte-americana propunha a igualdade, e a

---

<sup>93</sup> Dados elencados por John Choon Yoo no artigo: Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005. Também Margo Schlanger elenca dados estatísticos, afirmando que em 1984 um total de 24% das 903 prisões estaduais existentes nos Estados Unidos estavam sob intervenção judicial e 15% das 3338 prisões federais se encontravam na mesma situação. The courts beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. *Michigan Law Review*, n. 97, May 1999. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 13 maio 2010.

Segunda Guerra Mundial também contribuiu para que quaisquer resquícios de desigualdade racial fossem afastados, visto que nessa situação mesmo quem não era a favor da dessegregação envergonhava-se de enfrentar e defender as próprias leis<sup>94</sup>.

Assim, para o estudo das medidas utilizadas pelos juizes norte-americanos para dar cumprimento às *injunctions* que determinam a imposição de políticas públicas é necessário sempre lembrar essa sua origem histórica.

## **2.2. Structural Injunctions**

A intervenção judicial, ao lado da aplicação de penas por *Contempt of Court*, é forma por meio da qual se obterá a observância de uma ordem judicial, em especial quando se tratar das denominadas *structural injunctions*. E antes de adentrar no estudo da intervenção judicial propriamente dita, impende traçarmos as características principais dessas decisões peculiares.

As *structural injunctions* são um moderno fenômeno nascido da necessidade de desenvolvimento do direito constitucional, visto que a Suprema Corte norte-americana identificou na Constituição do país inúmeros direitos materiais cuja efetiva observância apenas poderia se dar pela supervisão judicial substancial, como, por exemplo, para verificar se os direitos humanos são respeitados em prisões ou hospitais para doentes mentais. Essas decisões são denominadas “estruturais” justamente em virtude de o tribunal, para dar-lhes efetivo cumprimento e garantir a observância do direito das partes, exercer necessária supervisão nas práticas e políticas adotadas pelas instituições que estão sob intervenção judicial<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 161-162.

<sup>95</sup> SHOBEN, Elaine W. et al. *Remedies*. 3th ed. New York: New York Foundation Press, 2002, p. 265.

De acordo com o magistério de Owen Fiss, as reformas estruturais têm base na noção de que a qualidade da vida social dos cidadãos é afetada diretamente pela operação das organizações de larga escala, e não apenas pelas ações individuais daqueles que atuam sob ou dentro dessas. Também partem da crença de que os valores constitucionais não podem ser plenamente assegurados sem que se realizem mudanças básicas na própria estrutura dessas organizações. Assim, os processos estruturais são aqueles em que um juiz, confrontando a burocracia do Estado com os valores constitucionais, determina a reestruturação da organização no sentido de eliminar a ameaça a esses valores decorrente das atitudes da instituição, sendo a *injunction* o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas<sup>96</sup>.

Ademais, as *structural injunctions* alteram o padrão tradicional dos comandos judiciais, que normalmente tem por foco uma situação ocorrida no passado, que gera uma disputa a ser solucionada pelo Poder Judiciário através de uma decisão, sempre dentro dos limites estabelecidos pelos litigantes.

Nas *structural injunctions*, ao contrário, as partes não são claramente delimitadas, e envolvem tanto os litigantes quanto o juiz no seu cumprimento futuro. Conforme adverte Abram Chayes, tais ordens fogem do padrão, visto que procuram ajustar comportamentos futuros ao invés de compensar erros passados; são desenvolvidas deliberadamente ao invés de logicamente serem deduzidas da natureza do prejuízo sofrido; exigem um processo contínuo de cumprimento ao invés de se esgotar num único ato; finalmente, prolongam e aprofundam, ao invés de terminar, o envolvimento do tribunal com o direito em causa<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Tradução livre. No original: "structural reform is premised on the notion that the quality of our social life is affected in important ways by the operation of large-scale organizations, not just by individuals acting either beyond or within these organizations. It is also premised on the belief that our constitutional values cannot be fully secured without effectuating basic changes in the structures of these organizations. The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted". FISS, Owen. The forms of Justice. *Harvard Law Review*, n. 93, Nov. 1979. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 13 maio 2010.

<sup>97</sup> Tradução livre. No original: "The centerpiece of the emerging public law model is the decree. (...) The decree seeks to adjust future behavior, not to compensate for past wrong. It is

Temos, portanto, que as decisões proferidas em ações estruturais acabam por dar ao juiz o papel de legislador e executor, já que ele passa a desenvolver e supervisionar políticas públicas, exercendo papel principal no sucesso da implementação da medida por ele desenvolvida<sup>98</sup>. Tendem a transformar a realidade social e envolver todo o funcionamento de uma instituição, a fim de adequá-la ao comando sentencial, não sendo limitadas a incidentes ou transações particulares. Temos, portanto, que as ações estruturais visam afastar práticas reiteradas contrárias à Constituição, visando alterá-las para adequá-las aos valores constitucionais<sup>99</sup>.

Para delinear a forma como se dará a execução das *structural injunctions*, os juízes norte-americanos devem se guiar pelos princípios da *equity*<sup>100</sup>, que se caracteriza pela flexibilidade oferecida ao Judiciário para que formate as medidas a serem utilizadas para o atendimento do direito de acordo com o caso concreto, e também pela facilidade com que conciliam e ajustam necessidades públicas e privadas<sup>101</sup>. Esse entendimento se justifica porque são necessários meios processuais executórios que possam ser alterados no

---

deliberately fashioned rather than logically deduced from the nature of the legal harm suffered. It provides for a complex, on-going regime of performance rather than a simple, one-shot, one-way transfer. Finally, it prolongs and deepens, rather than terminates, the court's involvement with the dispute". The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, n. 89, May 1976. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Consulta em: 18 mar. 2010. O autor complementa seu pensamento afirmando que nessa seara o "relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees".

<sup>98</sup> ZARING, David. National rulemaking through Trial courts: the big case and institutional reform. *University of California UCLA Law Review*, n. 1015, Apr. 2004. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 28 abr. 2005.

<sup>99</sup> FISS, Owen. The forms of Justice. *Harvard Law Review*, n. 93, Nov. 1979. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 13 maio 2010. E finaliza o autor: "The focus is on a social condition, not incidents of wrongdoing, and also on the bureaucratic dynamics that produce that condition. In a sense, a structural suit is an in rem proceeding where the res is the state bureaucracy. The costs and burdens of reformation are placed on the organization, not because it has "done wrong", in either a literal or metaphorical sense, for it has neither an intention nor a will, but because it is an in REM reform is needed to remove a threat to constitutional values posed by it is na in REM the operation of the organization".

<sup>100</sup> Ensina Márcio Louzada Carpena que, "talvez, na interpretação de um estudioso do *civil law*, a figura da *equity* possa ser vista como um elemento capaz de ampliar os poderes de cautela e de condução do processo pelo juiz para garantir um resultado justo". Os poderes do juiz no *common law*. *Revista de Processo*, n. 180, p. 208, fev. 2010.

<sup>101</sup> SCHOENBROD, David et al. *Remedies: public and private*. 3th ed. St. Paul: West Group, 2002, p.108.

decorrer da implementação da medida determinada, adequando-se à realidade, que está em constante mudança<sup>102</sup>.

Importante, da mesma forma, ressaltar que, conforme notícia Margo Schlanger, as ações estruturais não se limitam a ser um movimento jurisdicional, envolvendo, necessariamente, práticas políticas. A forma como os juízes começaram a análise desses casos e o fato de continuarem ou não a realizar esse tipo de julgamento, bem como a consideração de seus sucessos e fracassos, não estão limitados à vontade e ao papel do Judiciário, na medida em que envolvem também objetivos, recursos e ações de muitos grupos e atores, filtrados através das regras do litígio. Assim, quando os doutrinadores analisam esses casos, necessariamente devem considerar não apenas o papel que o juiz exerce nessa seara, mas também todos os envolvidos direta ou indiretamente no caso *sub judice*<sup>103</sup>.

Assim, é mister estudarmos a forma como o Judiciário desenvolveu tais medidas nos Estados Unidos, desde a sua elaboração até as maneiras de lhes dar efetivo cumprimento, bem como os sucessos e fracassos colhidos e a opinião atual da Suprema Corte sobre o assunto.

## **2.2.1 Da elaboração da medida a ser adotada**

### **2.2.1.1 Dos parâmetros**

---

<sup>102</sup> A possibilidade de alterar a medida inicialmente proposta está autorizada pela Rule 60 das Federal Rules of Civil Procedure.

<sup>103</sup> Tradução livre. No original: "Institutional reform litigation is not a judicial movement but a political practice. How courts began, and whether they continue, to be an arena for such litigation; how the litigation looks; and whether it succeeds or fails are functions not simply of judicial will and role, but of the goals, resources, and actions of many groups and actors, filtered through the rules of litigation. If scholars are going to be useful observers and analysts of this universe of cases, we must free ourselves from our long-bred urge to talk only about judges and open our eyes instead to the full range of participants and forces at work". *Michigan Law Review*, n. 97, May 1999. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 13 maio 2010.



Para o desenvolvimento da forma por meio da qual será buscado o atendimento do direito violado na prática, devem ser considerados, de acordo com decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana quando do julgamento do caso *Milliken v. Bradley*, 433 U, 280 (1977), tanto a natureza quanto o âmbito da violação constitucional<sup>104-105</sup>. Ademais, o juiz deve formular decisão apta a “restaurar as vítimas de condutas discriminatórias à posição que deveriam ocupar caso tal proceder não tivesse ocorrido”<sup>106</sup>. Em outras palavras, as providências adotadas devem ser relacionadas e direcionadas específica e exclusivamente para a cura da própria violação constitucional, e nada que exceda a isso.

O juiz, assim, pode fazer uso dos expedientes os mais variados possíveis, possibilidade que, inclusive, encontra respaldo na letra do art. 54 das *Federal Rules of Civil Procedure*, o qual claramente estabelece que todo julgamento deve conceder a medida a que o litigante tem direito, mesmo que não a tenha requerido especificamente<sup>107</sup>. Contudo, não lista os meios específicos a serem utilizados para tanto, já que é o caso concreto que vai determinar a forma adequada de se concretizar a decisão jurisdicional.

Embora o meio empregado para dar cumprimento ao quanto determinado judicialmente esteja umbilicalmente ligado ao direito do autor, certo é que o juiz exerce poder amplíssimo para desenvolver a medida a ser utilizada no caso concreto, sendo muito difícil que a observância do direito na prática possa ser alcançada apenas por um modo<sup>108</sup>. A própria Suprema Corte, ao julgar *Brown*, claramente determinou que, “uma vez verificada a existência de um direito e a

---

<sup>104</sup> Tradução livre. No original: “the nature of the remedy is to be determined by the nature and scope of the constitutional violation”.

<sup>105</sup> RENDLEMAN, Doug. Remedies discussion forum: Brown II’s “all deliberate speed” at fifty: a golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy? *San Diego Law Review*, n. 1575, Autumn 2004. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 10 mar. 2005.

<sup>106</sup> Tradução livre. No original: “restore the victims of discriminatory conduct to the position they would have occupied in the absence of such conduct”.

<sup>107</sup> No original: “every final judgment shall Grant the relief to which the party in whose favor it is rendered is entitled, even if the party has not demanded such relief in the party’s pleadings”.

<sup>108</sup> RENDLEMAN, Doug. Remedies discussion forum: Brown II’s “all deliberate speed” at fifty: a golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy? *San Diego Law Review*, n. 1575, Autumn 2004. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 10 mar. 2005.

sua violação, o âmbito dos poderes por equidade da corte distrital para corrigir erros passados é amplo, pois a amplitude e a flexibilidade são inerentes às medidas tomadas por equidade”<sup>109</sup>.

Entretanto, no decorrer da fase de execução das *structural injunctions* emitidas foi necessário definir certos limites além dos genericamente apontados acima, a fim de garantir a razoabilidade dos recursos empregados para que os direitos restassem efetivamente observados. Para tanto, definiu-se ser necessário que o juiz leve em consideração os objetivos do legislador ao invés de concepções pessoais do que seria interesse público quando delinear a medida executória<sup>110</sup>.

Além disso, o julgamento pela Suprema Corte do caso *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, em 1970, mesmo reconhecendo que as cortes de origem estariam autorizadas a realizar qualquer esforço para atingir o mais alto grau possível de dessegregação nas escolas envolvidas no caso, incluindo a possibilidade de usar sistema de cotas e alterar as zonas que cada escola atingia, enfatizou que as cortes não poderiam substituir totalmente as autoridades escolares, cujos poderes continuariam sendo plenos<sup>111</sup>.

Também dois princípios decorrentes da aplicação da *equity* servem de guia para o desenvolvimento das medidas na prática: *balancing the equities* e *tailoring the remedy*<sup>112</sup>. O primeiro exige que o juiz analise as consequências de conceder a decisão requerida pelo autor, boas ou más, visto que, se os

---

<sup>109</sup> RENDLEMAN, Doug. Remedies discussion forum: Brown II's "all deliberate speed" at fifty: a golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy? *San Diego Law Review*, n. 1575, Autumn 2004. Disponível em: [www.lexisnexus.com](http://www.lexisnexus.com). Acesso em: 10 mar. 2005. Tradução livre. No original: "once a right and a violation have been shown, the scope of a district court's equitable powers to remedy past wrongs is broad, for breadth and flexibility are inherent in equitable remedies"

<sup>110</sup> SCHOENBROD, David. The measure of an injunction: a principle to replace balancing the equities and tailoring the remedy. *Minnesota Law Review*, n. 627, Apr. 1988. Disponível em: [www.lexisnexus.com](http://www.lexisnexus.com). Acesso em: 20 abr. 2005.

<sup>111</sup> STEWART, Carter M.; TORRES, S. Felicita. Recent developments: Limiting Federal Court Power to impose school desegregation remedies – *Missouri v. Jenkins*, 115 S. CT. 2038 (1995). *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, n. 241, Winter 1996. Disponível em: [www.lexisnexus.com](http://www.lexisnexus.com). Acesso em: 12 mar. 2005.

<sup>112</sup> SCHOENBROD, David. The measure of an injunction: a principle to replace balancing the equities and tailoring the remedy. *Minnesota Law Review*, n. 627, Apr. 1988. Disponível em: [www.lexisnexus.com](http://www.lexisnexus.com). Acesso em: 20 abr. 2005.

benefícios alcançados forem menores que o mal causado ao réu no cumprimento da decisão, deverá ser negada ou, ao menos, limitada. Exige-se que o juízo faça uma análise de custo-benefício, considerando, inclusive, a posição ética das partes e tudo o que concerne ao caso, ainda que indiretamente<sup>113</sup>. Por sua vez, o segundo requer que o juiz vise claramente ao atendimento do direito material reconhecido como devido ao desenhar a medida a ser utilizada<sup>114</sup>.

Por todo o exposto até aqui, nota-se que os limites/parâmetros apontados pela jurisprudência são fluidos, não havendo como delimitar claramente o campo de atuação dos juízes ao desenvolver medidas para garantir a observância às *structural injunctions*. Certo é apenas que o juiz deve se ater ao caso concreto e emitir decisão da qual se pode razoavelmente esperar que o melhor resultado será atingido caso aplicada na prática. Todavia, tal tarefa é árdua, pois até a definição do próprio direito a ser cumprido apresenta, geralmente, dificuldade de delineamento, conforme veremos no próximo item.

### **2.2.1.2 Da extensão do direito posto em causa**

Diante dos inúmeros casos que podem ser abrangidos e da amplitude das medidas possíveis de serem adotadas, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas, unanimemente, reconhecem os grandes obstáculos a serem enfrentados para dar cumprimento às *structural injunctions*. O principal deles, e também o ponto de partida no desenho de uma *structural injunction*, é a dificuldade de se precisarem os contornos do próprio direito a ser respeitado<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> SCHOENBROD, David. The measure of an injunction: a principle to replace balancing the equities and tailoring the remedy. *Minnesota Law Review*, n. 627, Apr. 1988. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 20 abr. 2005.

<sup>114</sup> SCHOENBROD, David. The measure of an injunction: a principle to replace balancing the equities and tailoring the remedy. *Minnesota Law Review*, n. 627, Apr. 1988. Disponível em [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 20 abr. 2005.

<sup>115</sup> Conforme anotação do ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário 466343 (rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 05.06.2009), essa dificuldade é, de certa forma, inerente aos direitos fundamentais em geral, senão vejamos: “A discussão sobre o âmbito de proteção de determinado direito constitui ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre se pode afirmar, com segurança, que determinado bem, objeto ou

Que parâmetros devem ser levados em consideração? Como estabelecer o limite das garantias constitucionais a que se quer dar cumprimento? Como definir até aonde a tutela judicial pode e deve ir?

Nos casos de reforma de prisões, por exemplo, que ocasionou a emissão de inúmeras *structural injunctions* nos Estados Unidos colimando adequar essas instituições ao quanto preceituava a Constituição daquele país, questionava-se: O que realmente significa não dar aos presos punições cruéis? Significa não submetê-los a tortura? Não submetê-los a prisões superlotadas? Ou também significa lhes fornecer alimentação balanceada, celas com um tamanho específico, acesso a bibliotecas e internet, e um número mínimo de banheiros de acordo com o número de presos?

O Judiciário, assim, viu-se envolvido em fixar o nível do tratamento médico adequado a ser recebido pelos presos, a alimentação que lhes deveria ser fornecida, o tamanho ideal das celas, entre outros. Desse modo, acabou por tomar decisões que diziam respeito ao dia a dia das prisões, sem que houvesse intervenção legislativa ou executiva nesse processo, tudo com o fito de atender, na prática, a direitos garantidos constitucionalmente.

Owen Fiss, nesse contexto, chama a atenção para o fato de que

não há na Constituição norte-americana qualquer previsão sobre laudos, chuveiros ou solitárias; muito menos acerca das datas em que os laudos são devidos, da temperatura dos chuveiros ou do número máximo de dias que podem ser passados em uma solitária. Porém, posto que contém disposições sobre o tratamento humano e a igualdade, uma corte que está tentando dar significado a esses valores pode considerar estas especificidades necessárias e adequadas – como uma forma de trazer a organização para dentro dos limites constitucionais – para a emissão de diretivas, como um modo de

---

conduta estão protegidos ou não por um dado direito. Assim, indaga-se, em alguns sistemas jurídicos, se valores patrimoniais estariam contemplados pelo âmbito de proteção do direito de propriedade. Da mesma forma, questiona-se, entre nós, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas e, especialmente, se ela abrangeria outras formas de comunicações (comunicação mediante utilização de rádio; 'pager', etc). Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico”.

reduzir os riscos de evasão ou de ajudar os funcionários burocráticos a tomarem conhecimento do que é esperado deles<sup>116</sup>.

A Suprema Corte norte-americana, nesse diapasão, afirma que a flexibilidade e a abrangência são inerentes às medidas adotadas pela *equity*; porém, como as violações não são específicas, muitas vezes se torna quase impossível desenhar a medida apta a dar cumprimento aos direitos vindicados<sup>117</sup>.

É um dilema responder às questões elaboradas a partir das dúvidas suscitadas para a definição do direito propriamente dito, o que significa ser ainda mais árdua a tarefa de definir o modo como se dará a sua proteção na prática. Conforme refere David Zaring, é extremamente difícil estabelecer uma ligação entre direitos inespecíficos e medidas específicas, e a busca da solução desse problema geralmente tem sido delegada aos juízes<sup>118</sup>.

Assim, o primeiro passo para a elaboração da medida a ser adotada diante do caso concreto é definir da forma mais clara possível os limites do direito a ser garantido para, apenas após, partir para o desenho da medida a ser adotada. Sem esse exercício, o meio processual executório escolhido provavelmente fracassará no seu escopo de atender na prática ao direito material vindicado.

### 2.2.1.3 Da delimitação da *structural injunction*

---

<sup>116</sup> As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil* – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 94.

<sup>117</sup> Owen Fiss alerta que “o juiz deve buscar a ‘melhor’ medida judicial, mas uma vez que seu julgamento deve incorporar essas considerações irrestritas, como eficácia e justiça, e na medida em que a ameaça e o valor constitucional que dão origem à intervenção não podem ser definidos com grande precisão, a adequação da escolha particular da medida judicial não pode ser argüida com certeza. A medida deve estar sempre aberta à revisões, mesmo sem a demonstração exigida tradicionalmente para modificação de uma decisão, qual seja a de que a primeira escolha está causando uma séria adversidade. Uma revisão será justificável se a medida não for eficaz ou for desnecessariamente onerosa”. As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil* – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 92-93.

<sup>118</sup> National rulemaking through Trial courts: the big case and institutional reform. *University of California UCLA Law Review*, n. 1015, Apr. 2004. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 28 abr. 2005.

A dificuldade de se delimitar o direito a ser posto em prática não representa óbice à emissão de *structural injunctions*, mas exige seja fixada qual foi a violação efetivamente sofrida, qual a extensão do direito garantido pela Constituição. Portanto, apenas após definidos os limites do direito é que será possível analisar que meios serão aptos para adaptar a realidade ao desejo da legislação.

Na sequência, é imprescindível verificar o custo da medida a ser adotada para afastar a violação constitucional e analisar, diante do caso concreto, se os demais membros da sociedade não serão prejudicados de tal forma pelo cumprimento da medida que acabe sendo desaconselhável executá-la da forma inicialmente pensada. O cuidado com os custos é especialmente importante em virtude de a incerteza quanto à forma de corrigir a violação poder provocar a emissão de várias decisões diferentes para buscar o atendimento a um direito que não se sabe, de antemão, por meio de qual fórmula restará efetivamente observado na prática.

Assim, em determinados casos será indicada a prolação de decisão direcionada às condutas futuras do Executivo, sem compensar perdas passadas. Quando, diante do direito material *sub judice*, ficar claro que a habilidade do juízo para compensar as perdas é incerta, é justo perguntar se uma decisão declaratória não é suficiente para atender ao direito posto em causa. Barry Friedman, enfrentando esse questionamento, afirma que, embora essa decisão meramente declaratória possa parecer esparsa, ao menos em alguns casos será o único remédio possível ou disponível<sup>119</sup>.

Também é necessário que o juízo analise a questão sob sua apreciação considerando o desejo popular. A melhor forma de determinar como a violação deve ser corrigida é dialogando com a população e com os outros ramos do governo, a fim de testar a sua aceitação com relação ao quanto definido pelo

---

<sup>119</sup> FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: Enforcing federal remedies. *Southern California Law Review*, n. 65, Jan. 1992. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 10 abr. 2005.

Judiciário. Apenas dessa forma o juízo garantirá o sucesso da medida na prática. Portanto, os ramos do poder devem negociar e se comprometer.

Nesse contexto, o Judiciário pode exercer importante papel no sentido de definir direitos e emitir decisões. Todavia, é imprescindível que se tenha consciência do fato de a ele ser impossível garantir o cumprimento das *structural injunctions* de forma isolada, porque é indispensável o comprometimento dos outros ramos de poder com o quanto determinado para que se obtenha a observância integral dos direitos<sup>120</sup>.

Por fim, impende referir que, apesar de todos os parâmetros a serem levados em consideração, a escolha das formas de execução acaba por ter alto grau de subjetividade, visto que a dimensão da medida, o tamanho da indenização, entre outros fatores, podem variar de acordo com o julgador que está analisando o caso.

#### **2.2.1.4 *Structural injunctions* na prática**

Os tribunais norte-americanos demonstraram enorme criatividade para garantir o cumprimento de suas *injunctions* na prática. Além de nomear interventores para acompanhar a correção da instituição sob intervenção, também organizam para o mesmo fim, por exemplo, comitês populares para acompanhar a implementação da medida delineada e nomeiam funcionários do próprio governo como *receiver*.

---

<sup>120</sup> FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: Enforcing federal remedies. *Southern California Law Review*, n. 65, Jan. 1992. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 10 abr. 2005. O mesmo autor comenta que “John Marshall, perhaps the Court’s most brilliant politician and legal mind, knew that being right was not enough. If *Malbury v. Madison* demonstrates anything, it demonstrates that allies are essential for an institution that in truth possesses neither the purse nor the sword. The Court has survived on its stored political capital and its ability to generate public support from among various segments of the population. That is why the Court is most likely to approve strong remedial measures and to utilize strong enforcement tools when there is widespread acceptance of the right at stake and when defiance by a few is flagrant”.

Nos casos de dessegregação escolar, por exemplo, determinaram-se, inclusive, a construção de prédios, a contratação de pessoal qualificado e o aumento de impostos para suprir as despesas necessárias para garantir na prática o cumprimento do quanto determinado pelo Judiciário.

Ademais, proferiram ameaças sérias, como prender funcionários públicos que deixassem de atender suas decisões, soltar presos encarcerados em presídios superlotados, bem como fechar instituições públicas que não atendessem aos seus ditames, podendo, inclusive, reavaliar e modificar a sua decisão se isso se mostrasse necessário para afastar a violação na prática<sup>121</sup>.

Essa variedade de medidas, entretanto, deve ser usada com parcimônia, pois as chances de serem malsucedidas na prática são enormes, ainda mais porque os juízes, quando envolvidos no julgamento de casos em que é emitida *structural injunction*, geralmente estão lidando com matérias sobre as quais não possuem conhecimento, a não ser talvez superficial.

E, conforme refere Owen Fiss,

a fase de cumprimento em processos estruturais é longe de ser episódica. Ela tem um início, talvez um meio, mas não um fim – bem, quase não terá um fim. E exige uma relação longa e contínua a ser mantida entre o juiz e a instituição; ela diz respeito não ao cumprimento de uma medida já definida, mas ao desenvolvimento da medida propriamente dita. A tarefa não é declarar quem está certo ou errado, nem calcular a quantia a ser indenizada ou elaborar uma decisão determinando que alguém se abstenha da prática de determinado ato. A tarefa é remover a condição que ameaça os valores constitucionais. Em alguns casos, quando é viável fechar a instituição *sub judice*, como ocorre no campo de saúde mental, tal medida pode ser uma opção viável. Mas na maioria dos casos, envolvendo, por exemplo, escolas, prisões, agência de bem estar social, departamentos de política e autoridades responsáveis por moradias públicas, essa opção não poderá ser determinada. Então a medida envolverá o juízo em nada menos que a reorganização de uma instituição em pleno funcionamento, para atingir o escopo de remover a ameaça existente aos valores constitucionais<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: Enforcing federal remedies. *Southern California Law Review*, n. 65, Jan. 1992. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 10 abr. 2005.

<sup>122</sup> Tradução livre. No original: “the remedial phase in structural litigation is far from episodic. It has a beginning, maybe a middle, but no end – well, almost no end. It involves a long, continuous relationship between the judge and the institution; it is concerned not with the enforcement of a remedy already given, but with the giving or shaping of the remedy itself. The



Além disso, essas matérias geralmente envolvem decisões difíceis, que implicam gastos substanciais para serem tomadas e nem sempre resultam em ganhos efetivos para a comunidade em geral.

Medidas que não alcançaram o propósito de dar cumprimento a *structural injunction* (que no mais das vezes encerravam valores constitucionais) foram colecionadas pelo Judiciário norte-americano. Embora determinando diversos critérios para evitar desperdícios e abusos por parte do Poder Judiciário, decisões judiciais que exigiram o empenho de quantias desproporcionais de dinheiro diante dos resultados colhidos, que, quando existentes, se revelaram claramente insatisfatórios, foram tomadas em grande escala.

O caso *Gautreaux v. HUD, public housing desegregation*, proposto em Chicago, é um exemplo<sup>123</sup>. Neste foi determinado pelo Judiciário que o Estado alugasse casas localizadas em áreas “não negras” da cidade para 7100 famílias, objetivando dessegregar a habitação pública. Além disso, autorizou-se a contratação de pessoas para entrar em contato com proprietários dispostos a alugar seus imóveis para negros e conscientizar as pessoas de cor sobre as dificuldades que iriam enfrentar ao passar a habitar bairros “brancos”, bem como levá-los para conhecer unidades disponíveis.

Em aproximadamente vinte anos, cinco mil famílias foram realocadas, todavia as dificuldades para tanto foram imensas, porque, primeiramente, foi determinado, em 1969, que o Estado construísse três novas unidades de casas públicas predominantemente em áreas habitadas por brancos para cada uma

---

task is not to declare who is right or who is wrong, not to calculate the amount of damages or to formulate a decree designed to stop some discrete act. The task is to remove the condition that threatens the constitutional values. In some instances, where deinstitutionalization is conceivable, as in the mental health field, closing the institution may be a viable option. For the most part, in cases involving schools, prisons, welfare agencies, police departments, and housing authorities, for example, that option is not available. Then the remedy involves the court in nothing less than the reorganization of an ongoing institution, so as to remove the threat in poses to constitutional values. The court's jurisdiction will last as long as the threat persists". The forms of Justice. *Harvard Law Review*, n. 93, Nov. 1979. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Consulta em 13.05.2010.

<sup>123</sup> Apenas por curiosidade, referimos que tal caso teve início em 1966 e até hoje continua em andamento.

construída em áreas negras, devendo evitar grande concentração de casas públicas num único lugar sem que houvesse aprovação judicial. No entanto, tal medida se demonstrou extremamente cara, além de provocar inúmeros protestos contra a construção dessas casas em áreas mais nobres da cidade, o que levou o Judiciário a diminuir a proporção de três para uma em 1980, visto que mesmo o último programa se mostrara muito oneroso.

Apenas após terem fracassado essas duas primeiras medidas, o juízo fez uso de um auxiliar para tentar obter mais sucesso nas medidas a serem adotadas para promover a mistura de raças em áreas urbanas. Todavia, até então já havia decorrido mais de uma década sem que tivessem sido colhidos frutos efetivos do trabalho desenvolvido, a despeito de se ter empregado muito dinheiro na tentativa.

Também a implementação de *Brown* foi problemática. Conforme magistério de Doug Rendleman, a primeira década após emitida a decisão judicial englobou basicamente atrasos e decisões micro para se tentar dessegregar as escolas na prática. Faltou a fixação de uma medida clara e de um programa definido para a sua implementação, o que acabou por provocar a diminuição do impacto social e político que a tomada da decisão havia significado. Afirma o autor que para uma criança negra que ingressou na escola segregada em 1954, logo após o histórico julgamento de *Brown*, nada mudou até que acabasse o segundo grau, 12 anos depois. A promessa feita por *Brown*, desse modo, foi considerada quebrada<sup>124</sup>.

Essas dificuldades enfrentadas ao tentar se dar cumprimento efetivo às *structural injunctions* acabaram por gerar inúmeras semelhanças nas medidas desenvolvidas nos processos estruturais nos Estados Unidos. Isso se deu por variadas razões, dentre as quais conversas entre os juízes para verificar o que funcionara ou não em casos pretéritos, a fim de repetir as medidas bem-sucedidas; a contratação de pessoal especializado, que acaba por atuar em

---

<sup>124</sup> Remedies discussion forum: *Brown II's "all deliberate speed" at fifty: a golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy?* *San Diego Law Review*, n. 1575, Autumn 2004. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 10 mar. 2005.

mais de um processo; a intervenção das entidades de defesa dos direitos civis em todos os processos, além do desenvolvimento do mercado de advogados especializados em defender autores e réus nesses processos, que são invariavelmente chamados para conduzir os diversos conflitos.

Esses grupos acabam por trocar ideias e desenvolver padrões que são seguidos em muitos casos, a despeito de não haver intervenção do Congresso Nacional editando lei a ser seguida, ou orientação da Suprema Corte ou do Executivo nesse sentido.

Na prática, para desenvolver as medidas os juízes em geral socorrem-se do quando determinado por leis materiais, ao menos para formular um ponto de partida. Outras vezes, contudo, desenvolvem as medidas tomando por base publicações de profissionais da área, ou indicações de organizações especializadas, como a National Association of School Boards, que elabora diretivas no que tange a políticas educacionais.

Certo é que o juiz dificilmente conseguirá, sozinho, desenvolver medidas que na prática se mostrem aptas a conduzir que o direito vindicado seja plenamente atingido. Tais direitos apresentam inúmeros obstáculos para serem cumpridos, exigindo a presença de profissionais especializados para que algum sucesso seja atingido no escopo de dar cumprimento ao quanto garantido pela Constituição Federal.

Temos, assim, que geralmente a implementação dos remédios adotados pelas cortes para dar cumprimento às *structural injunctions* será realizada por um auxiliar do juízo, que atuará em menor ou maior âmbito, dependendo da decisão exarada. Note-se que esses “auxiliares do juízo” podem ser utilizados não apenas para dar cumprimento às decisões que determinem um fazer ou não fazer, mas também com o objetivo de formar prova em processo judicial

em curso, ou para desenhar a melhor forma de fazer cumprir o quanto decidido<sup>125</sup>.

Assim, pode haver a nomeação de *masters*, *monitors*, *mediators*, *administrators* ou *receivers*, de acordo com a função que o interventor desenvolverá na entidade sob intervenção, conforme veremos a seguir.

### 2.2.1.5 Dos interventores

Diversas figuras prestarão assistência ao juiz na missão de dar cumprimento às *structural injunctions*. O auxiliar que menos interfere na rotina do réu é denominado *master*, cuja função é obter informações e dar recomendações, podendo também ser indicado com o intuito de definir a melhor maneira de se pôr em prática a decisão concedida.

Exemplificando, o *master* nomeado para atuar no caso de reestruturação do Departamento Prisional do Texas podia observar, monitorar, encontrar provas e testemunhar sobre suas observações, bem como elaborar recomendações sobre os passos que o juiz deveria seguir para obter o cumprimento da decisão judicial, inclusive contratar assistentes para ajudá-lo nesse fim. Todavia, era-lhe vedado intervir na administração das prisões, determinar ações a serem tomadas pelo réu, ou mesmo proibi-lo de realizar outras<sup>126</sup>.

Outra figura utilizada pelo juiz para obter auxílio no cumprimento das decisões estruturais é o *monitor*, que exerce a função de verificar se o réu está dando cumprimento à obrigação e se os objetivos estão sendo alcançados. Esta

---

<sup>125</sup> Ver JONES, Dewey Roscoe. Federal court remedies: The creative use of potential remedies can produce institutional change. *Howard University Law Journal*, n. 879, 1984. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 23 mar. 2005.

<sup>126</sup> FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the Modern State – How the Courts reformed America's prisons*. New York: Cambridge University Press, 1998, p. 86.

opção é indicada para casos complexos<sup>127</sup>. Também o juiz pode fazer uso do *mediator*, cuja tarefa é ajudar a encontrar o significado da decisão, os padrões para o seu atendimento e o ritmo em que deverá se dar; ou ainda de um *administrator*, que possui papel executivo, atuando em seu próprio nome.

Por fim, temos o *receiver*, que é o que mais intervém na rotina da instituição sob reestruturação, sendo, portanto, a forma mais drástica e intrusiva da medida. O seu uso é limitado<sup>128</sup> e apenas será autorizado quando nenhum outro se mostrar apto para a obtenção do cumprimento da decisão judicial, posto as demais medidas se mostrarem insuficientes<sup>129</sup>.

Tamanha intervenção, seja no patrimônio público, seja no privado, é admitida por ter o juiz amplos poderes para dar efetivo cumprimento às suas ordens, e também em virtude de o réu não atender, espontaneamente, ao quanto determinado pelo Judiciário<sup>130</sup>.

Também a *Rule 70* das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americana permite o uso de agentes indicados pelo juízo para se obter o cumprimento das decisões judiciais. O uso dos *receivers* é, portanto, positivado na legislação.

Importante referir que a utilização de assistentes no direito norte-americano não é uma novidade inserida com as *structural injunctions*, pois tem-se notícia do seu emprego desde o período colonial. Conforme magistério de James S.

---

<sup>127</sup> FELDMAN, Stuart P. Curbing the recalcitrant polluter: post-decree judicial agents in environmental litigation. *Boston College environmental Affairs Law Review*, n. 809, Summer 1991. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 8 mar. 2005.

<sup>128</sup> SCHOENBROD, David et al. *Remedies: public and private*. 3th ed. St. Paul: West Group, 2002, pp. 216/218. A autoridade para apontar um administrador, seja a forma que ele assuma, “is best grounded in the inherent power of courts “to provide themselves with appropriate instruments required for the performance of their duties” and the Supreme Court’s directive that the courts make full use of their equitable powers in civil rights cases”. *Op. cit*, p. 217.

<sup>129</sup> FEINGOLD, Jason. The case for imposing equitable receiverships upon recalcitrant polluters. *UCLA Journal of environmental Law & Policy*, n. 12, 1993. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 23 mar. 2005.

<sup>130</sup> Nesse sentido o magistério de Jason Feingold ao afirmar que “courts appointing receivers to secure compliance with the law are characteristically confronted with a sequence of disobeyed orders. In many of these cases, the defendant has already been judged in contempt of court without any progress towards compliance”. The case for imposing equitable receiverships upon recalcitrant polluters. *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, n. 207, 1993. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 23 mar. 2005.

Degraw<sup>131</sup>, historicamente os *special masters* têm servido como assistentes administrativos do Judiciário, vendendo propriedades, ouvindo testemunhos, calculando danos ou auditando contabilidades.

Contudo, tais auxiliares passaram a desenvolver um papel essencial nos casos modernos, visto que participam hoje extensivamente da fase que antecede o julgamento, acompanhando a produção de provas e conduzindo audiências, visando à obtenção de acordos. E possuem papel principal nas ações estruturais, posto ser necessária a presença de um agente de confiança do juízo para acompanhar o cumprimento da decisão exarada, o que tem se tornado cada vez mais frequente<sup>132</sup>.

A adoção sistemática dessa figura nos processos em que foram emitidas *structural injunctions* e a importância da sua presença para auxiliar o juízo no desenvolvimento dessas medidas justificam seu estudo mais aprofundado.

### 2.3 Dos receivers

*Receiver* é o interventor apontado pelo juiz cuja função é substituir os funcionários do réu completa e temporariamente<sup>133</sup>, com propósito delimitado, qual seja, garantir a execução da ordem judicial. *Monitors* e *special masters* prestam ajuda à corte, ao passo que o *receiver* assume a completa

---

<sup>131</sup> DEGRAW, James S. Rule 53, inherent powers, and institutional reform: the lack of limits on special masters. *New York University Law Review*, n. 800, June 1991. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 abr. 2005.

<sup>132</sup> DEGRAW, James S. Rule 53, inherent powers, and institutional reform: the lack of limits on special masters. *New York University Law Review*, n. 800, June 1991. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 abr. 2005.

<sup>133</sup> Conforme ressalta Jason Feingold, ao analisar o uso de *receiver* em casos relacionados ao meio ambiente, “the managers of the defendant enterprise need not be entirely excluded from participation in the management of the enterprise. The court may want the enterprise’s original managers to share their expertise with the receiver. Another tactic for avoiding losses during the receivership is to restrict the receiver’s powers to only those aspects of the enterprise which affect environmental compliance. Areas such as finance or marketing could be operated by the original managers during the pendency of the receivership to limit any inefficiency costs inflicted on the enterprise. The exigencies of each case will determine what powers a receiver needs to achieve environmental compliance”. The case for imposing equitable receiverships upon recalcitrant polluters. *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, n. 207, 1993. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 23 mar. 2005.

responsabilidade de gerenciar a entidade sobre a qual recai a intervenção, tendo amplíssimos poderes para tomar providências que levem ao atendimento do direito violado na prática<sup>134</sup>.

Além de não ser possível o uso de outra medida para obter o cumprimento da decisão judicial, outro parâmetro a ser utilizado para determinar a necessidade ou não de ser apontado tal interventor é o seu uso ser razoável diante do caso concreto. Alguns fatores podem ser considerados para determinar tal razoabilidade, como as características do autor e a natureza da decisão, o contexto no qual os fatos aconteceram, bem como a complexidade dos atos e o tipo de decisão emanada, além da própria conduta do réu<sup>135</sup>.

Essa medida raramente será a primeira opção adotada, diante da exigência de somente ser aplicada no caso de os outros meios à disposição do juízo falharem no escopo de obter a observância da ordem judicial. Assim, *ab initio*, impõem-se penas por *Contempt* ou realizam-se acordos, buscando dirimir o problema consensualmente; apenas falhando essas opções, determinar-se-á a imposição de um *receiver*.

E embora represente a forma mais drástica de intervenção, em alguns casos extremos a invasão decorrente da nomeação de um *receiver* apresenta vantagens em relação ao sistema de imposição de multas. Isso ocorre porque, se o réu não tem condições de, com seus próprios esforços, se reorganizar para dar cumprimento à ordem judicial e, ainda, em virtude disso, tiver de arcar com o pagamento de pesadas multas, possivelmente acabará em estado falimentar e sem ter logrado êxito na observância da decisão exarada.

Por outro lado, em se nomeando um *receiver*, o valor que seria gasto com multas será diretamente empregado para realizar o quanto determinado pelo juízo através do agir do terceiro. Além disso, se as multas forem impostas a

---

<sup>134</sup> FELDMAN, Stuart P. Curbing the recalcitrant polluter: post-decree judicial agents in environmental litigation. *Boston College environmental Affairs Law Review*, n. 809, Summer 1991. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 8 mar. 2005.

<sup>135</sup> JONES, Dewey Roscoe. Federal Court Remedies: The creative use of potential remedies can produce institutional change. *Howard University Law Journal*, 1984. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 23 mar. 2005.

empresas públicas, fatalmente serão pagas com o dinheiro de impostos, ou, em outras palavras, serão custeadas indiretamente pela população, que, ao invés de receber o serviço adequado, tal como reconhecido pelo Poder Judiciário como devido, pagará multas pelo não cumprimento da ordem exarada.

Ademais, é claro que o potencial da medida no sentido de eliminar a desobediência a ordens judiciais é muito alto, visto que o alcance do cumprimento das ordens judiciais acaba por proteger a legitimidade dos tribunais ao evitar que alguns réus se mostrem acima da lei.

Podem ser utilizados tanto particulares como funcionários públicos para exercer o cargo de *receiver*, podendo, da mesma forma, sofrer intervenção tanto réus públicos quanto privados. Como as decisões a serem concretizadas pelos *receivers* variam imensamente, assim como são diversificadas as atividades a serem exercidas, bem como o tipo de relação a ser desenvolvida entre o *receiver* e o próprio Poder Judiciário, é necessária a nomeação de profissional com conhecimento específico exigido pelo caso *sub judice*, para que as chances de a medida ser bem-sucedida aumentem, visto que o escopo é sempre o de atender na prática ao direito reconhecido como devido por decisão judicial<sup>136</sup>.

Os *receivers*, nos Estados Unidos, são vistos como símbolos do perigo relacionado ao ativismo judicial. Contudo, ao mesmo tempo significam uma oportunidade de o juízo se utilizar de mão de obra qualificada para dar cumprimento às suas decisões<sup>137</sup>.

### 2.3.1 A busca para que o trabalho do *receiver* seja bem-sucedido

---

<sup>136</sup> DEGRAW, James S. Rule 53, inherent powers, and institutional reform: the lack of limits on special masters. *New York University Law Review*, n. 800, June 1991. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 abr. 2005.

<sup>137</sup> LUEDTKE, Carolyn Hoecker. Innovation or Illegitimacy: Remedial receivership in *Tinsley v. Kemp* public housing litigation. *Missouri Law Review*, n. 655, Summer 2000. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 23 mar. 2005. Disponível em [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 27 mar. 2005.



Em face da experiência norte-americana no uso de *receivers*, é possível apontar aspectos a serem observados para que o seu emprego se mostre bem-sucedido na prática.

O primeiro deles é ser imprescindível que o juiz, quando determinar a forma como a decisão judicial deverá ser cumprida, fixe claramente o ponto a que se quer chegar, ou seja, deve haver o desenho de uma porta de saída indicando quando a intervenção terá fim.

Note-se que, na prática, a intervenção tende a ter longa duração, visto impor valores sobre uma instituição e, indiretamente, sobre toda a sociedade<sup>138</sup>. Exemplificando com casos que tiveram lugar no Judiciário norte-americano, vemos que *Brown* apenas teve fim em 1999 (a sua propositura data de 1951); *Ruiz v. Estelle*, um dos primeiros casos de melhorias em prisão, foi encerrado em 2002, e *Gautreaux v. Chicago Housing Authority*, que teve seu início em 1966, encontrava-se ativo em 2004, conforme noticiado por David Zaring<sup>139</sup>.

Isso ocorre, geralmente, em virtude de a determinação sobre aonde se quer chegar com a imposição de um *receiver* não ser fácil, pois, como vimos no item 2.2.1.2, é muito comum que haja incertezas inclusive nos limites do direito a ser garantido à parte, quiçá no que tange à forma de lhe dar cumprimento, bem como quando o direito terá sido adequadamente atendido, indicando o final da intervenção.

Mesmo diante dessas incertezas, fato é que, quanto mais clara for a decisão, indicando precisamente quando, como e por que a intervenção terá fim, maiores serão as chances de se apresentar bem-sucedida. Importante frisar que a intervenção deverá ser obrigatoriamente finalizada, e se esse fim se

---

<sup>138</sup> YOO, John Choon. Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

<sup>139</sup> National rulemaking through Trial courts: the big case and institutional reform. *University of California UCLA Law Review*, n. 1015, Apr. 2004. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 28 abr. 2005.

apresentar impossível de ser alcançado por meio das medidas determinadas pelo juiz ou pelo *receiver*, evidente será que os meios inicialmente fixados para buscar a observância do decreto judicial devem ser alterados, sob pena de a intervenção se perpetuar, o que nunca é desejado.

No julgamento do caso *Board of Education v. Dowell*, por exemplo, foram estabelecidos os seguintes passos a serem cumpridos para que fosse reconhecido o fim da intervenção: *i)* determinar se o distrito escolar está obedecendo à decisão judicial de boa-fé; *ii)* estabelecer se os vestígios da discriminação passada foram eliminados em uma extensão aceitável<sup>140</sup>. Nesse exemplo, portanto, *ab initio*, foram indicados os objetivos a serem alcançados com a intervenção, de modo que, sendo implementados, ela deverá ter seu fim decretado.

Segundo, para a intervenção realmente alcançar os fins colimados é indispensável que o profissional indicado para ser o *receiver* seja versado na área em que terá de atuar e disponha de tempo para exercer esse papel.

Por exemplo, a decisão que determinou o remodelamento dos abrigos públicos na cidade do Kansas apenas colheu algum resultado quando o terceiro *receiver* foi nomeado<sup>141</sup>. Neste caso, os dois primeiros indicados para a função não tinham conhecimento de como se administrava um abrigo público, nem dispunham de tempo suficiente para exercer o papel de auxiliar do juízo, já que essa era uma atividade paralela à sua profissão principal. Assim, apenas a terceira tentativa obteve sucesso na implementação das políticas públicas

---

<sup>140</sup> RENDLEMAN, Doug. Remedies discussion forum: Brown II's "all deliberate speed" at fifty: a golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy? *San Diego Law Review*, n. 1575, Autumn 2004. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 10 mar. 2005.

<sup>141</sup> A decisão judicial em comento foi aceita espontaneamente pela autoridade responsável, que se comprometeu a contratar firma de arquitetura para reformar as casas populares existentes. Comprometeu-se, ainda, a não demolir as já existentes, realizar campanhas publicitárias para reverter a má-fama do local, tomar medidas para aumentar a ocupação das mesmas, além de encontrar formas para atrair moradores que não pertencessem às minorias, a fim de afastar a fama de tais residências abrigarem apenas descendentes de africanos, sendo que tais compromissos acabaram por não ser cumpridos voluntariamente, exigindo então a nomeação de um *receiver* para por em prática o quanto determinado pelo juízo. Ver LUEDTKE, Carolyn Hoecker. Innovation or illegitimacy: remedial receivership in *Tinsley v. Kemp* public housing litigation. *Missouri Law Review*, n. 655, Summer 2000. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 27 mar. 2005.

determinadas, pois quem assumiu o encargo foi uma empresa especializada em administrar abrigos públicos.

Outro fator crucial para o sucesso da medida é o envolvimento do juiz com o cumprimento de sua ordem, acompanhando-a e realizando adaptações que se mostrem necessárias ao desenvolvimento das tarefas. O juiz, ao colocar uma instituição sob intervenção, fatalmente acompanhará o seu dia a dia, estabelecendo relação direta tanto com o interventor, que precisa ser controlado e prestar-lhe contas, como com aqueles que fazem uso de seus serviços. Somente com um regime contínuo de supervisão se alcança a observância do quanto determinado judicialmente<sup>142</sup>.

Vemos, portanto, que três são os principais pontos a serem observados para se alcançar sucesso no obter-se cumprimento de decisão judicial por meio da imposição de *receivers*: fixar claramente os objetivos a serem alcançados; nomear *experts* na área exigida para dar cumprimento à decisão judicial, os quais tenham tempo disponível para se dedicar ao exercício desse ofício, e ter um juiz envolvido na sua execução. Sem a observância desses três elementos, provavelmente a decisão não será adequadamente cumprida, a despeito do uso de medida tão drástica.

### 2.3.2 Os problemas decorrentes do uso de *receivers*

---

<sup>142</sup> Nesse sentido o magistério de Carter M. Stewart e Felicita S. Torres, para quem “in school desegregation cases, where remedies take the form of judicial decrees, a continuing regime of oversight is crucial to the effective elimination of deeply rooted vestiges of racial segregation”. Os mesmos autores complementam: “For example, in *Milliken v. Bradley*, the Court held that a federal court could compel school boards to institute comprehensive and broad programs to promote reading and communication skills, including in-service training, testing, and counseling, as part of a school desegregation decree. It further held that federal courts could order the state officials responsible for the violations to pay an appropriate share of the costs of implementing desegregation remedies. This broad power has been both effective in addressing the pervasive problem of continued segregation as well as historically necessary to combat deep-rooted prejudice in state legislatures and the public at large”. Recent developments: Limiting Federal Court Power to impose school desegregation remedies – *Missouri v. Jenkins*, 115 S. CT. 2038 (1995). *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, n. 241, Winter 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 12 mar. 2005.

O uso de *receiver* também apresenta problemas, embora em muitos casos apenas ele se mostre apto a dirimir o litígio equacionado por decisão judicial na prática. Carolyn Hoecker Luedtke refere, com razão, que o *receiver* acaba por substituir o réu e, assim, afasta a sua responsabilidade sobre o sucesso na administração da instituição sob intervenção, por ser transferida para o *receiver* e, por consequência, para o juízo.

Esse problema é mais premente no caso de os réus serem instituições públicas. Quando o Judiciário gerencia determinado setor, retira-se do governo a responsabilidade sobre este, o que acaba por confundir os eleitores. Por exemplo, ao determinar a intervenção nas escolas segregadas não recairá sobre o governo o ônus pelo racismo nas escolas, mas, sim, sobre o Judiciário<sup>143</sup>. Em situações graves, portanto, os políticos que sofrem a intervenção inclusive agradecem por ela, já que o peso de dar certo ou não sai de seus ombros para recair sobre os do Judiciário.

Tal fato acaba também por dar mais tempo para os governantes se dedicarem a áreas menos problemáticas e, assim, passar uma imagem de eficiência que na prática não existe, pois a atenção dada aos demais setores da administração apenas foi possível porque o Judiciário assumiu as áreas mais complicadas de administrar. Carolyn Hoecker Luetke afirma que esses problemas são aumentados quando há nomeação de *receiver*, porque

*receivership* pode criar debilitação política, dando aos oficiais do governo incentivo para suportar as intervenções do Judiciário sobre suas instituições falidas a fim de evitar responsabilidade e remover a organização onerosa da sua carga de trabalho. O Judiciário pode estar abrindo a porta para a realocação de responsabilidade de funções tradicionalmente executivas para os seus braços<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Innovation or Illegitimacy: Remedial receivership in Tinsley v. Kemp public housing litigation. *Missouri Law Review*, n. 655, Summer 2000. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 27 mar. 2005.

<sup>144</sup> Tradução livre. No original: "Receivership can create political debilitation, giving government officials incentives to support court takeovers of failing institutions in order to avoid responsibility and to remove the onerous organization from the government's workload. The court may be opening the door for a reallocation of responsibility from traditionally executive functions to the judicial branch". A mesma autora assim finaliza: "In addition, open-ended receivership orders, both in terms of scope and duration, raise serious questions of Article III jurisdiction and judicial legitimacy. Because receivership supplants the defendant organization with a courtappointed surrogate, there is a danger that in the wrong hands the receivership remedy could be an undemocratic usurpation of power. Giving the court power over all decisions impacting a public

Ademais, a adoção de um *receiver*, geralmente, é medida extremamente onerosa. Por ser necessária a nomeação de um *expert* na área de atuação exigida pela medida para que o seu trabalho tenha chances de alcançar sucesso, ou seja, profissional cuja eficiência é notória e que, em regra, cobrará honorários altos, condizentes com sua qualificação, é imprescindível que essas pessoas, quando “contratadas” pelo Judiciário para desenvolver tal trabalho, sejam pagas adequadamente. Há certo consenso, ao menos na Justiça norte-americana, de que devem ser remuneradas de acordo com o que recebem no desenvolvimento do seu trabalho no âmbito privado.

Segue-se daí que dois são os principais problemas decorrentes da nomeação de *receivers*: tiram a responsabilidade da instituição sob intervenção de buscar ser bem-sucedida em sua administração e o fato de o preço a ser pago pelo serviço prestado por esse auxiliar do juízo ser inevitavelmente alto.

### **2.3.3 Da remuneração dos *receivers***

David I. Levine afirma que, analisando os casos de determinação de honorários aos interventores nos casos de *structural injunctions*, são aplicados quatro diferentes critérios para se estabelecer o quantum será devido ao *receiver*:

- i)* deixar à discricção do Judiciário;
- ii)* aplicar teste desenvolvido pela Suprema Corte, segundo o qual a remuneração é de livre estabelecimento, mas não pode ser exorbitante;
- iii)* determinar que a remuneração dos agentes deverá corresponder à metade do valor normalmente ganho por um advogado empresarial;

---

agency's assets is essentially writing a blank check". Innovation or Illegitimacy: Remedial receivership in *Tinsley v. Kemp* public housing litigation. *Missouri Law Review*, n. 655, Summer 2000. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 27 mar. 2005.

iv) fixar os honorários com base no que recebem os advogados em geral, de acordo com a categoria a que pertencem, multiplicando-se o número de horas utilizadas para o desenvolvimento do trabalho pelo valor razoável da hora/trabalho. Este critério, segundo o autor, é o mais adequado.

O mesmo doutrinador, entretanto, sugere adaptações ao quanto decidido pelos tribunais e afirma deverem ser considerados outros fatores para se encontrar o valor ideal dos honorários do interventor, como deixar de realizar outro trabalho, limitações de tempo impostas, resultados obtidos, ser a posição desejável ou não, ganhos de outros interventores em casos similares, atrasos nos pagamentos e considerações quanto à responsabilidade profissional do cargo<sup>145</sup>.

Os honorários devem ser justos, posto ser necessário apresentar-se um incentivo para o bom exercício da função de auxiliar do juízo, todavia não pode tal valor exceder o razoável, o que não ocorrerá se observados os critérios acima apontados. Imprescindível, assim, que a decisão judicial preveja claramente os honorários profissionais a serem pagos pela realização do serviço ao Judiciário, evitando abusos e impedindo que o seu pagamento onere a medida desproporcionalmente, permitindo também que se saiba de antemão o custo desse serviço, para que seja possível a análise da indicação ou não do pagamento no caso concreto *sub judice*.

Entretanto, mesmo tomando tais cuidados, provavelmente o Estado ou o particular sob intervenção gastará grandes somas em dinheiro para poder contar com esses especialistas para garantir a observância da medida determinada pelo Judiciário; tal fator, bem como quem irá arcar com o seu custo, deve sempre ser levado em consideração antes de ela ser imposta.

## 2.4 Das *structural injunctions* hoje

---

<sup>145</sup> Calculating fees of special masters. *Hastings Law Journal*, n. 141, Sep. 1985. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 20 mar. 2005.

Existe grande número de ações ainda em curso no Judiciário norte-americano utilizando-se da figura da intervenção, nas mais variadas áreas. No entanto, verifica-se atualmente um declínio na concessão de *structural reform injunctions*, cujas causas a autora Myriam Gilles se dedica a estudar<sup>146</sup>.

Afirma a doutrinadora que o principal motivo dessa decadência seria o desconforto com o papel assumido pelos juízes no julgamento dos casos envolvendo reformas institucionais. Hoje, segundo ela, o ativismo judicial está em baixa, visto que tanto os cidadãos como o Congresso e, inclusive, o próprio Judiciário estão vendo com reservas os amplos poderes exercidos pelos juízes na condução dos processos estruturais. Contudo, apesar disso, o Judiciário continua a ser acessado para fazer valer os ditames constitucionais e adequar as políticas públicas ao quanto determinado pela Constituição<sup>147</sup>.

Também o fato de a população em geral e aqueles que tomam as decisões não chegarem a um consenso quanto às políticas públicas a serem adotadas para garantir a observância dos direitos constitucionais influencia na não adoção de *structural injunctions* atualmente. Por exemplo, as escolas segregadas racialmente na década de 1950 eram tidas por grande parte da população como inconstitucionais, ao passo que os sistemas de cotas hoje utilizados no sistema educacional americano não encontram consenso entre os membros da sociedade, já que parte dela concorda com eles, enquanto outra parte entende essas medidas como inconstitucionais, o que retira a força do Judiciário para que implante políticas públicas.

---

<sup>146</sup> Fiss's way: The scholarship of Owen Fiss: III. The judicial power: an autopsy of the structural reform injunction: Oops... It's still moving!. *University of Miami Law Review*, n. 143, Oct. 2003. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 01 abr. 2005.

<sup>147</sup> E conclui: "Anti-activism is an attitude. Beginning in the late 1970s, courts gave vent to this attitude by erecting procedural barriers to the commencement of suits aimed at structural reform injunctions. These procedural barriers, over time, have all but denied litigants the ability to bring claims in federal courts that challenge widespread and systemic practices that violate individual rights and constitutional guarantees". GILLES, Myriam. Fiss's way: The scholarship of Owen Fiss: III. The judicial power: an autopsy of the structural reform injunction: Oops... It's still moving!. *University of Miami Law Review*, n. 143, Oct. 2003. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 1 abr. 2005.

Essa tendência é observada tanto na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, que vem limitando o poder do Judiciário para implementar as decisões que emana em termos de políticas públicas, como na legislação dos Estados Unidos.

Quanto à jurisprudência referida, a partir da década de 1970 passou a aplicar a denominada *equitable standing doctrine* para conceder ou não *structural injunctions*. Tal doutrina só ganhou força desde então. Esse entendimento exige que o particular que promover a ação estrutural prove a existência de prejuízo atual ou futuro aos direitos alegados, não bastando a comprovação de anterior prejuízo para a concessão do pedido. Com essa exigência barra a concessão de inúmeras decisões que intervenham em instituições públicas.

Além disso, começou a limitar o amplo poder reconhecido aos juízes para delinear medidas executórias, como não mais permitir a determinação judicial de aumento de impostos para arrecadar fundos para obter na prática a execução de decisões estruturais. Ainda, limitou as medidas a atenderem apenas àqueles efetivamente prejudicados pelas violações constitucionais, não a todos, indistintamente<sup>148</sup>. Apenas a parte que efetivamente sofreu violação ao seu direito, não a população como um todo, deve se beneficiar da medida.

Fato é que até hoje a Suprema Corte norte-americana entende serem constitucionais as ações estruturais, todavia critica, e muito, a postura dos juízes em implementar as medidas, reconhecendo que o Judiciário é carente de recursos de todos os tipos para desenvolvê-las, como, por exemplo, não saber planejar políticas públicas nem contar com pessoas especializadas nas áreas necessárias para implementá-las nos seus próprios quadros funcionais, bem como não dispor de recursos para tanto, já que todas essas atividades são típicas dos poderes Legislativo e Executivo<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> YOO, John Choon. Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

<sup>149</sup> Conforme Wendy Parker, "the Supreme Court has evidenced its desire that school desegregation orders end now, even if disparities remain and even if immediate ressegregation



A execução promovida em *Jenkins III* é exemplo de múltiplas violações a essa nova orientação<sup>150</sup>. Primeiro, porque o juiz determinou que o Estado pagasse 75% dos custos das medidas a serem adotadas, o que forçou todos os pagadores de impostos a pagar para que a violação constitucional fosse afastada, ao invés desse custo ser limitado àqueles que sofreram prejuízo.

Segundo, determinou programas e construções que beneficiariam todos os estudantes de Kansas City, não apenas aqueles que haviam diretamente sofrido segregação. Diante desse remédio, a Suprema Corte, com o voto do Justice Thomas, entendeu que os juízes não poderiam adotar medidas tão amplas, que beneficiassem todas as escolas da cidade indiscriminadamente, ao invés de se concentrar naqueles estudantes que efetivamente sofreram discriminação<sup>151</sup>.

Em terceiro lugar, o juiz confiou a um número grande de interventores, comitês especiais, peritos e auxiliares o desenvolvimento do plano a ser posto em prática, para que a decisão judicial fosse adequadamente cumprida, transformando o processo judicial em um fórum para discutir como alocar recursos, quando isso deveria ocorrer diante da Assembleia Legislativa.

David Zaring, analisando o assunto, aponta que a Suprema Corte americana tem concluído frequentemente que os juízes estão retirando o poder das

---

will follow termination of the lawsuit". The decline of judicial decisionmaking: school desegregation and district court judges. *North Carolina Law Review*, n. 81, May 2003. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Consulta em: 15 maio 2010.

<sup>150</sup> Para dar cumprimento ao plano de dessegregação do Departamento de Educação de Kansas City (caso Jenkins), o Judiciário gastou US\$ 1,5 bilhões entre 1987 e 1995. Dados apontados por Scott D. Gerber em Justice Clarence Thomas and the jurisprudence of race. *Southern University Law Review*, n. 43, Autumn 1997. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 30 abr. 2005.

<sup>151</sup> Scott D. Gerber, analisando o voto proferido por Clarence Thomas no julgamento de *Jenkins III*, afirma que o ministro determina que "the time has come for us to put the genie back in the bottle", afirmando ainda que os poderes inerentes da corte "ought to be reluctant to approve its aggressive or extravagant use". E encerra seu voto dizendo: "There simply are certain things that courts, in order to remain courts, cannot and should not do. ... When we presume to have the institutional ability to set educational, budgetary, or administrative policy, we transform the least dangerous branch into the most dangerous one". Justice Clarence Thomas and the jurisprudence of race. *Southern University Law Review*, n. 43, Autumn 1997. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 30 abr. 2005.

autoridades locais de forma inapropriada. Nos casos de dessegregação de escolas, tem sido chamada a atenção para o fato de que devem retornar ao controle das autoridades locais, e nos casos de prisão o mesmo tribunal emitiu declaração no sentido de que a visão das autoridades estaduais deve ser considerada, sinalizando que as medidas adotadas devem respeitar as opiniões dos agentes governamentais<sup>152</sup>.

Quanto à legislação, temos o denominado *Prison Litigation Reform Act*, de 1995, que cerceia o poder judicial no que tange a decisões visando à correção de violações constitucionais em prisões. Esta norma legislativa estabelece que a forma adotada para corrigir violação constitucional deve ser bem pensada e não pode ir além do seu objetivo único, que é afastar a violação constitucional; a medida não pode se estender além do necessário para tanto, devendo ser o menos invasiva possível. Ademais, traz inovações procedimentais especialmente desenvolvidas para limitar o poder dos tribunais, como proibir os juízes de soltar os presos, a não ser como último recurso, visto que tal decisão apenas poderá ser emitida por um colegiado formado por três juízes, além de limitar o uso, a remuneração e os poderes dos *special masters*.

John Choon Yoo, ao analisar a lei em comento, afirma que reflete a crescente frustração com a inabilidade dos juízes para controlar a sua própria discricionariedade no desenvolvimento de medidas utilizadas para corrigir violações constitucionais. Além disso, demonstra que, provavelmente, as ações estruturais entrarão numa nova fase, visto que tanto o Congresso como a Suprema Corte parecem dar os primeiros passos para adotar um modelo de medidas que exige que os juízes sigam as políticas públicas já desenvolvidas.

O autor assinala que é esperada no futuro maior interação entre os diversos ramos e níveis governamentais na tarefa de curar violações constitucionais e, com o Congresso mais envolvido, provavelmente essas correções serão

---

<sup>152</sup> National rulemaking through Trial courts: the big case and institutional reform. *University of California UCLA Law Review*, n. 1015, Apr. 2004. Disponível em [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 28 abr. 2005.

menos um produto do Judiciário e mais o resultado de cooperação entre os diversos ramos governamentais<sup>153</sup>.

Diante dos dados coletados, nota-se tendência no sentido de colocar de lado o uso amplo de *structural injunctions* para concretizar direitos constitucionais em razão dos mais variados argumentos, como excessos cometidos por parte do Poder Judiciário, sua inabilidade no desenvolvimento de políticas públicas, custo alto das medidas utilizadas para tanto, legislação restritiva, preconceito com o ativismo judicial, entre tantos outros.

Ainda há inúmeros processos em curso no Judiciário norte-americano tendentes a obter via intervenção judicial a observância concreta dos direitos garantidos constitucionalmente, mas cada vez mais tal solução é afastada para se limitar o poder do Judiciário a apenas indicar o caminho correto a ser tomado pelos demais poderes do Estado, ou para se buscar solução consensual entre os poderes do Estado para que as prescrições constitucionais sejam efetivamente atendidas.

Esse afastamento do Judiciário das políticas públicas é cristalino na prática. Wendy Parker analisou 84 *opinions* publicadas ou disponíveis em meio eletrônico no período de 01 de junho de 1992 a 01 de junho de 2002, que tratavam do tema segregação racial em escolas. A sua conclusão é que hoje aquele “grande poder” exercido pelas cortes distritais nesses casos não é mais visto, estando claramente superado. O que se verifica hoje, geralmente, é a obtenção de uma solução consensual entre as partes, sem a necessidade de intervenção do juiz para que a dessegregação seja buscada e/ou alcançada na prática, sendo raros os casos em que o juiz realmente exerce o controle sobre o desenvolvimento da medida determinada para tanto<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Race-based remedies: recognizing the limits of Judicial Remedies: Who measures the Chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

<sup>154</sup> Ideia por nós resumida a partir de tradução livre do texto da autora. No original: “Perhaps the uniqueness and extent of the Power exercised by district court judges in institutional reform litigation was once overestimated by both sides of the debate. What seems certain now, however, is that the model of the all-powerful judge in school desegregation is outdated. Today, many judges have no power, as they ‘preside’ over cases with no recent activity. In active cases, the parties are determining which issues need judicial resolution and are developing the

## 2.5 Considerações importantes

Vimos nesse tópico que o momento histórico vivenciado nos Estados Unidos quando da emissão das primeiras *structural reform injunctions*, que privilegiava a proteção aos direitos humanos e justificava decisões que os protegessem ao extremo, e o consenso quanto às políticas públicas a serem imperativamente adotadas foram decisivos para que ganhassem vulto no Judiciário desse país.

Ademais, verificamos que alguns fatores são imprescindíveis para que o sucesso das medidas impostas pelo Judiciário seja alcançado, como a nomeação de *expert* na área de atuação da instituição na qual se procede à intervenção, determinação de um plano claro de ação, preferencialmente sinalizando a via de saída do Judiciário do papel de interventor, como também recursos financeiros suficientes para que as obras sejam realizadas.

Myriam Gilles, ao comentar os casos em que foram adotadas *structural injunctions* nos Estados Unidos, afirma que a história aponta que a reforma conduzida pelo Judiciário tendente a reestruturar instituições públicas ocorre efetivamente quando duas condições são atendidas, quais sejam:

*i)* haver um largo consenso entre os membros da sociedade de que as práticas institucionais sistematicamente privam os indivíduos de direitos constitucionais, ou seja, deve ser claro para todos que o problema existe;

---

requisite record. Often the parties resolve the matter on their own with minimal judicial intervention. When the parties are unable to settle, the court routinely grants the defendants' request for a modification of the remedial decree or for termination of the lawsuit. Because the governing law is universally condemned for its ambiguity, the courts are not simply 'applying' the law, rather, choices are being made. Judicial decisionmaking largely occurs only when the defendant wants to use school desegregation to justify its race-conscious student assignment practices but is opposed by another party. Thus, judges rarely 'control' the school desegregation lawsuit or the school system". PARKER, Wendy, The decline of judicial decisionmaking: school desegregation and district court judges. *North Carolina Law Review*, n. 81, May 2003. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 15 maio 2010.

ii) existir amplo apoio à decisão judicial na comunidade; sendo necessário para isso que juízes, advogados e intelectuais encarem a violação constitucional intolerável em uma sociedade justa.

Conclui a autora que, para ser possível mobilizar a máquina judicial em uma ação estrutural, a “paixão” invocada precisa ser “arrebatedora”, sendo, para tanto, mister que os direitos violados sejam claros e os objetivos a serem alcançados, cristalinos, para que todos creiam que pelo atuar do Judiciário a violação terá fim<sup>155</sup>.

Mesmo amplamente acolhidas pelo Judiciário norte-americano, muitos críticos entendem que as ações estruturais, embora em muitos casos tenham sido bem-sucedidas, não são resposta definitiva para melhorar o sistema como um todo, já que os juízes não o consideram quando determinam a intervenção. Ademais, alega-se que o custo das intervenções judiciais é, de modo geral, excessivamente alto, sendo justificado em apenas alguns poucos casos extremos<sup>156</sup>.

Portanto, ao analisarmos a possibilidade de adoção dessas medidas pelo direito brasileiro, tarefa que desenvolveremos no próximo capítulo, mister considerar os argumentos contralevantados pelo direito norte-americano, pois, se reconhecermos ser possível a sua aplicação, com a concessão de tamanhos poderes aos juízes, impossível deixar de estudar o sucesso obtido com as medidas na prática para examinar se é aconselhável adotá-las.

---

<sup>155</sup> Fiss's way: The scholarship of Owen Fiss: III. The judicial power: an autopsy of the structural reform injunction: Oops... It's still moving!. *University of Miami Law Review*, n. 143, Oct. 2003. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 01 abr. 2005.

<sup>156</sup> BARBOSA MOREIRA, ao comentar a decisão proferida em *Brown v. Board of Education*, afirma que existem inúmeras dificuldades práticas para se dar cumprimento a ordens estruturais, afirmando que “fica evidenciado que mesmo o tribunal mais poderoso do mundo pode mostrar-se relativamente impotente para alterar *in concreto* os padrões que regem a vida da sociedade, e passar uma década, ou mais, para que decisão sua consiga atingir o objetivo”. O poder da Suprema corte norte-americana e suas limitações. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, jan. 2008, p. 124.

### **3 DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO DIREITO BRASILEIRO**

#### **3.1 Da necessidade de garantir o cumprimento dos direitos materiais**

Prega-se, atualmente, que o processo civil apenas produzirá decisões legítimas se estiverem de acordo com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, observados também os valores nela incorporados, não mais se limitando a apenas atender ao direito material.

No projeto de novo Código de Processo Civil essa orientação é, inclusive, positivada, determinando o seu art. 1º que

o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Ademais, o mesmo diploma, no art. 6º, estabelece que

ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Ademais, exige-se que seja viável a concretização das decisões prolatadas pelo Judiciário, garantindo ao titular do direito o seu recebimento na prática. Segue-se daí que apenas adequando as formas de execução da decisão judicial emitida para efetivamente atender às exigências da obrigação de fazer ou não fazer que especificamente buscamos fazer cumprir, observando necessariamente tanto os direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna como os valores que encerra, teremos um processo que culminará numa decisão legítima.

Nos Estados Unidos, Owen Fiss<sup>157</sup> justifica o uso das denominadas “ações estruturais”, que visam reorganizar instituições como escolas e presídios por meio de decisões judiciais que provocam uma “revolução” em organizações burocráticas do Estado, com o argumento de que a propositura de tais ações e o deferimento das medidas exigidas pelo caso concreto para o seu atendimento não têm por objetivo simplesmente eliminar violações, mas efetivar os valores constitucionais.

Com base nesse posicionamento, admite as mais variadas medidas para concretizar a decisão judicial que reestrutura entidades do Estado para torná-las de acordo com a Constituição; a escolha de uma ou outra medida diante do caso concreto levará em conta uma série de fatores, dentre os quais deverá atender à necessidade de se obter o melhor julgamento do juiz sobre a forma mais adequada para se eliminar a ameaça aos valores constitucionais em jogo.

Ainda de acordo com Fiss, nesses casos

o juiz deve buscar a “melhor” medida judicial, mas uma vez que seu julgamento deve incorporar essas considerações irrestritas, como eficácia e justiça, e na medida em que a ameaça e o valor constitucional que dão origem à intervenção não podem ser definidos com grande precisão, a adequação da escolha particular da medida judicial não pode ser argüida com certeza. A medida deve estar sempre aberta a revisões, mesmo sem a demonstração exigida tradicionalmente para modificação de uma decisão, qual seja a de que a primeira escolha está causando uma séria adversidade. Uma revisão será justificável se a medida não for eficaz ou for desnecessariamente onerosa<sup>158</sup>.

Doug Rendleman partilha da mesma opinião, afirmando que

os cidadãos devem usufruir os direitos constitucionais de fato, e não substituídos por dinheiro. (...) O Judiciário apenas protege os direitos constitucionais efetivamente através da concessão de uma *injunction* que procure assegurar que o cidadão usufrua os direitos de fato<sup>159</sup>.

<sup>157</sup> As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil* – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 90 et seq.

<sup>158</sup> *Ob. cit.*, p. 92-93.

<sup>159</sup> Tradução livre. No original: “Citizens ought to enjoy constitutional rights in fact, not money substitutes. (...) Courts can effectuate constitutional rights only by granting an injunction that seeks to assure that the citizen enjoys the rights in fact”. The death of the irreparable injury rule. *Michigan Law Review*, n. 1642, May 1992. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 08 mar. 2005.

Tal argumento também é válido no direito brasileiro, pois a jurisdição tem por fim, além de solucionar controvérsias, garantir que os valores constitucionais sejam respeitados. E apenas em se permitindo a adoção das mais variadas medidas executivas, estaríamos possibilitando o atendimento ao direito fundamental da parte de ter à sua disposição procedimentos processuais aptos a permitir que receba aquilo que lhe foi garantido pelas normas materiais.

Ademais, o mesmo argumento é acatado por nossa doutrina<sup>160</sup>, pois admitir o uso dessas medidas impõe-se em virtude da exigência de que não basta que as constituições declarem os direitos fundamentais dos cidadãos, “mas também que haja a possibilidade deles serem efetivamente respeitados e realizados, sendo para tanto imprescindível o estabelecimento de garantias de ordem jurisdicional e processual, para que eles possam ser vindicados”<sup>161</sup>.

Existe constante preocupação em se criarem condições para que todos os direitos, tanto garantidos pela legislação ordinária como por normas constitucionais, possam ser vindicados na prática, pois, do contrário, seriam mera letra morta de lei, sem nenhuma utilidade para aqueles a favor de quem foram instituídos.

Inclusive o art. 4º do projeto do novo Código de Processo Civil, que prevê que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”, revela o cuidado dos seus elaboradores em

---

<sup>160</sup> Cassio Scarpinella Bueno anota que “a ‘constitucionalização’ do direito processual civil não se esgota, contudo, apenas na sua compreensão como método de atuação do próprio Estado. É inegável que o pensamento jurídico considerado como um todo atravessa uma sensível alteração de pólo metodológico com a que vem sendo chamada de “abertura” da norma jurídica. De um ordenamento jurídico claramente ‘hermético’, em que a “lei” deixava pouco ou nenhum espaço para ser preenchida pelo seu intérprete e aplicador, passou-se, gradativamente, a uma textura de ordenamento jurídico completamente diversa, em que o legislador, consciente de que não tem condições de prever com exatidão todas as situações das complexas relações sociais e estatais de atualidade, permite, expressamente, que o intérprete e o aplicador do direito criem a melhor solução para cada caso concreto. E não só: alteração de pólo metodológico que elege, conscientemente, não a lei como referencial normativo basilar e bastante mas a Constituição e toda a dogmática relativa aos direitos fundamentais”. Bases para um pensamento contemporâneo do Direito Processual Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Ed. Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. v. 1. p. 416.

<sup>161</sup> THEODORO JR., Humberto. *O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 49-50.



atentar não só para que a parte obtenha decisão favorável, mas que ela transforme a realidade<sup>162</sup>.

Logo, a exigência constitucional de prestação de tutela jurisdicional adequada aos mais variados direitos materiais apenas será observada se permitirmos que o juiz busque a execução das decisões que exara pelas mais variadas formas. E apenas exigindo que essas decisões atendam aos ditames constitucionais e aos seus valores, bem como aos direitos fundamentais materiais garantidos pela Carta Magna, teremos decisões legítimas.

### 3.2 O art. 461 e as normas processuais em aberto

Na visão dos positivistas ortodoxos, o direito apenas existiria caso houvesse lei que o previsse. Nessa ótica, sem lei não teríamos direito<sup>163</sup>, e o juiz, nessa situação, teria apenas a função de dizer o direito, ou seja, encontrar a norma que regularia o caso *sub judice* a fim de aplicá-la, sem poder interpretar o conteúdo da legislação.

---

<sup>162</sup> Owen Fiss refere que “direitos e medidas judiciais são, contudo, duas fases de um processo social único – a tentativa de dar significado aos valores públicos. Os direitos operam no domínio da abstração, as medidas no mundo da realidade prática. Um direito é uma declaração legítima e particularizada de significado que pode existir sem um remédio judicial – o direito à igualdade racial pode existir mesmo se a corte não fornecer suporte algum (diferente da mera declaração). Portanto, o direito existiria como um padrão de crítica, um padrão para a avaliação das práticas sociais existentes. Uma medida judicial, por outro lado, é um esforço da corte para dar um significado concreto a determinado valor público. Assim, a medida é mais específica, concreta e coercitiva do que a mera declaração do direito; ela constitui a realização do direito”. As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil* – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 97.

<sup>163</sup> Kaufmann chama a atenção para o fato de que ainda se está a procurar “um conceito de direito, que seja mais do que uma formal designação compreensiva do conjunto das leis, e diga algo sobre a realidade do conteúdo do direito. Mas esta procura será vã, se se quiser encontrar ‘o’ conceito de direito. Pois não se pode dar uma definição estritamente lógica de direito, no sentido dum conceito formado por elementos unívocos e fechados. Apenas se pode explicitar, com maior ou menor exactidão, o que se entende por ‘direito’, o que depende, essencialmente, da perspectiva sob a qual ele seja considerado. Neste sentido, há uma pluralidade de conceitos de direito, afirmando todos eles algo correcto (sob o respectivo ponto de vista), mas não compreendendo nenhum deles a totalidade do direito”. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 202.

Para que essa teoria fosse utilizada na prática seria imprescindível que o fato ocorrido fosse exatamente igual ao descrito pelo legislador para poder ser reconhecido o direito pelo juiz, quando se sabe de antemão que os fatos submetidos a julgamento que se encaixam exatamente na moldura prevista na lei são raros. E mesmo quando esse “ideal” ocorre, é exigida atividade interpretativa do julgador, já que, no mínimo, terá de analisar o caso concreto e, com base nessa análise, concluir que realmente corresponde àquele previsto genericamente pelo legislador, autorizando, assim, a aplicação da lei.

Logo, a concepção de direito dos positivistas ortodoxos é claramente equivocada, dada a impossibilidade de a lei regular todas as situações fáticas possíveis de ocorrer no dia a dia, bem como seus exatos contornos. Ademais, há de se encontrar solução para os casos em que essa direta “subsunção” entre fato e norma não ocorre (a maioria), sendo o juiz obrigado a julgá-los independentemente de haver ou não lei que os reconheça claramente.

No cotidiano do foro, portanto, mostra-se quase impossível a configuração de casos em que o juiz aplicará cegamente uma lei, sem interpretá-la<sup>164</sup>. É por essa razão que se mostra necessário determinar como essa interpretação se dará, tanto para preencher lacunas porventura existentes na legislação, como para interpretar conceitos legais que exigem sejam adequados ao caso submetido a julgamento.

É fato que a sociedade atual muda de formas, altera seus conceitos, adota novos posicionamentos com uma velocidade impressionante; é pródiga em novidades; vive uma revolução tecnológica. E exige que o Poder Judiciário seja apto a dar resposta aos novos casos concretos decorrentes dessa

---

<sup>164</sup> Nesse sentido o magistério de Jackeline Mielke Silva, senão vejamos: “A idéia de uma ordem jurídica estática, na qual não haja lacunas e contradições, é uma invenção doutrinária, cuja finalidade ideológica tende à estratificação social. A influência da economia, de aspectos sociais e culturais é tão evidente na atualidade, no mundo pós duas guerras, que se torna impossível defender uma ciência jurídica calcada exclusivamente no jurídico, traduzido, ainda, na lei. Ademais, ainda que fosse possível pensar uma lei nos termos do pensamento racionalista (perfeita para a mera aplicação pelo julgador) – o que se refere apenas a título de argumentação – ainda assim é preciso admitir que a mesma nasce no bojo das relações sociais”. *O direito processual como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 251.

movimentação social e a proteger os direitos que surgem em razão dessas novas situações<sup>165</sup>.

Ciente dessa realidade, o próprio legislador, em inúmeras normas, opta por adotar conceitos cuja abertura deixa larga margem de interpretação ao julgador para determinar se o caso *sub judice* está ou não englobado na previsão legal genérica, ou seja, utiliza conceitos amplos, que podem abarcar uma diversidade de fatos imensa (sejam ou não previamente imaginados pelo legislador como passíveis de ocorrerem), de acordo com a interpretação que o juiz realizar quando puser em correspondência fato e norma.

O direito processual civil não ficou imune à tendência do legislador de editar cada vez mais leis que adotam conceitos abertos/indeterminados. Essa opção visa, claramente, possibilitar o alcance da prestação de tutela jurisdicional efetiva, garantida como direito fundamental dos cidadãos pelo art. 5º., XXXV, da CF.

Para tanto, é necessário que o processo não se limite a reconhecer o direito, devendo, além disso, ser apto a tutelá-lo adequadamente, dentro de um prazo razoável e entregando na prática ao credor o que é seu de direito. Em outras palavras, adquiriu-se a consciência de que, embora seja autônomo do direito material, o processo não pode ser afastado de sua função primordial, qual seja, pacificar conflitos. Assim, a forma deve ser moldada para o pleno atendimento do direito vindicado e ser adequada para tutelar o fato submetido à apreciação judicial.

Para que tal desiderato seja alcançado nem sempre normas estanques serão suficientes. Nesse sentido é o magistério de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

---

<sup>165</sup> Kaufmann afirma que “o legislador tenta conceptualizar as situações típicas da vida da forma mais precisa possível; mas a jurisprudência tem depois de disseminar de novo estes conceitos, pois eles mostram-se demasiado limitados (‘definidos’) para poder fazer justiça às situações de vida; imediatamente, contudo, começa o processo em sentido inverso, no qual é dada (porventura pelos comentadores da lei) uma nova definição ‘corrigida’ do conceito em questão, que, por seu lado, em presença da multiplicidade da vida apenas pode servir para um período mais ou menos duradouro – um processo que nunca terá fim”. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 190-191.

Se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um *prius* anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos<sup>166</sup>.

A adoção de conceitos abertos, ao invés de indicar previamente um rol de situações que, se configuradas, acarretariam a aplicação da lei, evita que fatos fiquem impedidos de serem regulados por um dado procedimento apenas por não constarem da “lista” elaborada pelo legislador. Logo, representam um grande avanço ao permitir que o juiz, diante do caso concreto, determine se o procedimento pode ou não ser utilizado para regulá-lo, bem como qual é o melhor entre aqueles cuja adoção é possível para tutelar adequadamente a situação posta *sub judice*.

Inúmeros conceitos abertos são adotados por nossas regras processuais. Exemplificando, temos o art. 273 do CPC, que aponta como requisito para a concessão de tutela antecipada a existência de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; o art. 522, também do CPC, que exige os mesmos requisitos para que o agravo possa ser interposto na forma de instrumento, e o art. 798 do mesmo diploma legal, que permite ao juiz determinar as medidas provisórias que “julgar adequadas”.

Voltando ao tema por nós submetido a estudo nesta tese, necessário apontar a redação do art. 461 do CPC, que regula o procedimento para obtenção do cumprimento de decisões que determinam um fazer ou não fazer, como um exemplar tipo legal que abarca vários conceitos indeterminados.

Inicialmente, impende ressaltar que essas obrigações, até pouco tempo atrás, resolviam-se obrigatoriamente em perdas e danos, não tendo o credor a opção

---

<sup>166</sup> Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 836, p. 12, jun. 2005.

de buscar a sua tutela específica. Todavia, após a alteração do art. 461 do CPC em 1994, deu-se ao credor a faculdade de optar por receber o equivalente monetário, ou exigir o respeito ao próprio direito específico que lhe é devido, por meio de mecanismos aptos para tanto, sempre com o uso de normas abertas. Ora, o art. 461 do CPC<sup>167</sup>:

*i)* autoriza a busca de medidas que possibilitem o alcance de “**resultado prático equivalente**” àquele que seria obtido caso a obrigação tivesse sido voluntariamente cumprida (art. 461 *caput*);

*ii)* permite o deferimento de tutela antecipada caso haja “**justificado receio de ineficácia**” do provimento final (art. 461, parágrafo 3º);

*iii)* faculta ao juiz, de ofício ou diante de requerimento da parte, a imposição de multa diária para coagir o réu a cumprir a obrigação, desde que “**suficiente ou compatível com a obrigação**” (art. 461, parágrafo 4º.);

*iv)* permite o uso, para o alcance da efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, de “**medidas necessárias**” para tanto (art. 461, parágrafo 5º.).

Ainda concentrados nos conceitos abertos utilizados pela legislação para permitir o atendimento na prática das obrigações de fazer e não fazer, temos o disposto no art. 14 do CPC, que autoriza a imposição de multa no caso de descumprimento de decisão mandamental, o qual faz uso de conceitos indeterminados ao determinar que no caso de descumprimento ao inciso V se configurará “**ato atentatório à dignidade da jurisdição**” e que a multa será fixada de acordo com “**a gravidade da conduta**”.

---

<sup>167</sup> No projeto do novo Código de Processo Civil o artigo estudado é apresentado com algumas modificações. De qualquer forma, o seu art. 502 também faz referência a “medidas necessárias à satisfação do credor”, “obtenção do resultado prático equivalente” e “outras medidas”, além das ali referidas para dar cumprimento ao quanto determinado pelo juiz, mantendo, portanto, a adoção de conceitos indeterminados no que se refere ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

A escolha por conceitos abertos nesse tema é plenamente justificada. A tutela específica das obrigações de fazer e não fazer pode envolver muitas e variadas situações, impondo-se a possibilidade de adoção das mais variadas formas executivas para atendê-las na prática, sob pena de ver frustrado o intuito do credor de receber o quanto lhe é devido tal como reconhecido por decisão judicial. Não existe, aqui, a possibilidade de se pensar em formas predefinidas para afastar a sua violação.

Para ilustrar esse fato, como exemplos de obrigações de não fazer podemos indicar a de não revelar segredo industrial e a de não poluir. Como obrigações de fazer, temos desde a de o Estado garantir o acesso à saúde e fornecer medicamentos a todos os cidadãos até a obrigação de um pintor realizar a pintura de uma parede, ou de um quadro único.

Além desses, a maioria dos direitos/deveres individuais ou coletivos garantidos pelo art. 5º da CF envolve obrigações de fazer ou não fazer, como o dever de respeitar a igualdade entre homens e mulheres (inciso I), o direito à liberdade de crença (inciso VI), o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (inciso X) e da casa (inciso XI), a garantia do sigilo da correspondência como um todo (inciso XII), a defesa do consumidor (inciso XXXII), o direito de não ser discriminado por raça (inciso XLII), o direito de ter assistência jurídica prestada pelo Estado (inciso LXXIV)<sup>168</sup>. A violação desses direitos implica, geralmente, lesões irreparáveis ou de difícil reparação.

Não é possível, conforme já frisado, pela adoção de um modelo padrão, regular adequadamente situações fáticas tão distintas. Em outras palavras: não serão meios executivos iguais adequados para atender tanto à determinação de um empreiteiro finalizar a construção de um prédio quanto a outra que imponha ao Estado o dever de construir escola, contratar professores e viabilizar o acesso

---

<sup>168</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível em: [www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br). Acesso em: 4 ago. 2004.

de crianças de uma região geográfica específica a essa escola, a fim de cumprir o seu dever de garantir educação a todos os cidadãos<sup>169</sup>.

Assim, justifica-se o uso de conceitos abertos para regular as formas de obtenção do cumprimento de decisões que determinem um fazer ou não fazer, permitindo que o juiz molde o procedimento ao caso concreto, adequando-o ao direito submetido à sua apreciação, pois apenas assim se poderá alcançar o desiderato de tutelar tais obrigações de forma adequada, tal como garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF.

Certo é que tal posicionamento afasta a aplicação do princípio da tipicidade dos meios executivos, ao qual anteriormente se dava enorme importância, por ser a proteção do executado contra os possíveis arbítrios judiciais que poderiam ocorrer caso se possibilitasse que o juiz, diante do caso concreto, escolhesse os meios mais adequados para executar determinada decisão.

Todavia, é a única forma de atender aos ditames constitucionais no que tange à tutela das obrigações em análise. Ademais, conforme refere Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, atualmente

a segurança jurídica de uma norma se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, na medida em que ela está a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime. Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido

---

<sup>169</sup> Ovídio Baptista da Silva afirma que hoje, diante da busca por mais efetividade do ordenamento jurídico, o que significa o cumprimento de fato dos direitos proclamados pelo legislador, aparece mais claramente “a crise que envolve nossas instituições processuais e verificar que o ponto crucial desse desajuste encontra-se, precisamente, na inadequação dos instrumentos executórios. Essa reconhecida inadequação de nossos instrumentos executórios está diretamente comprometida com os mesmos princípios há pouco indicados, que consideram a função jurisdicional como uma mera atividade mecânica. Como a execução das obrigações de fazer em geral implicam a exigência de uma adaptação criativa por parte do magistrado, porquanto o fazer dificilmente se poderia enquadrar na rigidez dos esquemas abstratos e simplificados de um preceito genérico, cria-se para o legislador e para o juiz esse obstáculo, dificilmente superável por meio do instrumental técnico e conceitual disponível”. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 343.

pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto<sup>170</sup>.

E, no mesmo estudo, finaliza afirmando que o direito processual não se limita a ter como valor a segurança, devendo ser também atendidos outros valores, como a realização da justiça material no caso posto sob apreciação judicial, através de um processo sempre equânime e efetivo<sup>171</sup>.

Hoje, portanto, opta-se por tutelar adequadamente os direitos vindicados, o que apenas será possível com a adoção de “formas alternativas” de execução e a permissão de uso de uma imensa gama de formas de cumprimento de decisões pelos juízes<sup>172</sup>, ainda que em detrimento da segurança que a tipicidade garantia<sup>173</sup>, sob pena de engessamento do Judiciário e não alcance do fim do processo, qual seja, a pacificação de conflitos<sup>174</sup>.

---

<sup>170</sup> O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: [www6.ufrgs.br](http://www6.ufrgs.br). Acesso em: 30 ago. 2010.

<sup>171</sup> O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: [www6.ufrgs.br](http://www6.ufrgs.br). Acesso em: 30 ago. 2010.

<sup>172</sup> Buscam-se, assim, *tutelas diferenciadas* para garantir na prática os direitos garantidos pelas leis materiais, porque, conforme magistério de Ricardo de Barros Leonel, “pensar na denominada tutela jurisdicional diferenciada nada mais é que explorar a possibilidade de predisposição de mecanismos, no processo, que o tornem apto a cumprir, com maior eficiência, seu papel no contexto do direito”. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 12.

<sup>173</sup> Interessante a observação de Jaqueline Mielke Silva no sentido de que “a limitação no exercício da função judicial tem sua justificativa na segurança jurídica. A idéia é impedir que o juiz possa agir com arbitrariedade e ‘fugir’ aos interesses que prevalecem na sociedade em um determinado momento. Entretanto, para impedir qualquer possibilidade de criação por parte do julgador, é preciso acreditar que o sentido das normas gerais é preciso e que não possua indeterminações, pois, caso contrário, inevitavelmente se estaria abrindo uma porta para a interpretação, e com isto haveria o risco de uma decisão contrária aos interesses predominantes”. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 248.

<sup>174</sup> Segundo refere Luiz Guilherme Marinoni, o sistema da tipicidade dos meios executivos entrou em colapso justamente em decorrência da premissa que o fundamenta, pois “essa premissa supõe que as necessidades oriundas das várias situações de direito material podem ser igualizadas e, portanto, contentarem-se com os mesmos meios executivos. (...) Ora, a diversidade das situações de direito material implica a tomada de consciência da imprescindibilidade do seu tratamento diferenciado no processo, especialmente em relação aos meios de execução. Ou seja, é equivocado imaginar que a lei pode antever os meios de execução que serão necessários diante dos casos concretos. A lei processual, se assim atuasse, impediria o tratamento adequado daqueles casos que não se amoldam à situação padrão por ela contemplada”. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 227-228.



E não alcançando, estaremos desrespeitando o dever insculpido no art. 5º, XXXV, da CF, o qual estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

### 3.3 O processo no Estado Democrático de Direito

A partir da Constituição Federal de 1988, não é possível realizar análise do processo que prescindida da sua perspectiva constitucional, em razão do fenômeno por nós visto da constitucionalização do direito infraconstitucional<sup>175</sup>. Ou seja: não se admite processo que não se mostre adequado para pacificar conflitos em um Estado Democrático de Direito como é o nosso, nem que permita a não observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Dessa forma, temos que o processo, primeiramente, deve garantir tutela jurisdicional adequada a todos os direitos. A CF, ao determinar no seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantiu direito fundamental aos cidadãos de acesso à justiça não apenas formal, mas também adequado à efetiva tutela do direito material *sub judice*. Esse entendimento se impõe em virtude do fato de nada adiantar se franquear a chegada dos cidadãos aos tribunais para pleitear em juízo seus direitos, diante da proibição de autotutela, se não receberem resposta adequada aos seus conflitos, ou receberem resposta apenas formal por não ser apta a alterar o mundo dos fatos.

O mesmo art. 5º da CF, em seus incisos LIV e LV, prevê ser direito fundamental do cidadão não ser privado de sua liberdade e dos seus bens sem o devido processo legal, assegurados ainda o contraditório e a ampla defesa,

---

<sup>175</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz et al. (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 672.

bem como os meios e recursos a ela inerentes. Assim, diante da imposição constitucional, não pode haver processo que não atenda a esses preceitos.

E a ressalva feita com relação ao acesso à justiça vale também aqui: o contraditório não pode ser apenas formal, pois é necessário garantir-se materialmente a igualdade das partes no processo, proporcionando paridade de armas e exigindo que o juiz tome providências em situações de desigualdade, a fim de “corrigi-las”, como determinar a realização de provas ou inverter o ônus de a realizar. Vale desde já ressaltar que, ao assim agir, o juiz não estará “advogando” para uma das partes, mas buscando a imposição dos deveres previstos pelo art. 5º da CF e proporcionando o alcance da Justiça efetiva. Além disso, garante o art. 5º, LXXVIII, da CF que todos tenham assegurada “a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Por fim, é necessário que seja observada a imposição do art. 93, IX, da CF no sentido de ser atendido sempre o dever de se dar publicidade às decisões judiciais e de fundamentá-las.

Nesse passo, temos que todos esses elementos devem hoje estar presentes em nosso processo, visto que a Constituição Federal vigente assim o exige. Os doutrinadores pátrios, partindo dessa realidade, passaram a apontar as características e os requisitos que o processo deve atender para se adequar aos ditames constitucionais ao conceituá-lo e ao fixar sua natureza jurídica.

Cássio Scarpinella Bueno, abandonando as concepções tradicionalmente adotadas para definir o processo, estabelece ser este o método de atuação dos Estados Democráticos de Direito, visando ao alcance de um ato final que seja apto a reconhecer a existência do direito e tutelar a lesão ou ameaça a direito levada ao conhecimento do Estado-juiz. Ademais, afirma que esse processo, visto como forma de atuação do Estado,

deve ser entendido, amplamente, como forma de proteção dos direitos dos destinatários do ato, ao mesmo tempo que se garante o melhor cumprimento das finalidades a serem perseguidas pelo próprio Estado. Neste contexto, o *processo* deve ser entendido como *técnica* que

busca garantir que o equilíbrio entre “fins” (os “escopos do processo”) e “meios” (o “modelo constitucional do processo civil”) seja adequadamente alcançado. É ele, como método, como técnica, de manifestação do Estado, que garante o indispensável equilíbrio entre “autoridade” e “liberdade” e bem realiza, por isto mesmo, o modelo de Estado Democrático de Direito que, para voltar ao ponto de partida, justifica-o e, mais do que isto, o impõe<sup>176</sup>.

José Roberto dos Santos Bedaque defende posição similar ao afirmar que o processo não se resume à noção de forma, pois toda a sua organização e estrutura se justifica apenas pelos valores e princípios que incorpora. Assim, preleciona que um processo que seja regular do ponto de vista formal não terá valor se não atender aos valores constitucionais que dão o seu norte<sup>177</sup>.

Em virtude disso, define processo como “método estatal de solução de controvérsias”, a fim de facilitar a revisão do formalismo excessivo, afastando a necessidade de preenchimento de todos os requisitos de validade da “relação jurídica processual” para que o processo possa se desenvolver adequadamente.

E finaliza afirmando que o processo apenas é relevante para proporcionar a solução dos conflitos jurisdicionalmente de modo rápido e seguro; por essa razão, as formas e a técnica apenas deverão ser observadas para viabilizar que o método de trabalho se desenvolva com segurança, não havendo justificativa para se entender o instrumento como mais importante que o objeto ao qual serve<sup>178</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, afirma ser o processo

um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*. É o *módulo legal* que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, *colabora para a legitimidade da decisão*. É a *via* que garante o acesso

<sup>176</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 372-373.

<sup>177</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

<sup>178</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 190-191.

*de todos* ao Poder Judiciário e, além disto, é o *conduto* para a *participação popular* no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem que ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais.

É evidente que o procedimento, quando compreendido nessa dimensão, é atrelado a valores que lhe dão conteúdo, permitindo a identificação das suas finalidades. Isso pela razão óbvia de que o procedimento, à luz da teoria processual que aqui interessa, não pode ser compreendido de forma neutra e indiferente aos direitos fundamentais e aos valores do Estado constitucional. Nesse momento não há razão para tentar penetrar na essência de outro processo que não aquele que importa à jurisdição do Estado contemporâneo<sup>179</sup>.

Diante das definições transcritas, vemos que qualquer concepção atual de processo, obrigatoriamente, deve levar em consideração as suas garantias essenciais, como o respeito à ampla defesa, à igualdade entre as partes, à duração razoável do processo, à fundamentação e publicidade das decisões, à garantia de juiz imparcial e independente, à assistência judiciária, entre outras estabelecidas pela Constituição Federal e pela legislação pátria.

Necessário ainda sempre ter em conta a ideia de que o processo deve ser apto a alcançar o fim a que se propõe, qual seja, tutelar efetivamente o direito que deve ser por ele protegido ou restaurado, alcançando-se com isso a pacificação social almejada<sup>180</sup>.

Assim, realizada essa introdução, observamos que a noção constitucional de processo exige sejam dadas inúmeras possibilidades para que seja alcançado o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, não podendo a norma processual se limitar a prever alguns procedimentos estanques para tanto.

Isso porque, conforme já vimos, elas englobam situações fáticas extremamente díspares, que apenas poderão ser adequadamente atendidas na prática se

---

<sup>179</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 466-467.

<sup>180</sup> Conforme magistério de Gisele Santos Fernandes Góes, “se vigora o Estado Democrático de Direito, não se pode conceber que o direito material faleça diante da forma do Direito Processual Civil. O Processo Civil clama por uma reinterpretação em consonância com o Estado, com o princípio da interpretação conforme a Constituição e com o princípio da proporcionalidade”. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26-27.

vários forem os meios disponibilizados ao juiz para tanto. É, portanto, de acordo com a Constituição Federal a adoção da norma aberta do art. 461 do CPC.

Para deixar bem claro, frisamos que, diante da consciência da importância do uso de meios adequados à tutela do caso concreto para se obter na prática o quanto devido, desenvolve-se inclusive corrente doutrinária no sentido de propor como regra a atipicidade dos meios executivos. José Roberto dos Santos Bedaque, por exemplo, defende que talvez hoje o ideal seja estender-se o modelo executivo atípico previsto para a execução das obrigações de fazer, não fazer e dar previsto no art. 461 do CPC para se buscar o cumprimento de quaisquer sentenças condenatórias<sup>181</sup>.

Também Fábio Cardoso Machado entende que a atipicidade do modelo executório deve ser adotada genericamente, sob o argumento de as atividades jurisdicionais satisfativas poderem ser as mais diversas, não necessariamente equivalentes ao dever determinado pelo direito material<sup>182</sup>.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao analisar a efetividade e a segurança em perspectiva dinâmica, conclui pela necessidade de atipicidade das formas de tutelas, afirmando:

A efetividade qualificada, numa perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a “necessidade de tutela” manifestada na demanda. Para tanto, é altamente desejável sejam elásticas e diferenciadas as formas de tutela, levando em conta as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e as exigências do caso concreto. Essencial, ainda, que outorguem o máximo de efetividade, desde que preservados outros direitos fundamentais, a exemplo do direito ao processo justo, que é a concretização deontológica do valor da segurança no Estado constitucional. Significa isso não só afastar na medida do possível a tipicidade das formas de tutela, como também elastecer o seu leque para abarcar todas as formas de direito material e as crises por ele sofridas (direito individual ou coletivo, condenação, constituição, declaração, mandamento e execução), bem como assegurar formas repressivas ou preventivas, com ou sem receio de lesão, de modo a preencher totalmente a exigência de adequação. Também é

---

<sup>181</sup> *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 547.

<sup>182</sup> *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 243.

indispensável que a tutela possa se refletir efetivamente no mundo social. Não basta apenas declarar a existência do direito, mas realizá-lo faticamente quando necessário”<sup>183</sup>.

Além de possibilitar o atendimento do direito constitucional dos jurisdicionados de obter tutela adequada dos seus direitos, outro argumento a autorizar a construção do procedimento pelo juiz diante do caso concreto para tutelar obrigações de fazer ou não fazer é o fato de hoje se exigir que o juiz assuma claramente sua função de condutor do processo, o que significa possibilitar que ele tenha postura ativa, afastando formalismos exagerados e/ou incompatíveis com o caso concreto *sub judice*, para utilizar meios criativos e/ou inovadores para atingir a solução do conflito que deve resolver.

O juiz deve buscar que seja o processo sob sua condução efetivo, eficiente, útil. Logo, respeitando as demais garantias fundamentais do processo consagradas pela Constituição Federal, estará autorizado a utilizar-se dos mais variados meios executivos para fazer cumprir obrigações de fazer e não fazer, sob pena de não desempenhar suas funções de forma satisfatória. Essa possibilidade encontra respaldo na letra do art. 461 do CPC, já que tal norma adota conceitos indeterminados, que oferecem um leque infindável de opções aos juízes para buscar a solução do caso concreto.

### 3.4 Da judicialização da vida cotidiana

---

<sup>183</sup> *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Disponível em: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Acesso em: 16 mar. 09. O mesmo autor, em outra oportunidade, lembra que “a forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. (...) Pondere-se, dentro dessa linha, que a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. E dessa maneira poderia fazer até periclitár a igual realização do direito material, na medida em que a discricão do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade judicial, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito. Não bastasse isso, se estrangido o órgão judicial de cada processo a elaborar para o caso concreto, com grande desperdício de tempo, os próprio princípios com a finalidade de dar forma ao procedimento adequado, permaneceria inutilizável o tesouro da experiência colhida da história do direito processual”. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em: [www6.ufrgs.br](http://www6.ufrgs.br). Acesso em: 30 ago. 2010.

Assistimos a uma crescente tendência de judicialização da vida cotidiana no Brasil, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, que alçou à seara constitucional questões relacionadas ao dia a dia dos cidadãos brasileiros. Tal fato acaba por exigir que o Judiciário equacione problemas que antes não encontravam guarida nesse poder, a fim de garantir o pleno cumprimento das normas constitucionais<sup>184</sup>.

Essa tendência, de acordo com Luis Roberto Barroso, aparece em diversas partes do mundo, em diferentes épocas. Os tribunais constitucionais, nesses casos, são chamados para resolver questões de amplo espectro político, bem como para implantar políticas públicas ou dar resposta a escolhas morais que a sociedade deveria realizar. E conclui afirmando que essa judicialização decorre, em primeiro plano, do modelo de Constituição analítica adotado no Brasil e também em virtude do sistema de controle de constitucionalidade abrangente previsto em nossa legislação, que permite sejam discutidas em ações judiciais questões de largo alcance, seja político, seja moral<sup>185</sup>.

Portanto, questões relevantes relacionadas ao cotidiano da população brasileira vêm sendo analisadas não no seu foro “natural”, qual seja, os poderes Legislativo e Executivo, responsáveis pelo desenvolvimento das políticas públicas em geral, mas, sim, no Judiciário, transferindo-lhe parcela de poder antes exercida pelos demais braços do governo<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Humberto Theodoro Júnior observa que “o Estado Democrático de Direito, em suma, revelou-se como aquele em que a Jurisdição vem assumindo, de maneira efetiva, um realce político e social jamais ocorrido na história da civilização”. Estrutura e função no campo do direito processual – visão estática e visão dinâmica do fenômeno jurídico. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (Org.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 7.

<sup>185</sup> *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Acesso em: 16 mar. 09. No mesmo sentido preleciona Ricardo Lobo Torres, afirmando que “nos últimos anos vem se afirmando no Brasil, a exemplo do que já ocorria nos países democráticos, o fenômeno da judicialização da política. Consiste na interferência do judiciário sobre as questões políticas insitas à elaboração legislativa, principalmente na via do controle da constitucionalidade”. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 111.

<sup>186</sup> Ver BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Acesso em: 16 mar. 09.

Uma vez deduzida pretensão em juízo, com base em norma constitucional, não há como o juiz se abster de decidir a questão tal como posta<sup>187</sup>. Óbvio que em alguns casos o Judiciário acaba substituindo o legislador ao dizer como a sociedade deve se comportar, qual política deve ser adotada, entre outros, com o fito de garantir que a sociedade tenha suas demandas atendidas.

Todavia, a exigência de o Poder Judiciário atuar cada vez mais para a definição do quanto deveria ser determinado pelo parlamento deixa clara a fraqueza de nosso Poder Legislativo, que se mostra omissos em estabelecer claramente as regras a serem seguidas.

Exemplo disso foram as audiências públicas e julgamento referentes ao uso e pesquisa de células-tronco embrionárias, como lembrado por Luiz Roberto Barroso, que tiveram sua sede principal no Supremo Tribunal Federal, ao invés de tal debate ter se instalado quando da elaboração da lei<sup>188</sup>, a discussão sobre a vigência da chamada “Lei da Ficha Limpa”, a definição do direito de greve no serviço público e a eliminação do nepotismo também no serviço público.

Assim, temos que o ativismo judicial é imprescindível para atender aos ditames constitucionais, ainda mais se visarmos a observância plena de um diploma constitucional como o brasileiro, que abarca a garantia aos mais variados direitos materiais, os quais não podem ficar sem proteção ampla do Judiciário caso ocorra a sua violação.

Alia-se a isso o fato de os poderes Legislativo e Executivo no Brasil, em todos os níveis, terem deixado muito a desejar no que tange à busca de definições de políticas públicas claras e realistas para que os direitos constitucionais sejam

---

<sup>187</sup> Além disso, importante salientar que “a obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 229.

<sup>188</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Acesso em: 16 mar. 09.



plenamente atendidos, deixando margem enorme de atuação ao Judiciário, que deve agir sempre que os direitos materiais forem violados.

De fato, não há outra saída senão entendermos que ao Judiciário devem ser garantidos os mais variados meios para levar a que o devedor acate a deliberação jurisdicional que visa proteger tais direitos, pois, caso contrário, mais uma vez iremos frustrar as expectativas dos consumidores da Justiça, pois de nada adianta àquele que acessou o Judiciário obter decisão judicial que se limite a declarar seus direitos sem atendê-los na prática.

### **3.5 Poderes do juiz e tutela jurisdicional efetiva**

Vimos no presente capítulo que inúmeros argumentos advogam pela possibilidade de o juiz brasileiro adotar os mais variados meios processuais executórios para tutelar de forma específica as obrigações de fazer e de não fazer.

Primeiro, há entendimento no sentido de que o processo hoje deve buscar fazer valer tanto os direitos materiais garantidos pela legislação como pela Constituição Federal, bem como os valores incorporados pela nossa Carta Magna, o que nos conduz à direção de um processo obviamente apto a garantir na prática os direitos que reconhece como devidos.

Ademais, a adoção de conceitos abertos por nossa legislação processual, bem como a consciência de que apenas através de meios executivos atípicos será viável o alcance do fim colimado pelo processo, qual seja, dirimir o conflito e atender adequadamente o direito em causa, também ordena ao juiz seja ativo e criativo ao determinar a forma por meio da qual buscará o acatamento do seu decreto na prática.

O juiz deve dar vida aos valores e direitos previstos genericamente no ordenamento jurídico. A tutela jurisdicional efetiva apenas será garantida se

apta a conduzir o credor à mesma situação em que se encontraria caso o desrespeito ao seu direito não tivesse se concretizado.

Essas premissas, hoje amplamente aceitas, conduzem necessariamente a um processo que coloque nas mãos do juiz amplos poderes para desenhar o meio mais adequado para se obter o cumprimento do direito *sub judice*, já que formas preestabelecidas pela legislação são notoriamente insuficientes para tanto.

Por fim, a judicialização da vida cotidiana, com a constitucionalização de direitos até então sem *status* constitucional, de certa forma obriga o Judiciário a decidir sobre questões antes alheias à discussão nesse órgão, já que seu *habitat* natural eram o Executivo e o Legislativo. Contudo, uma vez que não pode o órgão se furtar a realizar a sua função primordial, qual seja, dirimir conflitos, é necessário que encontre resposta adequada para as situações submetidas à sua apreciação, mormente por termos os outros poderes de Estado omissos na delimitação de políticas públicas aptas a, dentro das limitações orçamentárias existentes, atenderem ao maior número de demandas dos cidadãos.

Segue-se daí que a legislação pátria reconhece ao juiz amplos poderes para determinar a melhor forma de buscar executar seu comando em sede de obrigações de fazer e de não fazer, não havendo limitação outra senão a proibição constitucional de prisão por dívida, como veremos a seguir.

Conforme magistério de Alexandre Freitas Câmara, é necessário

reconhecer ao juízo da execução amplos poderes, limitados apenas pelas garantias constitucionais (como a do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana), de forma a assegurar que o Estado seja capaz de atuar o direito material *in concreto*. A não se pensar assim, com todas as vênias, ter-se-á assinado a sentença de morte do processo, que perecerá por absoluta ineficácia<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup> A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 80, p. 15, nov. 2009.

Assim, ao partirmos para o estudo da possibilidade de adoção das medidas estudadas nos capítulos 1 e 2 pelo direito brasileiro necessário considerarmos as premissas aqui postas, que reconhecem que o Judiciário possui amplos poderes executórios, mormente em sede de obrigações de fazer e não fazer.

E impende ainda levarmos em consideração os óbices encontrados pelo direito norte-americano quando as colocou em prática, bem como os óbices naturalmente apontados quando o Judiciário adentra na seara das políticas públicas.

#### 4 ADOÇÃO DAS MEDIDAS UTILIZADAS NO JUDICIÁRIO NORTE-AMERICANOS PELO DIREITO BRASILEIRO

Tendo em mente todos os argumentos analisados no capítulo anterior para justificar a ampla atuação jurisdicional no Brasil, passamos a estudar a possibilidade de adotarmos, *in concreto*, as medidas utilizadas no direito norte-americano e por nós analisadas nos capítulos 1 e 2 do presente trabalho para fazer valer na prática as decisões judiciais que imponham um fazer ou não fazer.

Interessa frisar, *ab initio*, que o reconhecimento da importância da tutela específica é recente em nosso ordenamento. Até a reforma do CPC ocorrida em 1994, com a alteração do seu art. 461, o credor de obrigações de fazer ou não fazer tinha de se contentar com o recebimento de perdas e danos, em razão da inexistência de procedimento próprio eficaz para o atendimento do seu direito em espécie. Desde então, cada vez mais se reforça a busca da entrega ao credor daquilo que é seu, não impondo a ele a aceitação de pagamento de quantia em dinheiro em substituição<sup>190</sup>.

Esse movimento de partir da tutela ressarcitória para a tutela específica teve lugar, da mesma forma, no Judiciário norte-americano, porém um pouco mais cedo que o verificado no sistema pátrio. Noticia Fiss que, tradicionalmente, o sistema norte-americano reconhece a existência de uma hierarquia de decisões que podem ser concedidas na prática. A *injunction* assumia posição subordinada, sendo concedida apenas naqueles casos em que outras medidas se mostrassem inadequadas para atender de forma efetiva ao direito *sub judice*, lembrando ainda que esse entendimento deriva do tempo em que as *injunctions* eram concedidas apenas para proteger os direitos de propriedade<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Ver, sobre o assunto, o item 4.2 desse trabalho, em especial sua parte final.

<sup>191</sup> Tradução livre e resumida. No original: "Traditionally the relationship among remedies has been hierarchical. Remedies are ranked. Those near the top are the ones preferred. Those near the bottom may be utilized, but only if certain special conditions are met – conditions that are

Apenas a partir de *Brown*, que teve seu início na década de 1950, tais decisões passaram a ser usadas mais comumente, saindo da posição subsidiária para ter sua aplicação mais frequente, principalmente nos casos envolvendo direitos civis, garantindo-se, com isso, a observância da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer<sup>192-193</sup>.

Logo, assim como ocorrido no Brasil, também nos Estados Unidos houve inicial resistência a ver o Judiciário agindo para garantir o cumprimento dos direitos *in natura*, sempre que possível. Todavia, o caminho para se reconhecer a possibilidade de concessão de tutela específica começou a ser trilhado muito antes lá do que no Brasil, o que significa que os meios processuais destinados a garantir o recebimento das obrigações de fazer e não fazer já foram testados por eles na prática à exaustão, conforme já referido no presente trabalho.

E por isso o estudo dos institutos utilizados por eles para se obter a tutela específica de obrigações de fazer ou de não fazer mostra-se válido, bem como a análise da possibilidade de sua utilização no direito brasileiro, a fim de com isso potencializar as chances de ver-se cumpridas na prática as decisões que determinem um fazer ou não fazer.

---

not placed on the other remedies. This notion of a hierarchy of remedies has been one of the hallmarks of our legal system. Even more striking is the fact that in this hierarchy the injunction has classically been assigned a subordinate position. The injunction has been deemed an “extraordinary” remedy, to be used only if all else fails. The injunction should not issue, so tradition tells us, until it can be demonstrated that other remedies are inadequate. These doctrines are the inheritance of an age when the injunction was paradigmatically used to protect property rights, such as those associated with the ownership of land”. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978, p. 1.

<sup>192</sup> *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978, p. 4. O mesmo autor complementa afirmando que “there is no reason why the injunction should be disfavored as a remedy, why it should be subject to restrictions not applied to other remedies. I will urge that the traditional view give way to a nonhierarchical conception of remedies, where there is no presumptive remedy, but rather a context-specific evaluation of the advantages and disadvantages of each form of relief. It should not be necessary to establish the inadequacy of alternative remedies before the injunction becomes available: at the same time, the superiority of the injunction should not be presumed, but rather dependent on an analysis of its technical advantages and the system of power allocation that it implies”. *Ob cit.*, p. 6.

<sup>193</sup> Esse caminhar já era sentido por Abram Chayes em 1976, quando escreveu que “one of the most striking procedural developments of this century is the increasing importance of equitable relief. It is perhaps too soon to reverse the traditional maxim to read that money damages will be awarded only when no suitable form of specific relief can be devised. But surely, the old sense of equitable remedies as “extraordinary” has faded”. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, n. 89, May 1976. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 18 mar. 2010.

## 4.1 Do *Civil Contempt*

### 4.1.1 Da multa

Nos Estados Unidos, como vimos, as multas pecuniárias são importadas sob a denominação *civil contempt* por duas diferentes razões: coagir o devedor a cumprir a obrigação e assegurar a dignidade da Justiça.

Ambos os usos também são franqueados aos consumidores da Justiça brasileira para verem atendidos na prática os comandos judiciais reconhecendo devidas obrigações de fazer ou não fazer, ou seja, a multa pode ser utilizada tanto para fins de coerção como para punição, havendo, inclusive, previsão expressa na legislação pátria nesse sentido.

A função primeira da aplicação de multa, qual seja, coagir o devedor a cumprir a decisão judicial, é regulada pelo art. 461 do CPC<sup>194</sup>. Por sua vez, o art. 14, V, do CPC autoriza a aplicação de multa com a função de punir o devedor pelo descumprimento de ordem judicial, tal como utilizado o instituto no direito norteamericano.

Inclusive, após a inserção do art. 14, V, do CPC pela Lei 10.358/2001, inúmeros juristas pátrios passaram a afirmar que teríamos importado e, finalmente, positivado as penas por *Contempt* no Brasil.

Paulo Afonso Brum Vaz preleciona nesse sentido, dizendo que o referido dispositivo de lei é extremamente importante para a efetivação de decisões judiciais e introduz no sistema processual civil brasileiro o instituto do *Contempt of Court*<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> Essa possibilidade é mantida pelo art. 503 do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

<sup>195</sup> *Revista de Processo*, São Paulo, n. 118, p. 150, nov./dez. 2004.

Da mesma opinião compartilha Araken de Assis, referindo que o dispositivo legal em comento

generalizou a sanção por *contempt of court* no ordenamento jurídico brasileiro ao prever a imposição de multa em razão do descumprimento de decisões mandamentais, tal como ocorre com relação às *injunctions* do direito norte-americano<sup>196</sup>.

No mesmo sentido ainda é o magistério de Gisele Santos Fernandes Góes<sup>197</sup> e Jeferson Isidoro Mafra<sup>198</sup>, sinalizando que os doutrinadores processuais brasileiros, em grande número, acolhem o entendimento segundo o qual o art. 14 significou a importação do instituto do *contempt of court*.

Uma vez admitido pelo nosso ordenamento jurídico o uso tanto da multa coercitiva (art. 461 do CPC) como da multa punitiva (art. 14, V do CPC), impõe-se a análise da amplitude da sua aplicação, visto que no direito norte-americano é possível impô-las contra terceiros; logo, é necessário analisar se tal procedimento também é autorizado pelo direito brasileiro.

A doutrina pátria mostra-se adepta de tal possibilidade. Paulo Afonso Brum Vaz afirma que essa multa pode ser aplicada com relação a pessoas físicas e jurídicas, bem como a empregado ou agente público, figurando ou não como parte no processo. Isso ocorreria porque o obrigado por cumprir a ordem pode ou não ser parte do processo, mas, dependendo dele para que na prática se verifique o cumprimento, estará sujeito à imposição de tal multa<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> O *Contempt of court* no direito brasileiro. *Revista Jurídica*, n. 318, p. 17, abr. 2004.

<sup>197</sup> O art. 14, inciso V, do CPC, segundo a autora, “agasalhou explicitamente o instituto do *contempt of court*, que se delineia como a recusa ao cumprimento de ordens emanadas pelo Poder Judiciário”. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 177.

<sup>198</sup> “O ato atentatório ao exercício da jurisdição sistematizado no art. 14 do CPC se assemelha ao *contempt of court*, já que ambos visam a efetividade das decisões judiciais, impondo a sua observância e reprimindo o ato ofensivo à justiça e que não atende a ordem legítima emanada pelos tribunais. No sistema pátrio, por força do parágrafo único do art. 14 do CPC, aquele que se recusa a cumprir uma ordem judicial ou que obstrui a sua efetivação está sujeito a sanções civis, criminais e processuais, além de multa devida à União ou ao Estado”. Dever de cumprir ordem judicial. *Revista Forense*, n. 378, p. 450, mar./abr. 2005.

<sup>199</sup> O *contempt of court* no novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 118, p. 155, nov./dez. 2004.

Também Luiz Rodrigues Wambier, ao comentar o dispositivo do art. 14, V, do CPC, preleciona nesse sentido, afirmando que todos aqueles que com o seu agir ou abstenção acabarem por cumprir ou não provimentos jurisdicionais estarão sujeitos a ter contra si a multa aplicada, ainda que se trate de agentes do poder público<sup>200</sup>.

O STJ, quando do julgamento do REsp 1013777/ES<sup>201</sup>, consignou que o parágrafo único do art. 14, V, do CPC especificou

---

<sup>200</sup> O *contempt of court* na recente experiência brasileira – Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. *Revista de Processo*, n. 119, p. 49, jan. 2005.

<sup>201</sup> Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe de 01.07.2010. Nesse mesmo sentido o julgamento do REsp 757895/PR, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJe de 04.05.2009, assim ementado: "Processual Civil. Recursos Especiais. Descumprimento de ordem judicial. Ato atentatório ao exercício da jurisdição. Multa do art. 14 do CPC. Aplicabilidade às partes e a todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo. 1. Hipótese de mandado de segurança impetrado pelo Município de Curitiba/PR com a finalidade de impedir que as autoridades impetradas promovessem a realização de audiência pública convocada pelo Ministério Público do Trabalho, destinada a redefinir o valor do repasse de verbas municipais a entidades e organizações não-governamentais de atendimento a crianças e adolescentes. O pedido liminar foi deferido, ocasião em que foi determinada a suspensão da audiência pública mencionada. 2. Na tentativa de conferir efetividade à ordem mandamental, e por não ter conseguido intimar as autoridades impetradas no dia anterior, o Oficial de Justiça designado compareceu ao local de realização da audiência pública, ocasião em que uma das impetradas, Procuradora do Trabalho, "tão logo tomou ciência da notificação, de microfone em punho, diante do auditório, afirmou que realizaria o evento, pois considerava a decisão ilegal e inconstitucional, razão pela qual não iria obedecê-la". Consta dos autos, ainda, que um Promotor de Justiça do Estado do Paraná, causou "tumultos e pressões", além de ter imposto ao Oficial de Justiça, quando do cumprimento da decisão judicial, a obrigação de falar ao microfone para todo o auditório, com mais ou menos 150 pessoas. 3. De todo o ocorrido, resultou a condenação pessoal da Procuradora do Trabalho e do Promotor de Justiça do Estado do Paraná ao pagamento de multa, no valor equivalente a vinte por cento (20%) do valor da causa atualizado, em virtude de ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, V e parágrafo único, do CPC), e a extinção do mandado de segurança, sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC), por perda de objeto, já que a audiência pública, mesmo em afronta à decisão judicial, foi realizada. 4. O inciso V do art. 14 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei 10.358/2001, prevê como dever das partes e de todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo, "cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final". 5. Não há como se admitir, no entanto, que um membro do Ministério Público, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/88), deixe de dar cumprimento à ordem judicial que suspendeu a realização do evento, sob a alegação de que não era parte na ação mandamental, máxime porque o provimento liminar era extremamente claro no tocante à extensão dos seus efeitos. 6. "Os deveres enumerados no art. 14, pois, são deveres das partes. E por partes devem-se entender todos os sujeitos do contraditório. Em outros termos, o conceito de partes a que alude o art. 14 não se refere apenas às partes da demanda (demandante e demandado), mas a todas as partes do processo (incluindo-se aí, também, portanto, os terceiros intervenientes e o Ministério Público que atua como custos legis). É mais amplo ainda, porém, o alcance do art. 14. Isto porque não só as partes, mas todos aqueles que de qualquer forma participam do processo têm de cumprir os preceitos estabelecidos pelo art. 14." (Alexandre Freitas Câmara, "Revista Dialética de Direito Processual", n. 18, p. 9-19, set. 2004). 7. Deixa-se de analisar, por fim, toda a argumentação no sentido de que "o princípio da unidade do Ministério Público (...) não tem o



o dever genérico de obediência às ordens e decisões judiciais que já existia no ordenamento jurídico, estabelecendo ainda sanção específica para a hipótese de descumprimento. Seus preceitos evidenciam a censura ao chamado Contempt of Court, também presente no código de processo civil alemão”.

Ademais, entendeu-se que os deveres que a referida norma prevê

são extensivos a quem quer que cometa o atentado ao exercício da jurisdição. Por esse motivo, a multa por desacato à atividade jurisdicional prevista pelo parágrafo único deste artigo é aplicável não somente às partes e testemunhas, mas também aos peritos e especialistas que, por qualquer motivo, deixam de apresentar nos autos parecer ou avaliação. Na hipótese julgada, a empresa que estava incumbida da entrega do laudo desempenhava função de perito.

Parece-nos que essa justificativa se aplica também para permitirmos o uso da multa prevista no art. 461 do CPC perante terceiros. No caso de, comprovadamente, outrem que não a parte se negar a cumprir o quanto determinado judicialmente, ou em razão de sua atitude impedir que a parte acate o quanto ordenado, poderá incorrer na aplicação da *astreinte*.

Impende apenas levar em consideração as precauções procedimentais exigidas no direito norte-americano para se aplicar também no Brasil a multa perante terceiros. Assim, deve haver prova do conhecimento da decisão por parte do terceiro e ocorrer o efetivo descumprimento imputável a ele (ver item 1.5.3).

Vimos assim que o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a possibilidade do uso de multa, tanto coercitiva como punitiva, para se alcançar a observância das prescrições jurisdicionais e, conseqüentemente, o atendimento do direito vindicado na prática, na mesma extensão franqueada aos juízes norte-americanos.

Inclusive, observa-se tendência no sentido de fortalecer a aplicação do instituto com a redação proposta ao art. 66 do Projeto de Novo Código de Processo

---

condão de interligar a extremos os papéis autonomamente desempenhados pelos membros dos diversos Ministérios Públicos”, pois todos os envolvidos na presente ação tiveram conhecimento da decisão judicial que impedia a realização da audiência pública e, deliberadamente, decidiram desrespeitá-la, em flagrante ato atentatório ao exercício da jurisdição.8. Recursos especiais desprovidos”.

Civil, que mantém a hipótese de incidência da multa do atual art. 14, V, do CPC, todavia torna a sua incidência obrigatória sempre que preenchidos os requisitos para a sua imposição, já que utiliza não mais o verbo “poderá”, mas determina que “deverá” o juiz determiná-la nos casos previstos no artigo.

Entretanto, importante lembrar que essa autorização abarca apenas o meio de coerção menos usado sob a denominação *civil contempt*, não englobando a aplicação de pena de prisão civil por não observância de decisão judicial, justamente a arma mais poderosa posta à disposição dos juízes norte-americanos para garantir o respeito às suas ordens e à autoridade do Judiciário em geral.

#### 4.1.2 Da prisão civil

A possibilidade de determinação de prisão civil, amplamente utilizada sob a denominação *Civil Contempt* nos Estados Unidos, ainda encontra resistência na legislação, na jurisprudência e em parte da doutrina brasileira, sob diversos argumentos<sup>202</sup>.

Em primeiro lugar, tal possibilidade não encontra respaldo na legislação positivada, já que os artigos 461 e 14 do CPC se limitaram a prever pena de multa, não indo ao ponto de estabelecer como possível o uso dessa outra forma de coerção<sup>203</sup>. Ademais, a Constituição Federal proíbe a prisão por dívidas, dispositivo este utilizado para embasar o entendimento de que não é

---

<sup>202</sup> Ver, por todos, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 301 et seq.

<sup>203</sup> Também no projeto do novo Código Civil não há previsão de uso de prisão civil para coagir o devedor a cumprir o quanto determinado judicialmente. O parágrafo 8º do art. 503 se limita a afirmar que, “sempre que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida, poderá o juiz conceder, em decisão fundamentada, providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência”. Todavia, neste caso será necessária a observância do procedimento criminal para impor pena de prisão àquele que descumprir ordem judicial.

possível a imposição de pena de prisão para coagir o devedor a cumprir o quanto determinado judicialmente<sup>204</sup>.

Nessa quadra, importante referir que o diploma constitucional estabelece, em seu art. 5º, inciso LXVII, apenas duas exceções à proibição de prisão por dívidas: nos casos em que o depositário se mostrar infiel e em que houver inadimplemento de obrigação alimentícia.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu inconstitucional a autorização de prisão civil do depositário infiel, tendo como *leading case* o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/SP<sup>205</sup>, que analisava a possibilidade de se equiparar ao depositário infiel o devedor fiduciante<sup>206</sup>.

O voto do ministro Peluso refere que a Constituição Federal estabelece como regra a proibição de prisão por dívidas, apontando como exceções a possibilidade de aprisionamento do depositário infiel e daquele inadimplente na obrigação de pagar alimentos. Tais exceções comportam apenas interpretação restritiva, não havendo como estender o significado de depositário infiel e devedor de alimentos para outro que não aquele estabelecido claramente pela lei infraconstitucional.

Além disso, frisa que, quando falamos em “depositário infiel”, estamos nos referindo a contrato de depósito, ou seja, alguém receber uma coisa para custodiar e devolver, ou ainda a depósitos legais ou não convencionais, em que se observa, da mesma forma, a existência de um ato por meio do qual alguém recebe coisa alheia com obrigação de conservá-la e, após certo tempo, devolvê-la. E arremata:

---

<sup>204</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. O *contempt of court* no novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 118, p. 164 et seq., nov./dez. 2004.

<sup>205</sup> Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 05.06.2009.

<sup>206</sup> EMENTA: “Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº. 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. **É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito**” (grifamos).

À lei só é dado equiparar pessoas ao depositário, para o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio para as compelir ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação jurídica equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito passivo contrai a obrigação de custodiar e devolver. Fora daí, é arbitrária a lei.

Como o contrato de alienação fiduciária não se relaciona com o contrato de depósito, já que naquele a coisa pode ser utilizada pelo fiduciante, que apenas terá obrigação de restituí-la caso houver descumprimento do contrato, não na sua execução, tal como ocorre no contrato de depósito, não há autorização do uso de prisão civil nesse caso, posto não se configurar aqui a exceção prevista na norma constitucional. Portanto, é inconstitucional a prisão civil do devedor fiduciante.

O voto do ministro Gilmar Mendes analisa a inconstitucionalidade específica do diploma legal que equipara o devedor fiduciante ao depositário e vai além na análise da questão da prisão civil, afirmando ser controversa a possibilidade de prisão do depositário infiel. Afirma que

as legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proibem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente.

E conclui:

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002)<sup>207-208</sup>.

<sup>207</sup> Art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

<sup>208</sup> Art. 7º do Pacto de San Jose da Costa Rica: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Calcado nesses argumentos, a inconstitucionalidade da prisão civil foi reconhecida não só no que tange ao depositário infiel em contratos de alienação fiduciária, estendendo-se o entendimento para quaisquer depósitos<sup>209</sup>. Na esteira desse primeiro julgamento, acabou por ser editada a Súmula Vinculante nº 25 (DJe de 12.02.2010), nos seguintes termos: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Através da edição dessa Súmula passou-se a entender como definitiva a proibição do uso de prisão civil como forma de coerção no direito brasileiro, ante a redação da Constituição Federal brasileira e dos dispositivos constantes nos tratados internacionais ratificados por nós, que também a proíbe expressamente, exceção feita à dívida de alimentos.

Deve-se atentar, todavia, para o diferente enfoque dado à prisão civil em casos de *civil contempt* nos Estados Unidos. Em nenhum momento tal prisão é considerada em decorrência de dívida, mas, sim, aplicada em busca do cumprimento da decisão judicial.

Ninguém a tem como necessária para proteger o patrimônio do credor, mas para salvaguardar a instituição Poder Judiciário, garantindo e reafirmando o seu poder. Seu uso colima simplesmente o respeito à corte e às decisões judiciais.

Nesse rumo, resta evidente que a mudança de mentalidade nesse ponto é imprescindível para que tal técnica processual seja utilizada e entendida como cabível no nosso ordenamento jurídico<sup>210</sup>. Certo é que há vedação

---

<sup>209</sup> Sobre o histórico da jurisprudência sobre prisão civil e análise aprofundada do julgamento em comento, ver SARLET, Ingo W. A prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: evolução e perspectivas em face da recente orientação adotada pelo STF. *Revista da Ajuris*, n. 116, p. 173-197, dez. 2009.

<sup>210</sup> Anota-se que essa alteração de rumos é normal tanto no pensamento doutrinário como no jurisprudencial. Nesse sentido é o voto do ministro Gilmar Mendes ainda no julgamento do RE 466343, sob nossa análise nesse tópico: “Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis

constitucional, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de prisão por dívidas, tanto que o ministro Gilmar Mendes, no voto acima citado, faz referência expressa à proibição de prisão “decorrente de obrigações contratuais”.

Entretanto, tal impedimento não alcança a busca pela tutela jurisdicional efetiva (com a concretização da decisão judicial) e pela duração razoável do processo, garantidas constitucionalmente, e que poderiam ser alcançadas pelo uso da prisão civil como meio de coerção.

O entendimento acima exposto pode também ser apontado com relação à prisão por depositário judicial infiel, conforme crítica à decisão do STF emitida no julgamento do RE nº 466343/SP elaborada por Ingo W. Sarlet:

Tal orientação, como já adiantado, reclama um enfrentamento mais detido, o que pode ser reconduzido, numa primeira aproximação, ao fato de que a prisão civil do depósito judicial infiel não é uma prisão decorrente de obrigação contratual, o que, em princípio, poderia afastar o argumento da incompatibilidade com o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, de acordo com o qual “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”. Já com relação à norma contida no art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, que assegura que “ninguém deve ser detido por dívidas” e que “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”, cabe esclarecer que é pelo menos questionável o entendimento de que se trata, no caso do depositário judicial infiel, de típica prisão por dívida, exatamente porque não decorre de dívida (em sentido estrito) e sim do descumprimento de um encargo público, do descumprimento de um dever decorrente de função desempenhada como auxiliar direto do juízo, o que, consideradas as garantias constitucionais processuais, a exemplo da garantia da efetividade do processo (incluindo aqui a sua razoável duração) assim como a própria prestação jurisdicional, como prestação jurídico-normativa, no mínimo provoca dúvidas com relação à afirmação de que existiria uma incompatibilidade material entre a prisão civil do depositário judicial infiel e o Pacto de São José<sup>211</sup>.

---

da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo”.

<sup>211</sup>SARLET, Ingo W. A prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: evolução e perspectivas em face da recente orientação adotada pelo STF. *Revista da Ajuris*, n. 116, p. 193-194, dez. 2009. E o autor conclui: “Com o novo entendimento do STF, aplicado a casos como o do depositário judicial, salvo encontradas alternativas razoáveis e eficientes de proteção na perspectiva do polo ativo da demanda, corre-se o risco de, por via transversa, legitimar (quando o Estado deveria coibir!) formas de fraudar a própria efetividade do processo, questão que indica, possivelmente, um excesso de proteção da liberdade, até mesmo porque o que está em jogo, no caso específico do depositário judicial infiel, não é, pura e simplesmente, um patrimônio do credor, mas, sim, a própria efetividade da prestação jurisdicional! Há que avaliar, por este ângulo, se uma proibição absoluta da prisão de

É interessante ainda analisarmos proposta hermenêutica apontada por Marcelo Lima Guerra para permitir, no ordenamento jurídico brasileiro, a prisão para coagir o devedor a cumprir decisão que determina um fazer ou não fazer. Afirma o doutrinador que a expressão “dívida”, utilizada pela Constituição Federal, não se refere a quaisquer obrigações civis, mas, sim, à obrigação de pagar quantia. Assim, o que se baniu com a expressão constitucional foi o emprego da prisão civil como forma de coerção a fim de tutelar, exclusivamente, o patrimônio. Ademais, ao admitirmos o emprego da prisão civil para a concretização de direitos fundamentais, inferimos que pode ser acolhida pelo nosso ordenamento jurídico<sup>212</sup>.

Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, da mesma forma, entendem ser possível o uso da prisão civil para coagir o devedor a cumprir decisão proferida pelo judiciário brasileiro. Afirmam os juristas que a interpretação do art. 5º, LXVII da Constituição Federal deve ser realizada levando-se em consideração os direitos fundamentais. Ou seja: sempre que a multa não for suficiente para coagir o devedor a cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer, o que ocorre no mais das vezes com relação aos devedores sem patrimônio, impende seja facultado o uso da prisão para tanto, sob pena não se tutelarem adequadamente direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

---

depositário judicial infiel não acarreta violação da proibição de proteção insuficiente (ou deficiente) de outros direitos fundamentais, individuais e de natureza coletiva. Não se deve negligenciar, nesta perspectiva, que os deveres de proteção estatal, que abrangem medidas de caráter organizatório e procedimental, impõem ao poder público a criação de medidas adequadas de tutela dos direitos fundamentais, que, por sua vez, objetivam assegurar que o recurso ao Poder Judiciário, ainda mais em sede de execução da sentença (ou seja, após reconhecido em caráter definitivo o direito da parte autora), não resulte substancialmente fragilizado pela quase certeza da ineficácia do julgamento, estimulando, de resto, o recurso à grave fraude processual. Embora se possa sempre argumentar que uma alternativa seria a de nomear o autor da demanda depositário dos bens, ou mesmo recorrer ao depositário judicial público, também tais medidas acabam por se revelar, a depender do caso, insuficientes”. *Ob. cit.*, p. 195-196.

<sup>212</sup> *Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – Tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro*. Disponível em: [www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf). Acesso em: 21 set. 2010.

E complementam afirmando que proibir o encarceramento como meio de coerção indireta significa o mesmo que admitir que o ordenamento jurídico apenas proclama direitos que não poderão ser tutelados efetivamente na prática.

Apontam como exemplo a aplicação do quanto determinado pelo art. 225 da Constituição Federal, que garante a todos os cidadãos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Afirmam que tal norma será letra morta se não for admitida a prisão como meio de coerção indireta, sendo correto afirmar que a norma assim poderia dispor nesse caso: “o meio ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelado em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa”. E, obviamente, essa interpretação se revelaria totalmente incoerente, no dizer dos autores<sup>213</sup>.

E, para evitar o uso abusivo da prisão coercitiva, afirmam ser necessário que o direito *sub judice* seja tutelado adequadamente apenas através da sua imposição, ou seja, que o meio utilizado seja adequado e necessário. Ademais, imprescindível que haja fundamentação da decisão judicial, apta a justificar de forma clara e precisa a necessidade e a adequação do meio executivo ante o caso concreto<sup>214</sup>.

Propomos, assim, *de lege ferenda*, a adoção do uso da prisão civil tal como observado no Judiciário norte-americano, como forma de se obter a sujeição do devedor às decisões judiciais, não sendo essa possibilidade equiparada à prisão por dívidas, pelas razões expostas nesse tópico.

E considerando a preocupação dos países que aplicam desde sempre essa ferramenta com a sua utilização abusiva, é interessante elaborar legislação limitando os poderes dos juízes para tanto. Se em um sistema habituado com a

---

<sup>213</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 85-86.

<sup>214</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.



liberdade e a criatividade judicial, tradicionalmente não amarrado à legislação, como é o caso do judiciário norte-americano, fez-se uso de leis formais para regular prazos máximos de prisão e limites de valor de multa, parece-nos que ao juiz brasileiro deveria também ser imposto algum parâmetro, ao menos para que o início do uso do *Civil Contempt* não se desse de forma abusiva. Perde-se, com certeza, alguma força coercitiva, todavia ganha-se na limitação ao uso abusivo da prisão e da multa, ao menos inicialmente.

É importante ainda aqui ressaltar tendência verificada no sistema processual brasileiro no sentido de tipificar em variados diplomas legais o não cumprimento de decisão mandamental como crime de desobediência. Antes da tipificação específica dessa atitude como crime havia divergência doutrinária quanto à não observância de ordem judicial realmente se configurar o crime de desobediência genericamente previsto no Código Penal, art. 330.

Todavia, temos a recente Lei do Mandado de Segurança (Lei 12016/09), que em seu art. 26 estabelece constituir crime de desobediência “o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança”. O projeto de novo Código de Processo Civil também caminha nessa direção ao determinar, em seu art. 503, parágrafo 8º, que

sempre que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida, poderá o juiz conceder, em decisão fundamentada, providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência.

Vê-se, portanto, na nova legislação já em vigor ou nas propostas de alteração do sistema processual pátrio sinalização no sentido de valorizar as decisões mandamentais, considerando crime a sua desobediência. Caminha-se, portanto, para a ampla adoção do *Criminal Contempt* no direito brasileiro, o que pode resultar, no futuro, na aceitação do uso das penas por *Civil Contempt* para coagir o devedor ao cumprimento dessas mesmas decisões, tal como preconizado na presente tese e amplamente adotado no direito norte-americano.

Essa evolução, indo mais além, tende a deitar seus ramos também sobre as obrigações de pagar, posto que apenas com a valorização das decisões judiciais e da proteção do crédito genericamente teremos um Judiciário forte, pois de nada adianta dispormos de leis materiais que garantem os mais amplos direitos aos cidadãos, nas mais diversas áreas, e de uma legislação processual arrojada, se não pudermos entregar na prática, dentro de um prazo razoável, ao credor aquilo que se reconheceu judicialmente como seu<sup>215</sup>.

Recentes decisões do STJ em matéria de *astreinte* também corroboram o entendimento de que há tendência de valorização das decisões judiciais. Até então era comum encontrar-se acórdãos que, ante o alto valor atingido pela multa em decorrência do descumprimento das decisões judiciais, optavam por diminuir o montante total, sob a justificativa de vedação de enriquecimento ilícito por parte do credor<sup>216</sup>.

Todavia, no julgamento do REsp 1185260<sup>217</sup> restou consignado que se a única razão para o descumprimento da decisão credita-se ao descaso do devedor, justificada estará a majoração da multa diária. E, dispondo o executado de grandes somas em dinheiro, justifica-se a imposição da mesma em valor elevado, posto que só assim será atingido o seu objetivo de exercer efetiva coerção.

---

<sup>215</sup> Importante observar que, conforme chama a atenção Marcelo Lima Guerra, tradicionalmente temos receio em fazer cumprir as leis de forma integral em virtude de não reconhecermos a plena justiça das mesmas. “Se se reconhece a legitimidade do ordenamento jurídico, nenhuma medida de força se revelaria, em princípio, excessiva para assegurar o seu cumprimento. Se esse ordenamento é tido como legítimo, o órgão a quem cabe assegurar o seu cumprimento efetivo, se não estiver armado com todas as forças, com todas as medidas – inclusive drásticas – será visto como farsante e todas as normas nele postas serão reduzidas a uma mera exortação”. *Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – Tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro*. Disponível em: [www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf). Acesso em: 21 set. 2010.

<sup>216</sup> Ver, entre outros: AgRg no Ag 1075142/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 04.06.2009, DJe de 22.06.2009; AgRg no Ag 1257122/Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, julgado em 02.09.2010, DJe de 17.09.2010, AgRg no REsp 541105, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em 04.02.2010, DJe 08.03.2010.

<sup>217</sup> Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgado em 07.10.2010, DJe 11.11.2010. Interessante aqui ainda apontar o julgamento do REsp 1151505, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgado em 07.10.2010, DJe 22.10.2010, em que se consignou que a *astreinte* não pode ser reduzida caso o cumprimento da decisão judicial se deva exclusivamente ao descaso do devedor. Todavia, na hipótese de o devedor se esforçar para cumprir o quanto determinado judicialmente, justifica-se a redução da multa fixada em valor exagerado.

O mesmo padrão de julgamento foi adotado quando da apreciação do REsp 1135824<sup>218</sup>, no qual se estabeleceu que o fato de o valor total devido a título de multa diária ter alcançado montante elevado não representa, necessariamente, exagero na sua fixação, se a instituição financeira devedora simplesmente se exime injustificadamente de cumprir a sua obrigação, sem demonstrar impedimentos excepcionais para justificar a sua resistência.

Temos, portanto, que desde a alteração da redação do art. 461 do CPC, em 1994, nota-se constante preocupação com a proteção à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer no sistema brasileiro. E essa valorização tende a aumentar, como se tem verificado na evolução tanto legislativa quanto jurisprudencial no trato da matéria sob análise.

Assim, valorizam-se as técnicas de execução indireta para o alcance desse escopo, dentre as quais certamente a prisão civil exerceria importante papel.

#### **4.2 *Structural injunctions* e políticas públicas**

Como vimos no capítulo 3, vários são os argumentos a favor da possibilidade da mais ampla atuação judicial a fim de proporcionar o cumprimento dos direitos materiais garantidos aos cidadãos, mormente quando são reconhecidos pela Constituição Federal e dizem respeito à dignidade da pessoa humana, como a garantia do direito à saúde, à educação, à habitação, entre outros.

Entende-se, majoritariamente, que esses direitos não podem ser letra morta na Constituição Federal e que as normas que os preveem não são meramente

---

<sup>218</sup> Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgado em 21.09.2010. Na ementa do referido julgado há referência ao fato de que “a análise sobre o excesso da multa deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor. Não se pode analisa-la na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo, depois de cumprida a obrigação, procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe um comportamento desarrazoado de uma das partes”.

programáticas. Assim, o seu desrespeito implicaria inconstitucionalidade por omissão, que autoriza o Poder Judiciário a determinar medidas para afastar sua violação<sup>219</sup> e, embora muitas vezes a sua observância signifique o ingresso do Judiciário no campo das políticas públicas, essa é a única forma de se ver garantido plenamente na prática o direito material que está sendo violado.

Para tanto, vimos ser necessário dotar o juiz dos mais amplos poderes para dar cumprimento às decisões por ele exaradas, visto que de nada adianta defendermos a possibilidade de o Judiciário garantir tais direitos, se não lhe reconhecermos poderes para efetivamente conceder na prática o direito material cujo atendimento a parte visa alcançar.

Há, entretanto, objeções sérias ao atuar do Judiciário no âmbito das políticas públicas, o que geralmente ocorre quando se objetiva garantir direitos previstos constitucionalmente que envolvam atividades estatais. Essas objeções foram analisadas no direito norte-americano, já que o cumprimento de *structural injunctions* nos Estados Unidos basicamente se limitou ao âmbito público, e também na doutrina brasileira se avolumam estudos nesse campo.

Esses obstáculos não impedem totalmente o Judiciário de ingressar na seara das políticas públicas; apenas devem ser sempre levados em consideração quando se emanarem decisões judiciais nessa área, a fim de não cometermos injustiças e violações de outras regras constitucionais para buscar, a qualquer custo, a tutela específica do direito.

Assim, elencaremos os principais óbices apontados pela doutrina e pela jurisprudência para tanto, sem, contudo, nos aprofundarmos no tema.

Isso, porque tal enfoque não é o objeto de nosso estudo, sendo importante exclusivamente para demonstrar que, embora a legislação processual e a Constituição Federal não impeçam a adoção das medidas que determinam a

---

<sup>219</sup> Ver, nesse sentido o magistério de CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo* – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 291.

implementação de políticas públicas de forma direta, em certas situações é aconselhável que o Judiciário se abstenha de adotá-las, em virtude de os resultados obtidos pelo seu uso poderem se revelar piores do que a própria omissão, ou sugerir que o Judiciário deva se limitar a declarar o direito pleiteado pela parte, sem alterar a realidade dos fatos por meio da decisão proferida.

Também porque os direitos sociais (bem como a sua extensão) que podem ser vindicados pelos cidadãos via Poder Judiciário, implementando políticas públicas ou garantindo direitos previstos na Constituição, são estudados profundamente por constitucionalistas, fugindo de nosso tema, que é justamente o estudo da forma como tais direitos serão garantidos via decisão judicial<sup>220</sup>. Todavia, como o direito processual é umbilicalmente ligado ao direito material, é importante, ao menos, fazer referência a tais óbices.

Ademais, abstenho-nos aqui de apontar a melhor solução para o problema, já que também não é o escopo do presente trabalho. Limitaremos nossa análise ao estudo dos obstáculos que as medidas adotadas no direito norte-americano sob a denominação *structural injunction* enfrentariam na nossa realidade, bem como os fatores que indicam ser a adoção desta adequada/benéfica ou não.

#### **4.2.1. Da separação de poderes**

A principal objeção à possibilidade de ingresso do Judiciário no campo das políticas públicas seria a vedação, pelo princípio da separação de poderes, da ingerência do Judiciário na seara própria dos poderes Legislativo e Executivo.

---

<sup>220</sup> Para estudo sobre o tema ver, entre outras, as seguintes obras: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; GOUVEA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

O Judiciário não teria legitimidade para a tomada de tais medidas em virtude de seus membros não serem eleitos pelo povo.

Hoje, entretanto, tem-se a consciência de que a separação de poderes tal como pensada por Montesquieu, com divisões estanques entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, não é possível de ser obtida na prática, visto que sempre haverá o desenvolvimento de atividades próprias de um poder por outro, o qual exercerá função que não é a sua típica.

Tal divisão é mormente afastada quando pensamos que um poder apenas está exercendo atividade de outro em virtude da sua omissão em desenvolver adequadamente a sua atividade principal. É o que acontece, por exemplo, quando o Judiciário desenvolve política pública. Ora, tal apenas se mostra necessário porque o Executivo e/ou o Legislativo não se desincumbiram do seu dever no cumprimento dos direitos garantidos por lei ou pela Constituição<sup>221</sup>.

Ademais, conforme leciona Eduardo Cambi, o princípio da separação dos poderes não se justifica em si mesmo, adquirindo importância apenas quando apto a proteger os direitos fundamentais. Assim, sempre que os demais poderes comprometerem o efetivo atendimento dos direitos fundamentais, faculta-se ao Judiciário a atuação positiva para garanti-los, controlando a atuação dos demais poderes. Todavia, é imprescindível anotar que tal atuação será subsidiária, ou seja, apenas quando os poderes Executivo e Legislativo

---

<sup>221</sup> A decisão monocrática proferida pelo rel. min. Celso de Mello no julgamento da ADPF 45 MC/DF, publicada no DJ de 04.05.2004, p. 12, segue esse raciocínio, senão vejamos: "(...) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...) Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicas e da prestação dos serviços básicos do Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais".

não agirem para garantir a implementação de direitos fundamentais estará o Judiciário autorizado a conceder decisões com o escopo de corrigir violação constitucional<sup>222</sup>.

Temos, portanto, que o atuar do Judiciário não é impedido pelo princípio da separação dos poderes, o que não implica afirmar que essa tarefa é desejada por ele. Isso porque controlar o dia a dia de um hospital, de uma escola ou de uma prisão, tal como ocorreu nos Estados Unidos, significa transferir-lhe parcela de funções que são típicas do Executivo e do Legislativo, o que acaba por ensejar decisões que almejam fazer a coisa certa, ao invés de interpretar e fazer cumprir o quanto determinado pela legislação, fugindo do exercício de sua função típica ao assim agir<sup>223</sup>.

Ademais, nesses casos o Judiciário ficará, fatalmente, coordenando a implementação da medida por anos, visto que instituir mudanças sociais e, com isso, garantir a observância das normas constitucionais exige muito tempo, não havendo como, *a priori*, prever a duração da medida, nem se o quanto determinado judicialmente necessariamente levará ao afastamento da violação ao direito vindicado, o que pode afastá-lo do julgamento de outras questões que lhe tocam resolver tipicamente.

---

<sup>222</sup> O mesmo autor finaliza afirmando que, “para fins argumentativos, com o intuito de limitar o direito fundamental à tutela efetiva, célere e adequada, poderia opô-lo ao princípio da separação de poderes. Poder-se-ia afirmar que aquele está inserido neste e, por isto, a separação dos poderes teria *superioridade hierárquica* ou estar em um *escalão superior*, em caso de colisão. No entanto, não há que se falar em superioridade hierárquica, porque tanto os direitos fundamentais quanto a separação dos poderes estão no *núcleo essencial* da Constituição Federal de 1988 (art. 60, parágrafo 4º., III e IV, CF), sendo, ambos, igualmente, *cláusulas pétreas* (limitações expressas ao poder constituinte reformador). Evidentemente, o Judiciário integra o princípio da separação dos poderes, mas isto em nada se confunde com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada. Da mera existência do Judiciário não decorre tal direito fundamental. Se este existe é para servir de garantia de implementação judicial de todos os direitos fundamentais. Portanto, o princípio da separação de poderes não pode, jamais, ser um obstáculo abstrato e genérico à realização do direito fundamental à tutela jurisdicional”. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo* – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 193-224.

<sup>223</sup> YOO, John Choon. Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

Também, conforme preleciona Ronald Dworkin, ao tribunal cabe decidir questões de princípios, não questões de política, ou seja, decidir quais os direitos que os cidadãos têm diante do sistema constitucional vigente, não a forma como melhor garantir o bem-estar geral, visto que esse tipo de decisão deve ser tomado pelos representantes do povo, eleitos para tanto<sup>224</sup>.

Assim, ao elaborar políticas públicas, definitivamente, o Judiciário não estaria mais no âmbito do julgamento de princípios, passando a definir regras relacionadas ao bem-estar da população, o que é atividade de outros setores, que em princípio as desenvolvem melhor que o Judiciário, posto contar com pessoal especializado para tanto.

Segue-se daí que, embora a separação de poderes não impeça o agir do Judiciário na implementação de políticas públicas para corrigir omissão constitucional dos poderes encarregados de dar cumprimento aos direitos constitucionais, tal agir não é querido pelo Poder Judiciário, em razão das dificuldades aqui apontadas.

#### **4.2.2 Inexperiência para desenvolver políticas públicas<sup>225</sup>**

Outro fator apontado como óbice para a concessão de decisões pelo Judiciário que impliquem a determinação de políticas públicas é a inexperiência de tal poder para as fixar. O juiz não será sempre o melhor árbitro para determinar a melhor solução para o caso concreto, e há matérias que, por envolverem a necessidade de amplo conhecimento técnico, não poderão ser respondidas de forma satisfatória pelo Judiciário.

---

<sup>224</sup> O mesmo autor refere que, embora o Judiciário tenha por objetivo produzir decisões sobre princípios, entende-se que a obtenção de um consenso acerca de princípios pode ser induzida por decisões judiciais, tal como ocorreu nos Estados Unidos no que tange à moralidade da segregação racial, ou, caso não obtido o consenso, que seja obtida consciência sobre as questões de princípio que estão sendo discutidas. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101-103.

<sup>225</sup> De acordo com Eros Roberto Grau, “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26.



Os juízes, apenas apontando alguns poucos e simplórios exemplos, não possuem formação específica para opinar sobre qual o melhor critério pedagógico a ser adotado por uma escola, como distribuir adequadamente os recursos da saúde de forma que se atenda, dentro das limitações orçamentárias existentes, ao maior número de cidadãos possível; ou, ainda, decidir se uma ponte foi construída de acordo com as normas de segurança internacionais, sem que se cerquem de técnicos especializados na área do direito material *sub judice* para guiá-lo por caminhos seguros e, assim, garantir um julgamento adequado da causa.

Certamente, o Judiciário pode, sempre que necessário, contar com o apoio de um *expert* para auxiliá-lo na obtenção da resposta técnica exigida pelo direito material em causa<sup>226</sup>, todavia impende ainda que as diretrizes estabelecidas pelo Legislativo e pelo Executivo no âmbito das políticas públicas sejam levadas em consideração, até porque tais órgãos já empregam técnicos para o fim de elaborar e definir o que é melhor para a população, não podendo tais pareceres simplesmente ser ignorados pelo Judiciário, a não ser quando houver indício de fraude.

Além disso, é importante ter em mente que a nomeação de peritos pelo Judiciário significa custo, que será ao final pago pela população em geral, a qual já arca com o salário de servidores técnicos que fazem parte dos quadros do Estado justamente para que desenvolvam políticas públicas a serem adotadas nos mais variados níveis e nas mais diversas áreas. Ademais, muitas vezes as questões relacionadas a políticas públicas envolvem mais de uma área e inúmeros fatores e relações, sendo impossível o Judiciário tomar conhecimento de todas e estabelecer o que é melhor sem que para isso aplique muito dinheiro, que muitas vezes é imprescindível para o implemento das próprias políticas públicas que se quer desenvolver.

---

<sup>226</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Acesso em: 16 mar. 09.

John Choon Yoo noticia que o estudo das ações estruturais propostas nos Estados Unidos revela que o Judiciário enfrenta enormes dificuldades em desenvolver políticas públicas e calcular o custo-benefício das medidas impostas, sendo, em geral, os poderes Legislativo e Executivo mais eficientes para o desenvolvimento de soluções coerentes para os problemas sociais. Isso porque analisar os fatores políticos, econômicos e sociais que desencadearam uma violação constitucional e determinar a forma como será afastada é atividade extremamente diversa daquela normalmente praticada pelo Judiciário, que se resume a analisar os fatos e os problemas que deles decorrem, encontrando, por fim, sua solução.

E ao estabelecer uma medida para afastar violação constitucional é necessário prever como o meio processual executório escolhido afetará todo o contexto político, econômico e social no qual será implementada. Assim, em virtude da inexperiência dos juízes com a administração de estruturas sociais complexas, as chances de não se obterem bons resultados são altíssimas. Ademais,

os tribunais possuem apenas ferramentas imperfeitas para comunicar os seus decretos, e, de fato, eles geralmente precisam confiar no pessoal da instituição ré para disseminar e implementar suas ordens. O maior contraste entre a burocracia e legislaturas e os Tribunais talvez seja o fato desses últimos possuírem poucos recursos para garantir o cumprimento por parte do réu ou para criar incentivos positivos para encorajar o cumprimento do quanto determinado judicialmente. Tirando a ameaça por *contempt*, os Tribunais precisam confiar na persuasão moral dos seus julgamentos para adquirir legitimidade. Isso chama a atenção para outra deficiência dos Tribunais para implementar as medidas: a falta de recursos para obter apoio público e político para os seus decretos, sem o qual os esforços do Tribunal provavelmente fracassarão<sup>227</sup>.

---

<sup>227</sup> Tradução livre. No original: "Once a decree is decided upon, courts have proven ineffective at implementing their structural remedies. Courts possess only imperfect tools for communicating their decrees, and, in fact, they usually must rely upon the personnel of the institutional defendant to disseminate and to implement their orders. In perhaps the sharpest contrast with bureaucracies and legislatures, courts have few resources for guaranteeing compliance on the part of the defendants or for creating positive incentives to encourage adherence to judicial orders. Aside from the threat of a contempt order, courts must rely upon the moral persuasiveness of their judgments to acquire legitimacy. This highlights another deficiency in a court's ability to implement a remedy: its lack of resources for marshaling political and public support for its decrees, without which the court's efforts likely will fail. If courts inject themselves into the political arena, they risk undermining the impartiality and moral authority they need to persuade others to support their orders". Race-based remedies: Recognizing the limits of Judicial Remedies: Who measures the Chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

Assim, temos que tal limitação do Judiciário deve sempre ser sopesada ao ser autorizado a adentrar no campo das políticas públicas, pois o que, inicialmente, parece ser um bem à população pode acabar por trazer resultados catastróficos, significando gastos altíssimos sem a adequada contraprestação.

Logo, inclusive o próprio Judiciário deve estar atento às decisões que emana e a suas implicações, para não acabar por prejudicar a sociedade ao invés de garantir o respeito aos direitos que tem a receber.

#### **4.2.3 Espécie de violação constitucional a ser afastada**

A raiz dos problemas a serem afastados pode ser determinante para que a medida judicial exarada não atinja seus objetivos na prática. A correção de um problema social arraigado, como o racismo, possivelmente não será alcançada por meio de medidas simples, exigindo uma mudança de paradigmas da sociedade como um todo, ou a adoção de medidas que talvez levem mais de uma geração para surtir efeitos.

Exemplo de medida malsucedida nesse sentido adotada nos Estados Unidos é a determinada no caso *Jenkins III*, que visava dessegregar o sistema escolar de Kansas City. Nesse julgamento o juízo determinou a criação de escolas especiais, denominadas “magnéticas”, a um custo altíssimo, as quais seriam modelos para atrair os brancos às escolas tradicionalmente frequentadas somente por pessoas de cor. Todavia, a medida não produziu os resultados esperados, pois os brancos não optaram em número significativo por estudar nessas escolas tidas como “melhores”, nem os negros que frequentaram as escolas desenvolvidas especialmente para acabar com as diferenças entre o ensino de brancos e negros apresentaram rendimento escolar melhor.

Nesse exemplo fica claro que os juízes não possuem poder sobre vários imperativos, como o bairro onde a escola se localiza não oferecer bons

empregos que justifiquem a mudança da família para lá<sup>228</sup>. Ademais, não é com uma decisão judicial que o racismo será afastado na prática, ao menos não de forma imediata.

Também na implementação da decisão exarada em *Brown v. Board of Education*, *leading case* das ações estruturais, tal fenômeno foi observado. Após muitos anos da concessão da famosa decisão, não havia sido atingido o escopo de se formarem escolas totalmente livres de segregação racial, mesmo com a observância na prática das medidas indicadas pelos tribunais como aptas a obter esse resultado. Assim, embora tenha significado um grande avanço, a decisão não foi apta a provocar alterações revolucionárias no sentido de afastar o racismo nos Estados Unidos.

Como chama a atenção Christopher W. Schmidt<sup>229</sup>, *Brown* considerava as leis racistas como o grande problema a ser solucionado, não o racismo em si, visto que se acreditava que ele desapareceria simplesmente alterando a legislação, sem se questionar a necessidade de mudança na mentalidade da população em geral para que isso efetivamente acontecesse<sup>230</sup>.

Ademais, essa decisão não foi apta a afastar, por si só, os problemas decorrentes da pobreza nem da distribuição da população nas cidades. Assim, conforme referência de Juan Williams<sup>231</sup>, apesar das decisões tomadas em *Brown* e em decorrência delas, nos últimos vinte anos as escolas norte-

---

<sup>228</sup> YOO, John Choon. Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

<sup>229</sup> The delusions behind the Brown decision. Disponível em: <http://hnn.us/articles/5325>. Acesso em: 15 out.2007, artigo datado de 24.05.04. O autor complementa: "*Brown* marked the end of an era in which racial change was thought to be possible without a major social upheaval, without anything like what would take place with the civil rights movement. It marked the end of an era in which liberals, both black and white, thought that the power of the law, combined with a dose of clear reasoning, would be sufficient to rid the nation of the plague of racial inequality. It was an inspiring vision, in a way. If only it were not so sadly mistaken".

<sup>230</sup> Mesmo com esses problemas, Michael J. Klarman, em entrevista anteriormente já citada, aponta os marcos positivos de *Brown*, senão vejamos: "it gave much greater salience to the school segregation issue; it gave blacks reason to be hopeful about the future; it motivated blacks in the South to litigate against school segregation; and it mobilized southern whites to resist progressive racial change".

<sup>231</sup> Don't mourn *Brown v. Board of Education*. *New York Times*, edição de 29.06.2007. Disponível em: [www.nytimes.com/2007/06/29/opinion/29williams.html](http://www.nytimes.com/2007/06/29/opinion/29williams.html). Acesso em: 25 out. 2007.

americanas estão cada vez mais segregadas, com a única diferença de que agora essa segregação não mais decorre de imposição legal.

Dessa forma, vemos que nem sempre, por mais bem intencionado que seja o julgador que exarou a medida tendente a afastar violação constitucional, serão alcançados resultados na prática, pois a sua correção apenas será possível com mudança de mentalidade, que exige conscientização da população sobre o respeito, na prática, dos direitos e valores insertos na Constituição.

#### **4.2.4 Do prejuízo a políticas públicas já em andamento**

O Judiciário pode provocar a descontinuidade dos serviços já prestados aos cidadãos em geral ao implementar uma política pública e não levar em consideração aquelas em andamento por determinação do Poder Executivo. Isso ocorre porque é necessário realocar recursos para a execução da decisão judicial, os quais podem faltar para dar continuidade ao quanto planejado pelo Executivo.

Essa situação é observada principalmente quando o Judiciário garante direitos individuais ao recebimento de prestações positivas por parte do Estado sem considerar a política pública como um todo. Aqui, acaba-se por garantir o direito daquele que tem condições de ir a juízo pleitear o seu cumprimento, todavia prejudica-se a coletividade, já que se impede que as políticas coletivas pensadas e desenvolvidas pelo Poder Executivo sejam implementadas de forma adequada, podendo tais decisões também levar a violações constitucionais.

Conforme referido por Luis Roberto Barroso, comentando a determinação de fornecimento de remédios para determinado cidadão, o que ocorre na prática, quando da concessão do pedido, é a obtenção de um privilégio por parte de alguns jurisdicionados, em detrimento dos direitos da coletividade, que continuam a depender das políticas universalistas a serem implementadas pelo

Poder Executivo<sup>232</sup>. Também Ricardo Lobo Torres corrobora com tal entendimento, anotando que

a insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites (...) As decisões casuísticas agravam as desigualdades entre as pessoas. No Brasil assiste-se à predação da renda pública pela classe média e pelos ricos, especialmente nos casos de remédios estrangeiros, com o risco de se criar um impasse institucional entre o Judiciário e os poderes políticos, se prevalecer a retórica dos direitos individuais para os sociais<sup>233</sup>.

Além disso, há decisões judiciais que provocam a desorganização do serviço normalmente prestado pela Administração Pública, pois em algumas localidades há programas dedicados ao atendimento integral dos cidadãos, o que significa fornecer a todos atendimento médico, social e psicológico, inclusive com a entrega de medicamentos. Contudo, quando alguma decisão judicial estabelece a entrega de medicamento não previsto nas listas do SUS a um cidadão determinado, de modo geral, o governo retirará dinheiro do programa coletivo para observar adequadamente a determinação do juiz.

Temos, portanto, que essas decisões prejudicam o planejamento feito pela administração, comprometendo a eficiência no atendimento aos cidadãos em geral, já que “cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública”<sup>234</sup>.

#### **4.2.5 Recursos financeiros**

##### **4.2.5.1 A “reserva do possível”**

---

<sup>232</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br). Acesso em: 13 abr. 2009.

<sup>233</sup> *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 129-134.

<sup>234</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br). Acesso em: 13 abr. 2009.

A falta de recursos para custear na prática os direitos pode representar óbice à concessão de decisões determinando a implementação de políticas públicas, tanto que geralmente esse é o motivo que está na gênese do descumprimento do quanto preceituado pela Constituição Federal por parte dos entes estatais.

Os recursos públicos são finitos e os direitos sociais, seja educação, saúde, moradia ou outros garantidos constitucionalmente, invariavelmente, exigem pagamento para serem implementados pelo Estado. Assim, cabe à Administração Pública, bem como aos legisladores, fazer opções para, com os recursos disponíveis, atender de forma eficiente ao maior número de necessidades sociais.

Diante dessa realidade, não há como objetivar que o Estado garanta, sem limitações, o atendimento a todos os direitos sociais que a Constituição Federal prevê como devidos aos cidadãos, se comprovadamente não possui capacidade financeira para tanto.

Todavia, a falta de recursos também não pode ser argumento para sempre deixar de cumprir esses mesmos direitos, garantindo condições mínimas de existência para a população como um todo<sup>235</sup>. Surge, nesse contexto, a noção da denominada “reserva do possível”.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo afirmam que essa expressão traz à tona a ideia de que as prestações materiais exigidas para a observância dos direitos sociais dependem, de fato, da existência de recursos financeiros de parte do Estado para investir nessa seara, visto que a forma como os recursos disponíveis serão alocados dependerá de decisão do governo e do Legislativo, devendo ser sintetizadas no orçamento público.

Asseveram ainda que a ideia da “reserva do possível” foi desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a partir do

---

<sup>235</sup> GARCIA, Rafael Barreto. O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística. *Revista dos Tribunais*, n. 879, p. 73, jan. 2009.

juízo que analisou o direito de acesso ao ensino superior, concluindo que a prestação a ser exigida apenas pode corresponder àquilo que razoavelmente se pode exigir da sociedade. Portanto, mesmo havendo recursos e mesmo podendo dispor desses recursos de variadas formas, não é possível exigir a prestação de um direito que foge do que se tem por razoável.

Assim, não haveria como exigir ajuda assistencial do Estado a ser prestada a alguém que possui recursos financeiros próprios para tanto, mesmo que haja dinheiro no caixa do Estado para tanto, simplesmente por não ser tal exigência razoável. Além disso, o mesmo tribunal estabeleceu que a delimitação do que seria razoável dependerá da ponderação realizada pelos legisladores<sup>236</sup>.

Os mesmos autores ainda apontam que a expressão “reserva do possível” possui dimensão tríplice, abarcando:

i) a existência efetiva de recursos financeiros para que possam ser concretizados os direitos fundamentais;

ii) “a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo”;

iii) “já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

<sup>237</sup> Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.



Eduardo Cambi também se debruça sobre o significado da cláusula da “reserva do possível”, ensinando não ser ela “restritiva de direitos *prima facie*”, a impedir a eficácia ou aplicabilidade de um direito fundamental. É necessário que essa cláusula seja analisada diante da garantia do devido processo legal em sentido substancial, demonstrando a necessidade de se ponderarem direitos fundamentais. Assim,

pode-se afirmar que a reserva do possível é um limite jurídico-fático dos direitos fundamentais, mas também uma garantia da máxima eficácia e efetividade destes direitos, para que se possa assegurar, na hipótese de colisão de direitos, recursos necessários à implementação do mínimo existencial ou para salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito<sup>238</sup>.

Diante da doutrina até aqui coligada, a reserva do possível exige que haja real disponibilidade de recursos do Estado para que os direitos sejam atendidos na prática, visto que a forma como esses mesmos recursos serão aplicados dependerá do entendimento do Executivo e do Legislativo, que estabelecerão no orçamento e na legislação em geral as prioridades e os limites dos direitos sociais a serem observados na prática. Ademais, o direito exigido, para ser reconhecido como devido, deverá ser razoável.

Segue-se daí que, embora a cláusula da “reserva do possível” não restrinja a concessão de direitos *prima facie*, conforme bem observa Eduardo Cambi, pode impedir o reconhecimento de um direito, ou, ao menos, a sua concretização na prática, seja em virtude de real existência de falta de dinheiro para custeá-lo, seja porque o orçamento previu o atendimento de outro direito naquela competência, diante da impossibilidade de atender amplamente a todos os direitos sociais, seja porque o direito reclamado não se mostra razoável.

#### 4.2.5.2 A jurisprudência e o custo dos direitos

---

<sup>238</sup> *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo* – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 382.

A jurisprudência é cambiante quanto à consideração do custo dos direitos para reconhecê-los ou não como devidos. A ponderação realizada normalmente é sedimentada a partir do próprio direito material posto em causa, analisando a sua indispensabilidade ou não; porém, esse argumento não necessariamente será a base para concedê-lo.

No que tange a políticas públicas para garantir o direito à saúde, seja pelo fornecimento de medicamentos, seja por outra política, como a determinação de regularização de prestação de serviço de saúde por hospital público, o STF não traçou parâmetros claros para a sua concessão ou não, variando o julgamento caso a caso.

Geralmente, a corte constitucional reconhece ser obrigação do Estado garantir o direito à saúde e fornecer medicamentos a pacientes carentes, em face da sua essencialidade, indisponibilidade e constitucionalidade, sem considerar as dificuldades financeiras para implementação de tal decisão, conforme se verifica no julgamento do AI 734487 AgR/PR, rel. min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 20.08.2010, com a seguinte ementa:

Direito Constitucional. Direito a saúde. Agravo regimental em agravo de instrumento. Implementação de políticas públicas. Ação civil pública. Prosseguimento de julgamento. Ausência de ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. Artigos 2º, 6º e 196 da Constituição Federal. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido<sup>239</sup>.

Por outro lado, os julgamentos da Suspensão da Tutela Antecipada nº 91<sup>240</sup> e da Suspensão de Segurança nº 3073<sup>241</sup>, ambas relatadas pela ministra Ellen

<sup>239</sup> Ver também nesse sentido: STA 175AgR/CE, rel. min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 30.04.2010; AI 553712 AgR/RS, rel. min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 05.06.2009; AI 616551 AgR/GO, rel. min. Eros Grau, DJe 30.11.2007, entre outros.

<sup>240</sup> DJ 05.03.2007, p. 165-167.

<sup>241</sup> DJ 14.02.07, p. 21.. Nesse julgamento a ministra relatora afirmou: “Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do

Gracie, entenderam pela não obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos pelo Estado sob o argumento de que existe de fato uma limitação dos recursos, sendo necessário que os que estiverem disponíveis sejam aplicados de forma racional \_ racionalidade que seria afetada pela execução das decisões judiciais que determinam fornecimento de medicamentos em situações individualizadas.

Em julgamentos que analisam a obrigatoriedade de o Estado prover educação básica a questão dos custos do direito também é ignorada, reconhecendo-se na maior parte dos julgados a procedência do pedido sem que se analise a existência ou não de recursos para dar cumprimento à decisão judicial na prática<sup>242</sup>.

Interessante no ponto referir estudo desenvolvido por Daniel Wei Liang Wang, que, analisando a jurisprudência do STF, conclui que o custo dos direitos raramente é considerado ao se garantir acesso à educação básica, nem algumas vezes é considerado para vetar o fornecimento de determinado medicamento ou procedimento relacionado com a saúde, mas sempre é apontado como argumento para indeferir pedidos de intervenção judicial pelo não pagamento de precatórios. E diante da característica da jurisprudência, conclui:

O problema não está no resultado das decisões, mas na forma como elas estão fundamentadas. Afirmar com segurança que o impacto de umas é menor que o de outras só seria possível por meio de uma análise mais pormenorizada das políticas públicas de saúde e educação e de um maior conhecimento da capacidade de gasto do poder público, o que foi feito nos julgamentos de pedido de intervenção federal. Além do mais, ainda que alguns pedidos isolados talvez não tragam maiores problemas para as finanças públicas, ao se abrir um precedente, todos aqueles que se encontram na mesma situação podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário, criando um efeito multiplicador que terá um maior impacto para as contas públicas. Em diversos votos das decisões sobre intervenção federal diz-se que o

---

Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados e outros medicamentos necessários para o tratamento dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem fornecidos serviços básicos ao restante da coletividade”.

<sup>242</sup> Ver nesse sentido o julgamento dos seguintes recursos, entre outros: RE 464143 AgR/SP, 2ª Turma, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 19.02.2010; RE 554075 AgR/SC, 1ª Turma, rel. min. Carmen Lucia, DJe de 21.08.2009.

Estado tem diversas obrigações, como na área de educação e saúde, e que, por esta razão, justifica-se o não pagamento dos precatórios. Mas será que esse raciocínio não poderia ter sido utilizado em casos envolvendo medicamentos de alto custo? Não se poderia afirmar que a não concessão de medicamento se justificaria porque o Estado tem, inclusive dentro da área de saúde, diversas obrigações e outras prioridades? Porque os custos dos direitos sociais são mais lembrados quando se julga um pedido de intervenção federal do que quando são objeto principal de um recurso?<sup>243</sup>

Assim, correto concluir com Flávio Galdino, para quem no geral os efeitos econômicos das decisões judiciais não são sequer cogitados, sendo possível afirmar que “a análise jurídica ignora quase completamente as variáveis econômicas envolvidas nas questões que lhe são postas para solução”.<sup>244</sup>

Um julgado, entretanto, debruçou-se sobre o assunto. No julgamento da ADPF 45/DF pelo STF<sup>245</sup> se entendeu que para aplicarmos a cláusula da “reserva do possível” é imprescindível a análise, cumulativamente, da razoabilidade do direito vindicado perante o poder público, e da existência de recursos públicos para fazer frente às despesas necessárias para dar cumprimento na prática à decisão judicial.

Todavia a decisão monocrática proferida pelo Rel. Min. Celso de Mello no julgamento acima referido afirmou que a ‘reserva do possível’ não pode ser invocada para justificar o não cumprimento de direitos constitucionais fundamentais, expressamente consignando o seguinte:

A cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

No Superior Tribunal de Justiça a mesma tendência é observada, reconhecendo-se no mais das vezes a possibilidade de ingerência do Poder

<sup>243</sup> Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 370.

<sup>244</sup> *Introdução à teoria dos custos dos direitos* – Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 161.

<sup>245</sup> Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004, p. 12.

Judiciário nas áreas da saúde e educação, mesmo que o cumprimento das decisões emanadas implique a aplicação de recursos públicos de forma diversa daquela inicialmente pensada pelos poderes Executivo e Legislativo.

O julgamento do REsp 1185474/SC<sup>246</sup>, excepcionalmente, debruçou-se sobre a análise do custo dos direitos. Consignou-se nesse julgado que a alegação de inexistência de recursos orçamentários não pode ser considerada mera falácia, estando a ideia da reserva do possível embasada nessa afirmação. Entendeu-se ainda que existe o problema da escassez de bens, visto que o estado de escassez é decorrente, de modo geral, de uma decisão, ou seja, quando não há recursos para atender a todos os direitos, é necessário que o administrador decida em que área investirá os recursos escassos que estão à sua disposição.

Entretanto, no que tange aos direitos fundamentais, como o é o direito à educação e o acesso a creche aos menores de zero a seis anos, reconhece não ser possível a oposição de alegação da reserva do possível, pois eles não podem ser preteridos pelos administradores em suas escolhas, nem mesmo a vontade da maioria autorizaria tratá-los como secundários. Democracia, segundo o acórdão, é a realização dos direitos fundamentais, juntamente com a vontade da maioria, e não existiria democracia sem que houvesse liberdade de expressão, acesso à educação, respeito às minorias, entre outros.

Dessa forma, o acórdão consigna que a “reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial”, posto que o cumprimento dos direitos fundamentais não está na seara de escolha do administrador, dependendo de vontade política. Os direitos ligados à dignidade humana devem ser atendidos, não existindo aqui margem para escolha do administrador entre atender a eles ou não alegando escassez de recursos. E finaliza afirmando:

É preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações

---

<sup>246</sup> Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe de 29.04.2010.

límites como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

Em seu voto, o rel. min. Humberto Martins deixa cristalino seu entendimento:

Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana, dentre os quais os relacionados às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde, não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana, dentre os quais os relacionados às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde, não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. (...) Somente depois de atendido é que se abre a possibilidade para a efetivação de outros gastos, não entendidos, num juízo de razoabilidade, como essenciais. Por esse motivo, pelo menos *a priori*, a teoria da reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial.

Em linhas gerais, portanto, temos que a jurisprudência recente do STJ entende que os direitos fundamentais devem sempre ser atendidos, a não ser em situações limites em que, comprovadamente, não existam recursos para isso, apesar do uso racional dos recursos disponíveis para tanto. Sem tal comprovação, a alegação da reserva do possível não será levada em consideração para denegar pedido de garantia dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e dependentes de políticas públicas para restarem atendidos na prática.

#### **4.2.5.3 A necessidade de o custo dos direitos ser levado em consideração**

A jurisprudência, salvo raras exceções apontadas no item anterior, não tem realizado análise séria quanto ao custo de suas decisões, afirmando geralmente que é impossível o orçamento não abarcar o valor daquela decisão exarada.

Alega ainda, em muitos casos, como justificativa para o reconhecimento do direito o fato de os recursos disponíveis serem mal empregados na prática.

Ademais, soma-se a falta de critérios claros para determinar quais são os direitos efetivamente devidos à inaptidão do Estado como um todo para comprovar, claramente, as limitações orçamentárias e a boa aplicação do quanto efetivamente dispõe para atender às necessidades básicas dos cidadãos.

Fato é que as decisões que reconhecem como devidos direitos fundamentais, embora garantam o direito à saúde e à educação, custam dinheiro, deixando-se, assim, de atender outras pessoas para que aqueles que obtiveram liminares sejam socorridos<sup>247</sup>.

Além disso, temos que o Judiciário leva em consideração apenas o caso posto *sub judice*, sem ter a visão macro das consequências que sua decisão irá provocar. Ou seja: ao invés de, por exemplo, gastar X com o pagamento de remédios contra câncer de resultados ainda não comprovados cabalmente pela ciência, oferecer lotes de vacinas a um número Y de crianças<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> Gustavo Amaral, citando o livro *The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes*, de Homes e Sunstein, afirma que “direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direitos cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis. Como a proteção contra a violência privada não é barata e necessariamente drena recursos escassos, o direito a tal proteção, supondo que ele exista, não pode ser incondicional ou completo. Direitos são relativos, não pretensões absolutas. Atentar para os custos é outro caminho, paralelo a outros mais habitualmente percorridos, para a melhor compreensão da natureza qualitativa de todos os direitos, inclusive os constitucionais. (...) As finanças públicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo público, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar do que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes.” *Direito, escassez & escolha – Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42.

<sup>248</sup> Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchitiner Figueiredo chamam a atenção para a necessária observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quando da emissão de decisão judicial no campo da saúde, afirmando não serem razoáveis decisões que compelem o Estado a fornecer ou custear medicamentos ou tratamentos experimentais, que determine o fornecimento ou custeio de todo e qualquer medicamento ou tratamento que venha a ser descoberto, ou ainda que imponha o fornecimento de determinada marca de remédio, quando existente medicamento genérico ou que faça parte da lista do sistema público de saúde utilizado para o mesmo fim. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44-45.

Ademais, conforme lembram Gustavo Amaral e Danielle Melo, mesmo já tendo decorridos anos de ativismo judicial na área da saúde, não há estatísticas demonstrando que a situação geral da sua prestação melhorou em virtude das inúmeras decisões judiciais emitidas para garantir atendimentos e fornecimentos de medicamentos (a não ser melhoras pontuais, com relação àqueles que obtiveram liminares), nem há indicação da forma como esses medicamentos vêm sendo adquiridos, se por meio de licitação, se por meio de compra emergencial, se com a utilização dos recursos de outra dotação ou mesmo da não execução de prioridades no próprio setor da saúde<sup>249</sup>.

Diante dos dados coligados, o Judiciário não tem se mostrado a seara ideal para a tomada de decisões sobre saúde, já que se foca num caso concreto, sem que seja possível ao julgador vislumbrar a questão do direito à saúde como um todo. Tais decisões devem ser tomadas quando da elaboração do orçamento e do desenvolvimento das políticas públicas, momento adequado para se fixar o que será atendido e o que se deixará de fornecer, a fim de maximizar a observância do direito à saúde.

Isso não significa que o Judiciário nunca irá atuar na área da saúde. Cabe a tal poder, em primeiro lugar, controlar o cumprimento do quanto determinado por lei e pelo orçamento, garantindo, ao menos, o recebimento daquilo que o Estado se propôs a prover dentro das políticas públicas desenvolvidas.

Ademais, seria interessante o controle do Judiciário de forma mais abstrata, analisando se a decisão tomada pelo Executivo/Legislativo realizou uma justa ponderação, ao invés de se limitar a realizar um controle caso a caso. Por exemplo, o Judiciário norte-americano determinou que uma agência estatal revisse determinada norma relativa a padrões de consumo de combustível. A agência, após adequada ponderação de fatores, emitiu a mesma norma antes considerada deficitária pelo Poder Judiciário, todavia este, diante da adequada

---

<sup>249</sup> Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 94-95.



ponderação da agência, entendeu que a norma deveria valer a partir de então, por ter sido devidamente justificada<sup>250</sup>.

Por fim, é importante ressaltar o magistério de Gustavo Amaral, que afirma:

Dizer que o Estado tem verbas nem sempre bem empregadas, muitas vezes consumidas com fraudes é constatação feita a partir do noticiário dos jornais que, d.m.v., tem o mesmo valor jurídico do que dizer, também a partir de notícias de jornal, que há máfias por trás da “indústria de liminares de medicamento”: nenhum. Isto pode ter emprego em discursos panfletários, em discurso de justificação de decisões cujo fundamento é outro, talvez não explicitado, numa linha de realismo jurídico pela qual o magistrado decide por sua convicção e cria um pálio de justificação. Tal como não se acaba com a inflação por decreto, não é por liminar ou sentença que se consegue retirar do “desvão” a verba mal empregada ou desviada e se prestigia os fins públicos. (...) Tem-se no Brasil um conjunto bem desenvolvido de medidas de defesa da vida quando a ameaça pode ser combatida com medicamentos. Mas infelizmente, talvez porque o fim é inexorável, há diversas outras ameaças à vida que não comportam defesa farmacológica, mas sim por políticas públicas. Nestes campos a implementação, jurídica e judicial, não se tem observado. Violência urbana, atendimento em hospitais, caos aéreo. Nestes pontos a intervenção do Direito e do Judiciário tem se mostrado tímida e de pouco efeito concreto”<sup>251</sup>.

Dessa forma, temos que, embora a falta de recursos não possa ser, sempre, desculpa para o não atendimento dos direitos garantidos constitucionalmente, a forma como o cumprimento da decisão judicial será paga deve ser considerada quando for exarada, pois sem recursos para se obter o seu cumprimento de nada adianta ser proferida.

#### 4.2.6 O Judiciário e a imposição de políticas públicas

Vimos até aqui que a Constituição Federal brasileira garante o recebimento de inúmeros direitos pela população, cabendo ao Judiciário dar efetivo cumprimento a eles, sob pena de se tornarem letra morta. Todavia, para tanto é necessário que o Judiciário acabe por elaborar em muitas situações políticas públicas, já que os direitos fundamentais devem ser garantidos, em sua

<sup>250</sup> *Direito, escassez & escolha* – Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124.

<sup>251</sup> *Direito, escassez & escolha* – Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 141.

maioria, pelo poder público. Tal poder não pode se furtar a julgar caso submetido ao seu conhecimento sob o argumento de que sua decisão influirá na seara típica dos poderes Executivo e Legislativo, quando a própria Constituição Federal lhe concede a missão de pacificar conflitos e de garantir aos cidadãos o recebimento de seus direitos.

Nesses casos, entretanto, por envolverem gestão de recursos eternamente limitados, bem como a análise de questões com as quais o Judiciário nem sempre é familiarizado, deve agir com parcimônia, buscando soluções possíveis e, de preferência, consensuais para evitar que, com sua decisão, acabe por não dar fim ao conflito<sup>252</sup>.

Em alguns casos, por exemplo, deve optar por proferir decisões declaratórias que vinculem o Executivo no futuro, mas que não corrijam violações passadas, sendo tal decisão suficiente para atender ao direito *sub judice*.

Nessa quadra, o juiz, quando da determinação da forma como se dará o cumprimento das decisões judiciais, deve analisar fundamentadamente as implicações que seu comando terá na prática. O juiz não fica vinculado ao pedido quanto ao meio de sub-rogação indicado pela parte para executar o julgado, podendo determinar outro que no seu sentir seja mais apropriado. Assim, caso o pedido seja impossível de ser atendido adequadamente na prática pela imposição de políticas públicas pelo Judiciário, melhor que este se limite a declarar a inconstitucionalidade da conduta, deixando para o poder responsável, seja o Legislativo, seja o Executivo, a correção da violação declarada.

---

<sup>252</sup> Rafael Barreto Garcia, ao comentar o tema, afirma que “não há, portanto, uma conclusão em definitivo, no sentido de qual meio seria indiscutivelmente mais efetivo para que os direitos sociais, embora reconhecidos em sua carga de aplicação imediata, possam encontrar uma realização, por intermédio do Poder Judiciário nas políticas públicas, sem eventual ofensa a outros princípios, tais como o da isonomia e da legalidade, sem falar na limitação fática do orçamento público para concretizar prestações positivas. Deve-se buscar, em termos práticos, a análise casuística do conflito entre os princípios e a valoração que deverá ser sopesada entre si. E essa missão, à toda evidência, fatalmente será depositada nos ombros dos magistrados, enquanto o Estado não se organizar e gerenciar seus recursos de forma adequada”. O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística. *Revista dos Tribunais*, n. 879, p. 96, jan. 2009.

Ainda, sendo possível a determinação de inclusão de verbas no orçamento do próximo ano para se atender adequadamente ao direito violado, deve o responsável pelo desenvolvimento das políticas públicas comprovar em juízo o afastamento da violação constatada pelo juízo, sob pena de pagamento de multa, que deverá recair não sobre o poder público, mas sobre os agentes públicos responsáveis pela realização na prática do quanto determinado judicialmente, aplicando-se ao caso o art. 14, V, do CPC<sup>253</sup>.

Também é interessante a tentativa de alcance de solução consensual entre as partes para afastar a violação constitucional. Exemplo bem-sucedido pode ser colhido na jurisprudência norte-americana quanto ao atingimento do escopo de erradicar a segregação racial das escolas do Alabama. Após trinta anos de litígio, as ações que visavam à integração das escolas apenas alcançaram resposta satisfatória quando os juízes responsáveis por elas determinaram, em 1997 (as ações tiveram início em 1963), que as autoridades educacionais elencassem os problemas a serem solucionados para que o desiderato do processo fosse alcançado e ele tivesse fim<sup>254</sup>.

Com o diagnóstico em mãos, os juízes firmaram acordo com os réus para, finalmente, dar cumprimento na prática aos valores constitucionalmente garantidos e, conseguindo envolver efetivamente réus e autoridades nesse escopo, alcançaram resultados muito melhores que a média nesse tipo de ação, visto que o desenvolvimento e o cumprimento da solução proposta foram acompanhados de perto pelos juízes. E por meio do cumprimento das medidas

---

<sup>253</sup> Conclui Ada Pellegrini Grinover: “a) o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF); b) esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado; c) conseqüentemente, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Público objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas; d) há limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. Tais limites são: *i*) a restrição à garantia do mínimo existencial; *ii*) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; *iii*) a reserva do possível; e) a estrita observância desses limites, assim como o correto entendimento do que sejam políticas públicas, são necessários e suficientes para coibir os excessos do Poder Judiciário”. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 30, p. 29, maio/jun. 2009.

<sup>254</sup> PARKER, Wendy, The decline of judicial decisionmaking: school desegregation and district court judges. *North Carolina Law Review*, n. 81, May 2003. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 15 maio 2010.

consensuais, conseguiram alcançar o objetivo de dar fim à intervenção judicial, com o atendimento na prática do direito dos autores.

Ainda nessa perspectiva, temos o magistério de Lloyd C. Anderson, para quem a obtenção de solução consensual em sede de ações estruturais apresenta inúmeras vantagens sobre a decisão imposta por um juiz. Primeiro, o acordo evitaria o custo e o tempo de um processo. Ademais, as discussões travadas pelas partes acabam por propiciar o desenvolvimento de uma decisão detalhada, o remédio exato buscado pelos autores. As partes, além disso, detêm maior conhecimento do direito material em causa, podendo, com seus esforços criativos, desenvolver medidas que conduzam mais facilmente à efetiva observância do direito vindicado na prática. Por fim, os réus tendem a respeitar mais os acordos que ajudaram a formular do que um decreto imposto por um juiz. Logo, em variadas perspectivas teremos vantagens ao obter uma decisão consensual nessa seara, garantindo-se justiça de maior qualidade e a um custo mais baixo para as partes do que se a solução fosse atingida por meio do tradicional processo litigioso<sup>255</sup>.

Ademais, com o uso do acordo são evitados muitos problemas decorrentes da elaboração de políticas públicas pelo Poder Judiciário, como se esquivar de definir quais ações realmente são causadas pela atitude do réu e quais são naturais do dia a dia da instituição; afastar a necessidade de gerenciá-la, já que nesse caso as próprias autoridades continuam na sua administração, e dirimir quaisquer dúvidas quanto à quebra porventura decorrente do princípio da separação de poderes quando o Judiciário substitui os demais poderes nesse campo<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> Implementation of consent decrees in structural reform litigation. *University of Illinois Law Review*, n. 725, 1986. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 20 jun. 2010. O autor frisa que para o alcance da total observância do acordo interessante a indicação de um *monitor*, que “serves a different function than a referee or special máster, whom the court may appoint to make adjudicative decisions. In contrast to the referee or special máster, the monitor’s sole authority is to gather information, assess the extent to which defendants are complying with the decree, report to the court, and offer assistance in resolving minor disputes. If the monitor reports defendants are not complying with portions of the decree, plaintiffs can use the report as the bases for moving the court to order enforcement”.

<sup>256</sup> PARKER, Wendy, The decline of judicial decisionmaking: school desegregation and district court judges. *North Carolina Law Review*, n. 81, May 2003. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Consulta em: 15 maio 2010. E finaliza: “The Alabama judges’ demonstrate, district courts

Vale aqui, por fim, ainda ressaltar que mesmo nos Estados Unidos não há consenso sobre o cabimento e legitimidade das *structural injunctions*. Exemplar defensor dessa tese é John Choon Yoo, para quem não é possível a emissão de tal espécie de *injunctions* pelo Judiciário, sob o argumento da falta de permissão legislativa para que os tribunais determinem *structural injunctions* sobre os Estados. Fora isso, entende o autor que o Judiciário deve continuar a desenvolver a sua função de declarar a lei em uma ação estrutural, determinando se a violação ocorreu, cabendo ao sistema político nacional corrigi-la.

Isso ocorre porque esses órgãos têm vantagens funcionais sobre o Judiciário para desenvolver políticas públicas em geral, possuindo habilidades e recursos para fazer frente à reestruturação de instituições para que as determinações constitucionais resem atendidas. O Congresso, apenas para apontar um exemplo, conta com o Tesouro Federal à sua disposição e também com o poder de legislar, enquanto o presidente pode comandar a enorme burocracia estatal<sup>257</sup>.

Diante do exposto, temos que muitos óbices podem ser opostos à prática de se garantir a observância dos direitos garantidos pela Constituição pela implementação de políticas públicas pelo Judiciário, devendo sempre ser muito bem sopesada a sua adequação quando da emissão de decisões desse teor por parte dos juízes.

Além disso, é necessário o estudo das formas de controle do uso dessas medidas, visto que, embora autorizado pela nossa Constituição Federal, conforme visto acima, não pode extrapolar os limites do quanto necessário para “curar” a violação sofrida.

---

judges can use school desegregation litigation to fulfill plaintiffs' rights, as defined by the Supreme Court, IF they so choose. Further, the Alabama judges' actions demonstrate not tyranny, but a simple requirement that parties actively move their cases toward both desegregation and dismissal. The experience of the Alabama judges suggests that the current failure in effectuating school desegregation is due in part to the choices of district court judges”.

<sup>257</sup> Race-based remedies: Recognizing the limits of Judicial Remedies: Who measures the Chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

### **4.3 A Lei Anti-Truste e outros possíveis usos da intervenção judicial**

O principal foco do trabalho, até o presente momento, foi o uso da intervenção judicial para o desenvolvimento de políticas públicas e o consequente cumprimento de disposições constitucionais, envolvendo na maior parte das vezes enormes quantidades de dinheiro público e avaliações na seara do orçamento para garantir a observância de decisões judiciais.

No direito norte-americano essas decisões se encontram concentradas nessa seara em virtude de o Judiciário não intervir, normalmente, no cotidiano de empresas privadas, ou mesmo na vida dos cidadãos em geral. A economia desse país é liberal, tendo por diretriz a não ingerência do poder público na seara privada e, por consequência, não se encontram decisões recorrentes determinando a intervenção judicial em empresas.

Entretanto, o uso dessas medidas não é limitado ao âmbito público, tanto que a única previsão específica de apontamento de interventor judicial (embora seja autorizado dentre as medidas genéricas previstas no art. 461 do CPC) se encontra na Lei Anti-Truste (Lei 8.884/94), sendo que o uso dessa figura se revela particularmente efetivo e adequado nas hipóteses em que a obrigação assumida for complexa, ou seja, aquela que não é cumprida por meio de um ato isolado, mas que exige a realização de diversos atos para ser completamente atendida.

Essas obrigações complexas são frequentemente assumidas por pessoas jurídicas, que assinam contratos obrigando-se a realizar obras de grande vulto e assumem obrigações que se prolongam por muito tempo. Assim, em inúmeros casos, para termos o efetivo cumprimento da sentença é necessária, inclusive, uma completa reestruturação da própria forma de administração da empresa, ou a adequação da sua atuação a uma nova realidade imposta pela decisão judicial.

Nesses casos específicos, a exigência de realizar essa cadeia de atos para que a obrigação seja adimplida justifica a presença de um fiscal ou interventor para, atuando na condição de *longa manus* do juiz, garantir o cumprimento da decisão judicial, por variadas razões, entre outras:

*i)* a imposição de medidas coercitivas muitas vezes se revelará inadequada, visto que a empresa pode estar passando por dificuldades financeiras;

*ii)* a empresa pode não ter condições de cumprir suas obrigações sem a reestruturação da forma como atua no mercado;

*iii)* pode também ser muito difícil a fiscalização, pelo juiz, do cumprimento da decisão exarada.

Embora a intervenção vise, precipuamente, garantir o cumprimento de obrigações complexas, também se presta para tutelar situações em que for necessário atuar dentro da empresa ou da instituição ré, utilizando-se de seus equipamentos próprios para o adimplemento da obrigação.

Podemos citar como exemplo o caso de a decisão judicial determinar que o réu exclua de seu cadastro de inadimplentes o nome do autor: se o devedor não cumprir tal decisão, poderá o juiz impor a intervenção de um terceiro, para que em seu nome tenha acesso aos computadores do réu, a fim de realizar a correção do cadastro, atuando como auxiliar do juízo e substituindo com tal agir a vontade do devedor.

Também usemos como exemplo o caso de uma decisão proferida contra o INSS, que imponha a concessão de benefício em favor de uma determinada pessoa. Pode o juiz, diante da negativa de implementação por parte do INSS, franquear a um terceiro acesso aos seus computadores para que realize as mudanças no sistema de informática do órgão e, assim, o beneficiário passe a receber o quanto é seu por direito.

Da mesma forma, podemos ter interventores responsáveis por fazer cessar a poluição produzida por determinada empresa, ficando responsáveis por contratar pessoas hábeis a realizar o serviço de instalação de filtros em suas chaminés<sup>258</sup>.

Ademais, temos que a aplicação dessas medidas pode ser especialmente útil no âmbito privado, já que atuará também, em certa medida, como pressão psicológica para levar o devedor a cumprir espontaneamente com a sua obrigação, evitando ao máximo a entrada de pessoa estranha em sua empresa, pois nunca é desejável que alguém de fora dos seus quadros funcionais tenha acesso aos seus dados e atue entre os seus funcionários. Depois, porque, uma vez demonstrada resistência do réu ao cumprimento em inúmeros casos, a feitura do quanto determinado pelo juiz por um terceiro pode ser mais célere e efetiva.

Enfim, o uso dessas medidas é muito amplo e pode se revelar mais efetivo que a aplicação da multa no intuito de se obter o pronto atendimento de obrigações de fazer ou de não fazer reconhecidas judicialmente como devidas.

#### **4.4 A Lei 8.884/94**

O ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente a possibilidade da utilização da intervenção judicial na Lei 8.884/94, que regula o CADE e dispõe sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. O art. 63 da lei afirma que a execução judicial das decisões do CADE poderá ser feita por qualquer meio, “inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária”.

Assim, havendo autorização legal, nos termos do art. 461, parágrafo 5º, do CPC, no sentido de poderem ser tomadas todas as medidas necessárias para

---

<sup>258</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica*. Disponível em: [www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br). Acesso em: 29 jun. 2010.



o efetivo cumprimento da decisão que determina um fazer ou não fazer, e havendo regulação da figura da intervenção judicial em lei esparsa, será permitido ao juiz, seja para reprimir abuso contra a ordem econômica, dando cumprimento às ordens emanadas pelo CADE, seja para dar cumprimento à decisão judicial que busque tutela específica, decretar “a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor” (art. 69 da Lei 8.884/94).

A Lei 8.884/94 regulamenta, nos seus artigos 69 a 78, o procedimento para que essa intervenção seja realizada, e impende seja ele por nós estudado, visto que, havendo essa previsão legal, deverá ser aplicada subsidiariamente quando da sua determinação em sede de execução específica com base no art. 461 do CPC.

A primeira observação a ser realizada é que a decisão que determinar a intervenção judicial deverá ser necessariamente fundamentada (art. 69 da Lei 8.884/94, parágrafo único), devendo o juiz aduzir as razões pelas quais a adoção dessa medida se mostra necessária e eficaz para o cumprimento da obrigação imposta por decisão judicial.

Deve, ainda, indicar as exatas funções do interventor, que deverão se restringir àquelas efetivamente necessárias para a consecução do objetivo da intervenção; devem sempre guardar relação com o cumprimento da obrigação prevista na decisão judicial, podendo se limitar a uma ação pontual, ou englobar um conjunto de atos que impliquem intervenção na própria forma de administrar a empresa. Refere Eduardo Talamini que

o traço mais marcante da medida atípica em exame consiste no caráter interventivo de que se reveste a atuação do terceiro nomeado pelo juiz. Mais do que o poder para interferir sobre o uso de bens titularizados pelo réu, é possível investir o agente (ou comitê) da possibilidade de intervir na própria administração empresarial ou institucional do réu. Não se descarta que, havendo a pronta colaboração do réu (*rectius*: de seus administradores), o terceiro designado não precise mais do que agir como fiscal e consultor – limitando-se, nesse caso, a dar sugestões ou até traçar um “plano de ação” a ser cumprido. Mas, ainda em tal hipótese, permanecerá a potencialidade de ele atuar constritivamente – *nos limites previamente fixados pelo juiz, e sempre sob o controle deste* –, assim que o réu desatenda o comando judicial. Outras vezes, porém, a gravidade da

situação fará com que o juiz, ao nomear o terceiro, desde logo afaste administradores de uma parte ou da integralidade de suas funções, para que diretamente as assumam o interventor<sup>259</sup>.

Dessa forma, se, por exemplo, o juiz reconhecer como devida a revisão do benefício pago por fundo de pensão a um pensionista, nomeando interventor para a realização dessa tarefa diante da negativa da empresa de dar cumprimento à decisão judicial, a sua função será ter acesso e utilizar um computador que contenha a base de dados do fundo e implantar o benefício em favor do credor no seu sistema computadorizado, nada mais. Nesse caso, a decisão não poderá determinar que o interventor tenha acesso a documentos que estão em posse do fundo de pensão, ou a dados cadastrais de outros pensionistas, visto que essas outras atividades não se prestam para auxiliar a obtenção do cumprimento da decisão judicial.

Entretanto, se o caso fosse relacionado com a má administração desse fundo de pensão, outros poderes seriam dados ao interventor, razão por que o caso concreto *sub judice* é que servirá de norte para a fixação das funções do interventor, as quais, obrigatoriamente, devem ser limitadas àquelas necessárias para a obtenção da tutela específica.

O próprio juiz é quem escolherá o interventor, não exigindo a lei licitação para tanto. A escolha deverá recair em um agente que tenha conhecimento para realizar as tarefas necessárias para o cumprimento da obrigação e que seja idôneo, pois, em caso contrário, a escolha poderá ser impugnada, conforme o art. 70 da lei em comento. Ademais, terá o juiz discricionariedade para substituí-lo a qualquer tempo (art. 73, parágrafo 2º), sendo obrigatória a substituição “quando incorrer em insolvência civil, quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres” (art. 73, parágrafo 2º, parte final da Lei 8.444/94).

Preleciona Eduardo Talamini que tanto um funcionário público como um particular pode ser nomeado pelo juiz para a função, podendo nomear apenas

---

<sup>259</sup> Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 280-281.

uma pessoa ou um grupo delas, conforme exigir a obrigação a ser cumprida. Todavia, ressalva o autor que,

mesmo na hipótese em que se nomeia um particular, uma vez incumbido do encargo, o nomeado assume a condição de agente público, auxiliar do juízo, submetendo-se ao respectivo regime jurídico, no que tange a poderes, deveres e responsabilidade. Nesse ponto, aliás, a gama de deveres e responsabilidades do interventor assume caráter bifronte: por um lado, como *longa manus* do juiz, a subordinação às imposições de agente público; por outro, como substituto dos administradores da entidade intervinda, a submissão ao regime que vigoraria para estes (daí a indicação, na Lei 8.884/94, art. 73, parágrafo 1º, de que se aplica ao interventor judicial, no que couber, o disposto nos arts. 153 a 159 da Lei 6.404/76, que tratam dos deveres e responsabilidades dos administradores de sociedades anônimas)<sup>260</sup>.

No que tange à remuneração do interventor, será fixada pelo juiz (art. 73, parágrafo 2º da Lei 8.884/94) e deverá ser adimplida pelo executado contra quem a intervenção tenha sido decretada (art. 76 da mesma lei).

A intervenção durará no máximo 180 dias, conforme determinação do art. 73 da Lei 8.884/94, porém tal período pode ser prorrogado caso a decisão não puder ser adequadamente cumprida nesse espaço de tempo (art. 77 da mesma lei). Tal como previsto na Lei 8.884/94, a intervenção será sempre temporária, visto que, quanto mais rápido se cumprir a obrigação e se der por finda a intervenção, melhor para todos os envolvidos.

Além disso, temos que os poderes do interventor vêm previstos no art. 75 da Lei 8.884/94. Caberá a ele, de acordo com o disposto na lei, praticar ou ordenar os atos necessários para que se efetive a decisão, denunciar ao juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa sob intervenção, bem como apresentar relatórios ao juiz descrevendo o desenvolvimento de suas atividades.

Impende ainda anotar que, consoante o estudo desenvolvido no item 2.3 do presente trabalho, o procedimento fixado pela Lei 8.884/94 está de acordo com os parâmetros que a doutrina e a jurisprudência norte-americanas apontam

---

<sup>260</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 279.

como necessários para que a intervenção judicial seja bem-sucedida. Isso porque limita os poderes do interventor ao mínimo necessário para afastar a violação do direito; determina a contratação de terceiro com conhecimento técnico suficiente para dirimir o conflito de direito material sob julgamento; exige a definição de qual o escopo a ser alcançado para ensejar o fim da intervenção, que deverá obrigatoriamente ser temporária e com a menor duração possível. Além disso, afirma ser imprescindível que o interventor aja sob a supervisão do juiz, que deve acompanhar a implementação do meio de sub-rogação por ele determinado, remunerando adequadamente os serviços prestados pelo terceiro.

Assim, temos que, seguindo o procedimento previsto na legislação brasileira para dar cumprimento às decisões do CADE e também para se obter a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, teremos grandes chances de obter medidas bem-sucedidas na prática.

#### **4.5. Do cabimento da intervenção judicial**

Certo é que a intervenção, mesmo nos casos em que for parcial, ou naqueles em que a função do interventor for apenas fiscalizadora, representará restrição à liberdade das empresas, garantida pelo art. 170 da Constituição Federal, ou mitigação do princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º desta, caso a intervenção seja determinada em pessoa jurídica de direito público.

Dessa forma, sempre que se pensar em intervenção judicial, ter-se-á um conflito de valores constitucionais, pois, se, de um lado, a intervenção se justifica para por meio dela se garantir a prestação de tutela jurisdicional efetiva, tal como previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, por outro, serão deixados de lado outros importantes valores constitucionais, quais sejam, a liberdade das empresas e a separação dos poderes, dependendo da pessoa que sofrerá a intervenção.

Quando da ocorrência de conflito de valores ou de princípios constitucionais, devem-se buscar formas para a sua harmonização, ou seja, escolhe-se a aplicação de um deles, sem que seja necessária a eliminação do outro. O conflito de princípios não se resolve tal qual o conflito de regras legais, em que é necessária a exclusão de uma delas do sistema legal para dar lugar a outra, pois, no que tange aos princípios, até os colidentes são aptos a conviver em um mesmo sistema, sendo afastado um ou outro diante da necessidade de resolução do caso concreto.

Assim, para analisar se diante desse conflito de valores poderemos, no caso concreto, instituir a intervenção judicial em empresa ou em algum ente público, ou seja, para alcançar a harmonização desses valores, é necessário analisar qual é o princípio que assume peso maior. Para tanto, é mister aplicar o princípio da proporcionalidade.

Antes de analisar a possibilidade de intervenção ou não em si, referimo-nos aos ensinamentos de João Batista Lopes, que traça algumas das características básicas do princípio da proporcionalidade. Refere o autor:

a) a proporcionalidade é verdadeiro princípio, e não simples regra, porque uma regra não tem o condão de resolver colisão entre princípios (normas fundantes); b) cuida-se de princípio constitucional, corolário do próprio Estado de Direito, que veda o excesso e o abuso; c) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste na avaliação dos direitos ou interesses em jogo para dar prevalência aos valores que informam a ordem jurídica; d) a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser criteriosa para evitar que o subjetivismo comprometa o resultado alcançado<sup>261</sup>.

Trazendo essas noções para determinar se a intervenção será ou não cabível, é necessário considerar os seguintes pontos para se chegar a um equilíbrio: em primeiro lugar, analisa-se se nenhuma outra medida menos drástica pode ser adotada para se atingir fim igual; depois, verifica-se se o cumprimento da decisão judicial justifica a mitigação dos outros valores. Se resposta afirmativa for dada a esses dois questionamentos, aberta estará a possibilidade de se

---

<sup>261</sup> Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, p. 33-34, jul./ago. 2004.

impor a intervenção, fazendo-se prevalecer o valor da prestação da tutela jurisdicional efetiva sobre os demais.

Caso se entenda pela intervenção, deve-se limitar o atuar do interventor apenas às atividades imprescindíveis para o fiel cumprimento da decisão judicial, a fim de mitigar o mínimo possível os outros valores garantidos constitucionalmente. Ademais, deve-se sempre ter em mente que a atuação do interventor não será arbitrária, mas, sim, estará sob controle judicial (art. 73, III da Lei 8.884/94), assim como as próprias decisões do juiz são passíveis de controle pela via recursal, evitando-se com isso que a intervenção ultrapasse os limites do razoável para se cumprir a decisão.

Pode ocorrer que, quando sopesados os valores da liberdade das empresas e da separação de poderes e a prestação de tutela jurisdicional efetiva, entenda-se pelo não cabimento da medida por desmesurada, ou por não ser adequada para o atendimento da obrigação constante na decisão judicial.

Todavia, a simples existência do conflito desses valores não é óbice total à adoção da medida, desde que, em se aplicando o princípio da proporcionalidade, a intervenção se mostre adequada. Existe apenas um limite absoluto à adoção da intervenção judicial, como corretamente lembra Eduardo Talamini. Esse limite acontecerá

nos casos em que a providência exigiria parcial restrição à atuação ou o afastamento de chefe do Poder Executivo. É que as hipóteses de cabimento de tal intervenção estão taxativamente previstas na Constituição Federal (arts. 34 a 36), assim como seus requisitos e modo de processamento. Nem se argumente que as regras em pauta visariam apenas a disciplinar a intervenção de um ente federativo sobre outro, mas não a intervenção do Judiciário sobre a chefia do Executivo dentro de uma mesma esfera federativa. As normas constitucionais sobre intervenção traçam limites nos dois planos da divisão de “poderes” – o vertical (Federação) e o horizontal (separação de “poderes” ou funções). Daí por que, por exemplo, mesmo quando o Governador do Estado descumpra decisão da própria Justiça Estadual, a intervenção haverá de observar o procedimento indicado no art. 36 da Constituição – cabendo ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça requisitá-la (art. 36,II), conforme a matéria envolvida”<sup>262</sup>.

---

<sup>262</sup> *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

Assim, a utilização da intervenção judicial mostra-se viável para a busca do cumprimento de tutela específica diante da autorização do art. 461, parágrafo 5º, do CPC, seguindo-se o procedimento para a intervenção previsto na Lei Anti-Truste, que serve de guia para o juiz e também de garantia para as partes da forma como a intervenção será realizada.

A intervenção, sem dúvida, é uma boa opção posta à disposição do juiz para implementar medidas por ele determinadas dentro de pessoas jurídicas, que mais dificilmente se curvam à pressão psicológica da multa e que assumem obrigações de caráter complexo, as quais demandam longo tempo para serem cumpridas. A adoção da intervenção, embora tenha seu cabimento limitado pela necessária ponderação dos princípios constitucionais antes apontados, é extremamente conveniente para um sem-número de situações, visto que essa medida, de acordo com a correta observação de Marcelo Lima Guerra, consiste

em meio suficientemente aberto para se adaptar bem às nuances de cada caso, mas disciplinado em lei de forma mais ou menos detalhada, no que diz com diversos aspectos procedimentais importantes de sua aplicação concreta, o que facilita a observação, pelo juiz, ao exercer aqueles seus poderes indeterminados, das garantias inerentes ao devido processo legal<sup>263</sup>.

Por fim, é importante referir que o direito brasileiro prevê ainda outras formas de intervenção judicial em particulares, aqui apenas referidas, sem serem profundamente estudadas, primeiro porque não guardam relação com as medidas adotadas perante o direito norte-americano, que são o nosso objeto de estudo; segundo, porque não se relacionam primeiramente com o objetivo de fazer cumprir obrigações de fazer ou não fazer, mas, sim, buscam garantir o recebimento de crédito em pecúnia, ou afastar a falência.

A primeira dessas figuras é a penhora do faturamento de empresa devedora, prevista no art. 655, VII, do CPC. Neste caso, de acordo com o art. 655-A, parágrafo 3º,

---

<sup>263</sup> *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e de não fazer*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acesso em: 04 ago. 2004.

será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

Como segunda temos a possibilidade de se impor o usufruto de empresa, prevista no art. 708, III, do CPC e nos arts. 716 e seguintes do mesmo código. Com a imposição dessa medida o executado perde a fruição do móvel ou imóvel, até que o crédito do exequente seja atendido em sua totalidade.

Ainda, a Lei da Recuperação Judicial prevê também uma forma drástica de intervenção judicial, aqui não buscando o cumprimento de decisão judicial, mas, sim, evitar a quebra de empresa.

As últimas medidas referidas corroboram a tendência de valorização das decisões judiciais e, conseqüentemente, a obtenção do seu cumprimento, por consistirem em medidas drásticas a serem utilizadas para permitir que o Judiciário faça valer na prática os seus comandos.



## 5 CONTROLE DO USO DAS MEDIDAS ESTUDADAS

Ao permitir que o juiz realize a escolha da forma por meio da qual será cumprido o comando por ele emitido diante da apreciação do caso concreto, mister a fixação de critérios para definir se a opção exercida pelo julgador é válida, bem como imprescindível delimitar instrumentos de controle da decisão judicial. Isso porque não é possível nem prudente deixar ao completo alvedrio do juiz a determinação da forma como se desenvolverá o processo, sob pena de ficarmos submetidos a decisões arbitrárias.

Ademais, é importantíssimo haver formas de controle das decisões judiciais emanadas justamente porque as obrigações de fazer e de não fazer, sobretudo quando envolvem direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, são de difícil delimitação, não sendo banal estabelecer o que seria necessário para corrigir sua violação. Logo, a forma de dar cumprimento na prática a esses mesmos direitos geralmente corresponderá a uma “incógnita”<sup>264</sup>.

John Choon Yoo, ao comentar as decisões que visavam dessegregar escolas nos Estados Unidos, pergunta: Como estabelecer onde um estudante deveria estar caso não houvesse segregação? E se a medida adotada piorar os danos da segregação? E conclui que a dificuldade de se obter resposta a essas questões pode levar o Judiciário a determinar medidas exageradas a fim de consertar o que na raiz é um problema social<sup>265</sup>.

Exemplos de decisões que aparentemente fugiram do razoável são comuns na busca por dar-se cumprimento às *structural injunctions* nos Estados Unidos<sup>266</sup>, como o que ocorreu no caso *Jenkins*, que visava dessegregar escolas.

---

<sup>264</sup> Ver sobre o assunto o item 2.2.1.2 do presente estudo.

<sup>265</sup> YOO, John Choon. Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

<sup>266</sup> John Choon Yoo afirma que “not only did the Court essentially give the district courts the power to operate a school district, but it also authorized them to revise local laws and regulations to assist in this task. Perhaps such discretion was justified on the ground that the deprivation of African-American rights throughout the nation demanded the exercise of extraordinary powers by the courts. But, as Justice Thomas put it in his *Jenkins III* concurrence,

A ideia da corte nesse julgamento foi tornar as escolas negras tão atrativas que acabariam por chamar para si estudantes brancos e, desse modo, eliminar a segregação. Para tanto, foi determinada a instalação de aparelhos de ar-condicionado em todas as salas de aula, sistema de alarme, microcomputadores, planetário, estufas e viveiros, um sistema de tradução simultânea nos moldes adotados pela ONU, estúdio de rádio e televisão com laboratório de animação e edição, uma galeria de arte com temperatura controlada, edição de filmes, piscinas, entre outros<sup>267</sup>.

O mesmo ocorreu em casos que visavam adequar prisões aos ditames constitucionais, que acabaram por determinar a forma como os prisioneiros deveriam dividir as celas bem como a sua temperatura, se teriam televisões e academia, qual seria a dieta a ser seguida pelos presos e quais os meios disciplinares que poderiam ser adotados<sup>268</sup>.

Ora, essas decisões desarrazoadas devem poder ser revisadas, controladas ou mesmo afastadas, retirando do sistema a possibilidade de se terem como válidas decisões claramente arbitrárias.

Atendo-nos ao assunto de nossa tese, para interpretar corretamente as normas abertas contidas no art. 461 do CPC, é necessário levar em consideração os requisitos contidos na própria norma, posto dever ela ser interpretada, não afastada.

---

“such powers should have been temporary and used only to overcome the widespread resistance to the dictates of the Constitution.”. Instead, Brown II ushered in an era in which the extraordinary remedy became ordinary, and in which the unusual exercise of broad power became commonplace”. Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor’s foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, jul. 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

<sup>267</sup> YOO, John Choon. Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor’s foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

<sup>268</sup> YOO, John Choon. Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor’s foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

O juiz não poderá simplesmente desconsiderar os requisitos impostos por lei, já que sua função é, justamente, interpretá-los diante do que exige o caso concreto para que seja possível tutelá-lo de forma adequada.

Diante dessa realidade, é imperioso admitir que, tal como explica Humberto Theodoro Júnior,

a missão do aplicador do direito, assim, não se restringe a simplesmente fazer com que, na prática, prevaleça a regra abstrata traçada pelo legislador. Sua tarefa é muito maior, pois terá de interpretar o seu sentido e determinar-lhe o alcance, inspirando-se, para tanto, não apenas no enunciado da norma, mas no desígnio dela e na sua harmonização com os valores que a inspiraram e que continuam influenciando o comportamento global da sociedade<sup>269</sup>.

Dessa forma, o juiz deverá, em primeiro lugar, estabelecer se a obrigação de fazer ou não fazer é ou não devida. Em a reconhecendo como devida, deve analisar suas características peculiares, sua natureza, para, partindo dela, escolher dentre os meios postos a sua disposição aquele apto a garantir o cumprimento da decisão por ele exarada, tal como exige o art. 461 do CPC, encontrando, assim, solução adequada para o caso submetido a julgamento dentro do próprio sistema processual.

Vale ressaltar que, como os significados dos conceitos e normas abertas são cambiantes de acordo com o pensamento tanto dos advogados que atuam no caso como do julgador, será precária a previsão de julgamento que se terá *ab initio*, pois sempre dependerá da interpretação que o juiz fará ao final das balizas não firmes desenhadas pela legislação. Mister, portanto, fixarmos formas de controlar essa decisão judicial, que, embora sejam naturalmente imprecisas, são imprescindíveis para evitar arbitrariedades, diante da ampla margem de “escolha” deixada nas mãos dos juízes pelo legislador.

Devemos ter em mente, ao analisar tal questão, que a segurança de uma norma hoje

---

<sup>269</sup> O juiz e a revelação do direito in concreto. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha (Org.). *Estado de direito e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 268.

deve ser medida pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, visto que deve estar a serviço de um objetivo mediato a permitir a efetividade do direito fundamental a um processo equânime. Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não ser mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às peculiaridades do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto<sup>270</sup>.

A possibilidade de termos diferentes interpretações existe porque cada julgador analisa o fato e a norma aplicável de acordo com as suas impressões sobre a situação fática e o seu entendimento sobre as questões de direito, podendo se chegar a conclusões diversas se diversas forem as impressões e os entendimentos. Certo é que tal fenômeno não pode, nem deve, ser erradicado do sistema, porque, como lembra Humberto Theodoro Júnior,

a solução do caso concreto não depende só da regra abstrata da lei, mas também, e sobretudo, da análise do fato e da valoração deste em face da norma genérica. Além do mais, a previsão do legislador, como simples programa abstrato, nunca consegue prever todas as nuances da infinita variabilidade da vida. Os fatos não se moldam restritivamente às posições legais; estas é que têm de ser adaptadas à riqueza multifária do comportamento humano. E, então, por mais clara e detalhada que tenha sido a regra abstrata, o juiz jamais poderá omitir-se do dever de complementá-la e adaptá-la para chegar à norma concreta, qual seja, àquela que corresponderá à solução efetiva do litígio que as partes deduziram em juízo.<sup>271</sup>

Não é por isso, entretanto, que a atividade judicial, diante da possibilidade de adoção de diversos significados, não pode ser controlada<sup>272</sup>, visto que

é óbvio, porém, que, estando o Estado Democrático de Direito assentado sobre a repartição de poderes e submetido ao princípio da supremacia da lei, a atividade criativa do juiz não pode ser exercida a partir do desprezo à vontade abstrata da norma legislada. A

<sup>270</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Disponível em: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Consulta em: 16 mar. 09.

<sup>271</sup> O juiz e a revelação do direito in concreto. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha (Org.). *Estado de direito e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 272.

<sup>272</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart têm entendimento no sentido que “a amplificação do poder jurisdicional não pode deixar de ter uma contrapartida, surgindo como necessária, assim, uma forma adequada de controle do poder de execução. Ora, não há como conceber poder sem controle. O controle do poder de execução do juiz é imprescindível para a própria legitimidade do Poder Judiciário e para a noção de participação adequada das partes no processo”. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 179.

formulação da regra concreta pode não corresponder à simples reprodução das palavras do legislador. Jamais, porém, poderá partir do nada, para enunciar a solução do conflito segundo apenas e tão-somente a vontade do julgador. Se esta é importante na formulação da lei individual do caso concreto, não é superior, nem indiferente, à regra geral traçada pelo legislador, que, de forma alguma, pode ser descartada<sup>273</sup>.

O art. 461, parágrafo 5º, do CPC outorgou ao juiz “poder geral” para indicar a forma mais efetiva para se alcançar o cumprimento da decisão por ele proferida, ou seja, qual a medida que mais prontamente atenderá ao direito reconhecido como devido pela decisão judicial. Contudo, embora a lei não estabeleça claramente os parâmetros que devem ser seguidos para a determinação do meio de sub-rogação a ser adotado, cujas opções são amplíssimas<sup>274</sup>, tal poder não pode ser entendido como ilimitado, e diversos são os meios para exercer o seu controle<sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito in concreto. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha (Org.). *Estado de direito e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 272. Ada Pellegrini Grinover, nesse mesmo diapasão, chama atenção para o fato de “aos acrescidos poderes do juiz no processo; à sua transformação, de árbitro de contendas puramente jurídicas, em árbitro de conflitos sociais e políticos, não podem deixar de corresponder efetivos mecanismos de controle e fiscalização: seja no sentido negativo, de maior responsabilidade, seja no sentido positivo, de estímulo para a ascensão da carreira”. A crise do Poder Judiciário. In: \_\_\_\_\_. *O processo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 27.

<sup>274</sup> Dewey Roscoe Jones, analisando as decisões estruturais proferidas pelos juízes norte-americanos, afirma que “whenever a plaintiff’s federal right is found to have been violated, a federal district court is vested with plenary power to vindicate that right and protect it from further violation. There are no statutory limits imposed on the courts’ remedial power. The limitations on its powers are self-imposed and are generally seen to be based on the extent to which a court can supervise and effectuate a proposed remedy”. *Federal Court Remedies: The creative use of potential remedies can produce institutional change. Howard University Law Journal*, n. 879, 1984. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 23 mar. 2005.

<sup>275</sup> Nicola Picardi afirma que, “ainda que comportem sempre um elemento de reflexão, ponderação e valoração, na maior parte dos casos (habitualmente, os menos complexos), o juiz não exerce, de fato, poderes discricionários, visto que a solução do caso é predeterminada de maneira unívoca com base em uma série de ‘vínculos’: normas preestabelecidas, cânones interpretativos, precedentes, regras de procedimento etc. Não existe aqui espaço para opiniões razoáveis contrárias; existe uma única solução legítima, que o juiz deve acolher, sem margens de escolha. Ao contrário, em uma minoria de casos (habitualmente os mais complexos) abrem-se ao juiz espaços de ação no seio dos quais deve escolher entre uma das possíveis alternativas de juízo – cada uma das quais legítima – sem que o conteúdo mesmo da decisão seja vinculado e assim predeterminado. Nesse sentido, e nesses limites, entende-se que o juiz seja depositário de um poder discricionário e, por consequência, termine por ‘criar’ a *regula juris* no caso concreto. (...) Com efeito, a margem de discricionariedade concedida aos juízes é relativa, na medida em que opera em um determinado âmbito espacial e temporal e, portanto, pode variar segundo os diversos ordenamentos e épocas. Uma alteração normativa, ou de fato, ou até uma alteração socioeconômica, pode ampliar ou restringir a margem de discricionariedade deixada ao juiz”. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: \_\_\_\_\_. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 16-17.

## 5.1 Parâmetros legais

Diante do “poder geral” concedido aos juízes de escolha do meio executivo pelo art. 461 do CPC, há entendimento no sentido de ser esse poder discricionário. Entretanto, é claramente equivocada essa conclusão, se considerarmos o sentido de discricionariedade como liberdade ampla do juízo para escolher o meio de sub-rogação que preferir.

Quando se fala, aqui, em discricionariedade, não se está a dar liberdade ao juiz para escolher a forma que, segundo suas convicções, será a adequada para tutelar o caso concreto; ao contrário, já que a lei apenas admite a adoção de medidas adequadas e necessárias para o alcance da tutela específica ou do resultado prático equivalente<sup>276</sup>.

O agir do juiz, portanto, é limitado pela legislação, a qual exige que a medida imposta seja necessária e adequada para atender ao direito vindicado. O simples emprego de conceito indeterminado na lei não corresponde, necessariamente, à noção de poder discricionário; apenas autoriza que se adapte o procedimento ao caso concreto *sub judice*. Nesse sentido vai o magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem

a liberdade do juiz em decidir não se confunde, em hipótese alguma, com aquela que existe quando se exerce o poder que se convencionou chamar de discricionário na esfera da Administração Pública. Para o magistrado há, nesses casos, em que habitualmente a doutrina assevera que estaria exercendo poder discricionário, liberdade para chegar à decisão correta, que é uma só, em face de certo caso concreto<sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> Humberto Theodoro Júnior afirma que o juiz “pode criar soluções à margem da norma legislada, pode completá-la em suas incompletudes inevitáveis, mas não pode negá-la nem violá-la, enfim”. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 150, p. 19, ago. 2007.

<sup>277</sup> *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 193. A mesma autora finaliza: “Como dissemos, uma das funções dos conceitos vagos é a de driblar a complexidade do mundo atual, possibilitando a existência de decisões mais rentes à realidade, porque são como luvas de borracha, aderindo integralmente ao quadro fático em que nasceu um conflito a que deve pôr fim o juiz. Se assim é, os princípios neste contexto desempenham importantíssimo papel de vetor interpretativo, já que, como afirmamos, segundo o que nos parece, decidir com base em norma que contenha conceito vago é atividade interpretativa, que nada tem a ver com a discricionariedade”. Ob. cit., p. 207.

Logo, qualquer “escolha” judicial nessa seara deverá, em primeiro lugar, observar os parâmetros estabelecidos pelo art. 461 do CPC<sup>278</sup>, até porque o próprio ordenamento jurídico como um todo veda a atuação arbitrária do juiz tanto no desenvolvimento do processo como na tomada de decisões<sup>279</sup>. A “escolha”, portanto, não será propriamente discricionária, no sentido de o julgador poder optar pela medida de acordo com seu próprio juízo de conveniência e oportunidade, sem que essa atividade possa ser submetida a controle<sup>280</sup>.

Assim, para proferir decisão de acordo com a norma legal deverá o juiz analisar quais as medidas que, se adotadas, conferirão tutela adequada ao caso concreto que se quer ver resolvido. E apenas se mais de um meio se mostrar ótimo para o alcance desse desiderato surgirá, de fato, a possibilidade de escolha discricionária pelo juiz, porém, ainda assim, essa escolha deverá ser feita sempre respeitando os limites impostos pela legislação. Além disso, conforme refere Eduardo Talamini, diante dessa concepção de discricionariedade apenas será possível aferi-la diante do caso concreto, visto que,

eventualmente, a norma confere, em tese, uma multiplicidade de alternativas ao agente, que são, porém, concretamente descartadas mediante a interpretação ou a integração (especialmente, a aplicação de princípios), até restar apenas uma solução válida e ótima para o atendimento das finalidades legais. Em tal caso, não há discricionariedade: impõe-se adotar a solução única<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45.

<sup>279</sup> Ovídio Baptista da Silva observa que “a justiça, para desgosto de nossos teóricos, não poderá ser *normatizada*. Haverá de ser descoberta laboriosamente em cada caso concreto, observados, porém, determinados critérios capazes de impedir que a natural *discricionariedade* do ato jurisdicional se transforme em *arbitrariedade*” (grifos no original). Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 139.

<sup>280</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 383.

<sup>281</sup> *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 382. O autor complementa essa ideia ao afirmar que “o juiz não é livre para, ao seu mero talante, considerar uma medida “necessária” ou não para a obtenção do resultado específico; no entanto, o universo das medidas “necessárias”, ao qual se chega por atividade vinculada (não discricionária), pode abranger mais de uma providência que constitua solução ótima para o caso concreto. É dentro desse universo, vinculativamente determinado, que, conforme a situação concreta, pode surgir um âmbito de atuação discricionária”. *Ob. cit.*, p. 386.

Também nos Estados Unidos, embora a legislação não balize os limites do atuar jurisdicional, as cortes fixaram parâmetros para a busca do cumprimento da decisão, sempre levando em consideração o que o caso concreto exigia, ou seja, medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente, tal como determinado pelo art. 461 do CPC. Exemplos são apontados por Jared Levy<sup>282</sup>, senão vejamos.

No caso *Milliken v. Bradley (Milliken II)*, que tratava de segregação racial no sistema público de educação de Detroit em 1977, estabeleceram-se passos que deveriam ser seguidos para se afastar a violação ao direito de não ser discriminado. Primeiro, determinou-se que a própria violação constitucional apontaria a natureza do meio a ser utilizado para afastá-la; desse modo, as cortes distritais deveriam observar o transporte, as atividades extracurriculares, as instalações, entre outros, a fim de analisar se a segregação racial realmente existia nas escolas. Segundo, as cortes deveriam desenvolver uma medida que não ofendesse a Constituição e, após, analisar qual medida seria apta para colocar as pessoas envolvidas onde elas efetivamente deveriam estar, ou seja, em uma situação de não divisão por raças. Por fim, ao desenhar o meio de cumprimento, as cortes deveriam levar em consideração os interesses das autoridades locais e estaduais.

Em *Missouri v. Jenkins*, o voto proferido pelo ministro da Suprema Corte Clarence Thomas aponta limitações ao poder das cortes de desenhar remédios para dessegregar escolas, afirmando que não podem determinar largas ordens que beneficiem uma escola indiscriminadamente, como um todo, ao invés de atender apenas os alunos que efetivamente sofreram discriminação, devendo as medidas desenvolvidas se limitar a afastar a segregação. Assim, extrapola o seu poder a corte que inclui benefícios a crianças que ainda não chegaram à escola, ou nem eram nascidas no período de segregação. De acordo com o mesmo ministro, as cortes distritais passaram a aprovar medidas extraordinárias que não se limitavam a afastar a resistência ao cumprimento

---

<sup>282</sup> LEVY, Jared A. Blinking at reality: the implications of Justice Clarence Thomas' influential approach to race and education. *Boston University Law Review*, n. 575, abr. 1998. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 19 mar. 2005.



dos ditames constitucionais e, com isso, impor medidas desnecessárias para o alcance do seu adequado cumprimento.

Nos Estados Unidos, portanto, diante da ausência de legislação específica, a própria jurisprudência se encarregou de delimitar a extensão das medidas a serem adotadas para dar cumprimento aos direitos constitucionais vindicados via *structural injunctions*.

Aqui, impende sempre seguir os parâmetros legais para definir qual a medida a ser adotada diante do caso concreto *sub judice*, ou seja, qual a medida necessária para a obtenção do cumprimento específico da obrigação que se busca ver adimplida, já que o art. 461 do CPC exige que o juiz observe esse limite ao proferir sua decisão.

## 5.2 Fundamentação

Além da observância dos parâmetros legais, exige-se que o juiz sempre fundamente a sua decisão justificando ser a medida específica escolhida cabível<sup>283</sup>, necessária e adequada para a efetivação do direito reconhecido judicialmente, e também as razões pelas quais se mostra melhor no caso concreto *sub judice* que outras possíveis de serem adotadas para o alcance de objetivos iguais.

Temos, portanto, que a outra forma de controle da decisão judicial é a exigência constitucional e infraconstitucional de fundamentação das decisões jurisdicionais (art. 93, IX CF e art. 458, II do CPC), que impõe ao julgador o dever de expor os motivos pelos quais a escolha que está fazendo naquele processo específico, diante dos fatos trazidos ao seu conhecimento e da prova produzida, mostra-se adequada.

---

<sup>283</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 167.

A motivação objetiva “demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo do que às partes, a *ratio scripta* que legitima o decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição”<sup>284</sup>. Isso porque a fundamentação é que legitimará a escolha por ele realizada, visto que será exposta a justificativa que explica as razões pelas quais o meio eleito é o mais adequado para a tutela daquele caso específico, bem como por que outros que poderiam servir ao mesmo fim são preteridos naquele momento<sup>285</sup>.

Ainda, é necessária a fundamentação para demonstrar e convencer as partes de que a ação foi regularmente julgada e para convencer também a opinião pública de que a decisão tomada pelo Poder Judiciário foi acertada<sup>286</sup>.

A fundamentação, portanto, é imprescindível para afastar o risco de arbitrariedade por parte do juízo, pois, sendo obrigatória a exposição das razões, dos fundamentos de fato e de direito que foram considerados para decidir dessa ou daquela forma, inviabiliza-se a possibilidade de o juiz proferir decisão apenas porque pessoalmente considera a mais adequada.

E quanto mais aberta for a norma a ser aplicada, maior valor terá a fundamentação, no sentido de dar segurança aos jurisdicionados de que o julgador se utilizou de sólidos argumentos para chegar à conclusão exarada, não se limitando à análise da sua consciência e seus valores morais.

Nesse sentido também é o magistério de Mônica Sette Lopes, o qual afirma que, quando do julgamento com base em conceitos abertos, “a definição dos

---

<sup>284</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 56, p. 223, out./dez. 1989.

<sup>285</sup> Refere Luis Roberto Barroso que, “em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação”. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Acesso em: 16 mar. 2009.

<sup>286</sup> Sérgio Gilberto Porto refere que “traduz-se a sentença em ato de busca de justiça, e desta devem ser convencidas não somente as partes, mas também a opinião pública. Portanto, aquelas e esta precisam conhecer os motivos da decisão, sem os quais não terão elementos para se convencerem de seu acerto. Nesse sentido, diz-se que a motivação da sentença redundante de exigência de ordem pública”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.99.

contornos do enquadramento normativo, nos modelos móveis, enseja a atribuição de relevância à motivação, com vistas à segurança jurídica<sup>287</sup>.

Além disso, a fundamentação, se não estiver adequada, permite o manejo de recursos às superiores instâncias para se buscar a revisão da decisão atacada, pois nesse caso não estará presente a sua legitimidade. Logo, a justificativa legitimará a decisão e permitirá que as partes exerçam controle via recurso, caso revele a incorreção da escolha.

A fundamentação, assim, apontará se o juiz se ateve às molduras legais precariamente previstas nas normas abertas, bem como indicará se considerou os princípios e valores insertos na Constituição Federal e na legislação brasileira como um todo, encontrando, ao sopesar todos esses elementos, uma resposta adequada ao caso concreto que tem de decidir. Se assim não for, a decisão poderá ser revista em sede recursal.

Por tais razões, temos que deve ser incentivado o uso dos mais variados meios executivos para se obter o cumprimento adequado das decisões que determinem um fazer ou não fazer na prática. Todavia, tal poder deve ser passível de controle, e a fundamentação é imprescindível para que possa ser exercido, razão por que deverá estar presente sempre para justificar e legitimar a escolha feita pelo juiz n caso concreto e, também, para atender à expressa disposição constitucional (art. 93, IX) e infraconstitucional (art. 458, II do CPC).

### **5.3 Princípios**

Além da análise dos parâmetros legais e da exigência de fundamentação da sua decisão, os princípios auxiliam na tarefa de investigar se a escolha do juiz é ou não arbitrária. Princípios hoje são considerados normas jurídicas dotadas de valor, e o juiz deve considerar os parâmetros por eles impostos quando da

---

<sup>287</sup> *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

determinação de qual medida será a mais adequada para tutelar efetivamente os direitos a que é chamado a garantir.

Os princípios servem também para preencher as “lacunas” deixadas pelos conceitos indeterminados, já que admitem a existência de mais de uma solução possível e correta para o caso concreto e, assim, auxiliam na interpretação de conceitos, tal como os utilizados no art. 461 do CPC<sup>288</sup>.

Assim, temos que o princípio da adequação deve sempre ser atendido quando da escolha de qual medida deverá ser utilizada, buscando-se “uma exata correspondência entre meios e fins, no sentido de que os meios empregados sejam logicamente compatíveis com os fins adotados e que sejam praticamente idôneos a proporcionar o atingimento desses fins”<sup>289</sup>.

Deve-se atentar para que os meios utilizados levem ao fim esperado, qual seja, garantir ao credor o recebimento, na prática, do quanto determinado pelo órgão jurisdicional. Exige-se, portanto, que o juiz efetivamente realize uma ponderação entre os interesses em jogo diante do caso concreto<sup>290</sup>, para que possa alcançar uma decisão justa, não arbitrária, à causa submetida à sua apreciação<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade X termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.) MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 89 e seguintes. A autora afirma ainda que “a função essencial dos princípios, em razão da sua generalidade e vagueza, é abrir campo para o intérprete judicial incluir todas as situações e acompanhar a transformação da sociedade e os novos valores”. *Princípio da proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.

<sup>289</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 175.

<sup>290</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira preleciona que, “diante do caráter normativo dos direitos fundamentais da efetividade e da segurança, penso que no âmbito do processo é possível definir a adequação da tutela jurisdicional como a aptidão desta para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis. Portanto, em regra, a adequação resulta da ponderação desses dois valores ou direitos fundamentais, com vistas ao resultado que se quer obter diante da espécie de direito violado. Essas diretivas comprometem o legislador, a doutrina, e a aplicação prática do direito processual pelo órgão judicial, respeitada é claro a dispositividade assegurada à parte, pois esta pode escolher a forma de tutela que mais lhe convém, salvo as exceções consignadas expressamente em lei”. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Disponível em: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Acesso em: 16 mar. 2009.

<sup>291</sup> Importante a ressalva de Jaqueline Mielke Silva no sentido de que, quando estamos falando em princípios, “a solução será dada pelo caso concreto, pois é no momento da concreção que os princípios revelam seus diferentes pesos. Ocorre então uma ponderação entre os interesses

Ademais, a decisão do juiz tem de ser razoável<sup>292</sup>. Luiz Roberto Barroso afirma que

o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valorização dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”<sup>293</sup>

A redação do art. 461, parágrafo 5º, do CPC, como vimos, abre ao juiz inúmeras possibilidades para garantir o cumprimento da ordem emanada, podendo, inclusive, estabelecer obrigações diversas daquelas previstas expressamente em lei ou no contrato, desde que leve à obtenção do mesmo resultado que seria obtido caso a obrigação original tivesse sido cumprida.

Tais opções apenas se mostrarão razoáveis se aptas a levar ao atendimento da obrigação. Assim, impende o juiz verificar, quando da fixação da medida a ser adotada, se não acaba por inviabilizar o próprio cumprimento da decisão. Por exemplo, se determinada por sentença a feitura de móveis a serem entregues ao autor pela fábrica ré, seu fechamento para compelir o cumprimento será inútil, visto que a prestação jurisdicional apenas será entregue se a fábrica estiver em funcionamento. Logo, mister que a medida adotada não tenha o efeito inverso de prejudicar, ou inclusive impedir, a obtenção da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

Além disso, as opções adotadas, necessariamente, devem representar a forma de efetivação menos gravosa para o réu e, em diversos casos, para a

---

envolvidos, a fim de se saber qual deles, abstratamente da mesma categoria, possui maior peso no caso concreto”. *O direito processual como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 291.

<sup>292</sup> Ada Pellegrini Grinover anota que “a razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do *justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados*” (grifos no original). O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 30, p. 16, maio/jun. 2009.

<sup>293</sup> Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, n. 336, p. 128-129, out./nov./dez. 1996.

sociedade como um todo. Devem-se analisar as vantagens e também as desvantagens de a escolha recair sobre um meio de sub-rogação específico, a fim de definir qual representará a forma que menos prejuízos causará a todos<sup>294\_295</sup>.

Dessa forma, a escolha do meio de cumprimento aplicável ao caso concreto apenas se mostrará válida e não arbitrária quando tomada por meio de decisão fundamentada, apontando-se os motivos pelos quais tal escolha se justifica e desde que atenda aos princípios da adequação e da razoabilidade. Está englobado neste último também o princípio da menor onerosidade, que deve recair sobre o devedor e sobre a sociedade<sup>296</sup>.

Deve, ainda, a decisão atender ao princípio da proporcionalidade<sup>297\_298</sup>.  
Conforme Eduardo Cambi,

---

<sup>294</sup> Importante a referência de Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar que “o poder de utilizar a medida executiva necessária não pode se desligar das particularidades da situação litigiosa, as quais devem ser lidas à luz das regras do meio idôneo e da menor restrição possível. Como é óbvio, o meio executivo deve ser idôneo ou capaz de realizar faticamente a tutela do direito. Porém, uma vez idôneo à tutela do direito, o meio executivo não pode trazer prejuízo desnecessário ao réu. Diante de dois meios executivos idôneos, deve ser utilizado o que causar menor restrição. Mas não há racionalidade em negar o meio idôneo à tutela do direito para se causar menor gravame ao réu. A visualização da menor restrição possível é posterior à definição do meio idôneo”. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 428-429.

<sup>295</sup> Gisele Santos Fernandes Góes, ao comentar o parágrafo 5º do art. 461 do CPC, afirma que “é expressão pura do princípio da proporcionalidade, pois o exercício pelo Poder Judiciário de tais medidas pressupõe um juiz que analise quais são as medidas necessárias, adequadas e menos onerosas para serem implementadas no caso concreto”. *Princípio da proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 163.

<sup>296</sup> Humberto Theodoro Júnior chama a atenção para o fato de que não será legítima a decisão que afastar a lei para adotar o entendimento que, segundo critérios pessoais do juiz, atenda o seu senso pessoal de justiça, a sua ideologia, concepções de vida e crenças pessoais. Diante disso, preleciona que “é no princípio da razoabilidade que cada vez mais se busca identificar o limite da lei, que haverá de balizar o terreno onde deverá atuar a interpretação judicial. Assim, embora não se possa recusar ao juiz uma atividade criativa, para individualizar a norma genérica da lei, é imperativa sua submissão à ordem jurídica”. O juiz e a revelação do direito in concreto. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha (Org.). *Estado de direito e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 280-281.

<sup>297</sup> Conforme magistério de Gisele Santos Fernandes Góes, há doutrinadores que enxergam o princípio da razoabilidade como sinônimo do princípio da proporcionalidade. Segundo a autora, ambos os princípios visam controlar arbitrariedades do poder público, sendo diretrizes para interpretação e aplicação das normas jurídicas, todavia se distanciam pelo contexto histórico em que surgiram, pelo seu dimensionamento (a proporcionalidade é dimensionada sobre três diferentes elementos, quais sejam a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, enquanto que o princípio da razoabilidade apenas exige que se dê preferência para o aceitável socialmente para que reste atendido na prática), pela sua função, já que a razoabilidade visa apenas bloquear o inaceitável ou arbitrário, ao passo que a proporcionalidade, além dessa função, também busca garantir o uso da melhor medida

ao contrário dos princípios, o postulado da proporcionalidade possui *conteúdo normativo neutro*, não permitindo uma aplicação gradual, uma vez que a sua estrutura formal contém uma única possibilidade de aplicação, que independe das possibilidades fáticas e jurídicas: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não excessivo. A proporcionalidade também não é uma regra jurídica, porque não estabelece um conteúdo relativamente à conduta humana nem disciplina à aplicação de outras normas. A proporcionalidade é um *postulado de aplicação do direito*, posto que apenas impõe *condição formal ou estrutural* de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas (*dimensão metódica*). Trata-se de *metanorma* que, por não estar no mesmo *nível* de princípios e regras, orientam a sua aplicação. Desse modo, é dirigida, frontalmente, aos intérpretes e aplicadores do direito, diferentemente das regras e princípios que se destinam, primariamente, aos destinatários públicos e/ou privados” (grifos no original). ao contrário dos princípios, o postulado da proporcionalidade possui *conteúdo normativo neutro*, não permitindo uma aplicação gradual, uma vez que a sua estrutura formal contém uma única possibilidade de aplicação, que independe das possibilidades fáticas e jurídicas: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não excessivo. A proporcionalidade também não é uma regra jurídica, porque não estabelece um conteúdo relativamente à conduta humana nem disciplina à aplicação de outras normas. A proporcionalidade é um *postulado de aplicação do direito*, posto que apenas impõe *condição formal ou estrutural* de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas (*dimensão metódica*). Trata-se de *metanorma* que, por não estar no mesmo *nível* de princípios e regras, orientam a sua aplicação. Desse modo, é dirigida, frontalmente, aos intérpretes e aplicadores do direito, diferentemente das regras e princípios que se destinam, primariamente, aos destinatários públicos e/ou privados (grifos no original)<sup>299</sup>.

Para ilustrar a escolha adequada do meio de sub-rogação a fim de garantir o cumprimento da tutela específica, tomamos como exemplo o desrespeito ao dever de manter o meio ambiente saudável. Tal situação autorizaria o juiz a determinar a cessação das atividades de uma fábrica que está poluindo. Todavia, se é possível adotarmos um meio de sub-rogação que não represente medida tão drástica, como a instalação de filtros que acabem com a poluição

---

possível para a materializar direitos constitucionais fundamentais, e pelo método da ponderação dos interesses. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57 et seq.

<sup>298</sup> “Diz-se que o princípio da proporcionalidade é o princípio dos princípios, porque, na verdade, tem conteúdo que se pode chamar, sob certo aspecto, de metodológico. Com isso quer-se dizer que se trata de um princípio para lidar com os outros princípios, de molde a preservar os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 79. E continua: “Chega-se, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, a uma solução de compromisso, que consiste em se dar mais valor, naquele caso, à aplicação de certo princípio, em detrimento de outro, sem que com isso se deva necessariamente repetir a operação no futuro”. *Ob. cit.*, p. 83.

<sup>299</sup> *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.

produzida pela fábrica, esta solução deve ser preferida, visto ser muito menos gravosa para a empresa do que a paralisação das suas atividades por completo, atendendo-se aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da menor onerosidade.

Além disso, nesse caso específico não é só o valor cumprimento da decisão judicial que deve ser levado em conta, mas também o valor social que existe embutido na manutenção do funcionamento da fábrica, que da mesma forma deve ser considerado no momento de se escolher o modo de efetivação da tutela específica, pois só assim atenderemos ao princípio da menor onerosidade em sentido amplo. Exemplo desse valor social é o direito ao trabalho e à livre-iniciativa, que devem ser considerados. Assim, se o direito ao meio ambiente sadio puder ser buscado por outra forma que não o fechamento da fábrica, esse outro meio será preferível, visto que evita prejuízo aos demais direitos referidos<sup>300</sup>.

Mister lembrar que medidas vedadas pelo ordenamento jurídico, como é o caso da prisão civil (embora alguns defendam a possibilidade de sua utilização como meio de coerção), não poderão ser determinadas pelo juiz<sup>301</sup>, bem como medidas de sub-rogação que impliquem violação dos direitos da personalidade ou outros direitos indisponíveis<sup>302</sup>.

O controle da decisão que fixar o meio a ser utilizado para o seu cumprimento, portanto, será realizado, dentre outros meios, também através da exigência de observância aos princípios da adequação, da razoabilidade, da menor onerosidade e da proporcionalidade.

---

<sup>300</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

<sup>301</sup> Nesse sentido TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 270, e THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 15, p. 29, jan-/fev. 2002. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal também julgou nesse sentido, ao determinar que não pode haver prisão civil do depositário infiel diante das disposições do Pacto de San José da Costa Rica, subscrito pelo Brasil (ver STF, HC nº. 91.361-SP, publicado no DJe de 06.02.09, rel. min. Celso de Mell). Também ver sobre o assunto o item 5.1.2 dessa tese.

<sup>302</sup> GRECO, Leonardo. Tutela específica após a Lei 10.444/2002. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acesso em: 04 ago. 2004.



## 5.4 Contraditório

Certo é que o contraditório será atendido no decorrer do processo de conhecimento que vise reconhecer ser devida obrigação de fazer ou não fazer, devendo, diante do pedido do autor, ser o réu citado para contestá-lo, admitindo-se a produção de todas as provas necessárias para a comprovação do fato *sub judice*, bem como aquelas necessárias para afastar a sua exigência.

Entretanto, uma vez definida em decisão judicial ser a obrigação devida, poderá o juiz, autorizado pelo art. 461 do CPC, adotar as medidas necessárias para o alcance do seu cumprimento de ofício, sem que seja necessário pedido das partes nem sua oitiva para tanto. Isso porque se considera que o alcance da tutela específica e a prestação da tutela jurisdicional efetiva, além de serem do interesse das partes, também são escopo a ser perseguido pelo próprio Estado.

Todavia, apesar da existência de expressa autorização legal nesse sentido (art. 461, parágrafo 5º do CPC), é aconselhável que o juiz ouça as partes antes de determinar a adoção de ofício de meios executivos. Essa oitiva é importante para colher sugestões de ambas as partes quanto às possíveis soluções a serem adotadas para que o caso *sub judice* seja resolvido na prática<sup>303</sup>.

Muitos casos que exigem um fazer por parte do devedor podem ser resolvidos pela adoção de soluções não previstas expressamente em lei, mas cuja utilização é autorizada pelo art. 461, parágrafo 5º, do CPC; portanto, a oitiva

---

<sup>303</sup> O art. 5º do Projeto do Novo Código de Processo Civil estabelece que “as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”. Também o art. 8º do mesmo diploma dispõe que “as partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios”.

das partes, que conhecem profundamente a problemática submetida à solução do Poder Judiciário, pode ser de grande valia no que tange à indicação de propostas interessantes, apontando meios criativos para se solucionar o problema da forma menos gravosa possível<sup>304</sup>.

Ademais, esse procedimento se mostra aconselhável a fim de que se estabeleça contraditório sobre a forma de efetivação da medida específica determinada pelo juiz<sup>305</sup>. Segundo magistério de José Carlos Barbosa Moreira, com a expressão “contraditório”

costuma-se designar uma fundamental garantia das partes, consistente, de um lado, na igual abertura a ambos da possibilidade efetiva de influir no resultado do processo, apresentando razões, discutindo as do adversário, participando da atividade probatória e reagindo contra os atos do juiz que lhes contrariem os interesses; de outro lado, na proibição, para o órgão judicial, de determinar providências sem delas dar ciência às partes e de fundar a decisão em fatos ou provas a cujo respeito aquelas não hajam tido a oportunidade de manifestar-se.<sup>306</sup>

Vemos que a garantia do contraditório, prevista na Constituição Federal como decorrência do princípio do devido processo legal, permite que as partes do processo participem ativamente da formação do convencimento do juiz, influenciando através desse proceder no resultado do processo, que deve refletir os fatos alegados e provados pelas partes, bem como a sua vontade no interpor e no defender-se. Assim, é importante ouvir as partes para que, além de apontarem possíveis soluções para o conflito, se manifestem acerca das sugestões

<sup>304</sup> Marcos Maselli Gouvêa, ao falar sobre a adoção de medidas de sub-rogação não requeridas pelo autor mas aptas ao alcance da tutela específica, entende ser “natural que o juiz não delibere por este tipo de solução isoladamente, mas que antes ouça as partes, concitando-as a formular soluções mais eficazes e menos onerosas”. O mesmo autor informa que “nos Estados Unidos – onde o poder público em geral e o Judiciário em particular contam com um volume muito maior de recursos operacionais para exercício de suas funções -, é comum os juízes elaborarem *experimental orders*, ordens complexas que visam a tratar globalmente de um problema, a exemplo do que ocorreu nos *prison reform cases*. A prolação destas *experimental orders* é antecedida da confecção de laudos periciais, que avaliam os aspectos técnicos e econômicos do problema de modo a subsidiar a escolha da melhor solução”. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 289-290.

<sup>305</sup> Nicola Picardi refere que “a objetividade da valoração discricionária é assegurada pelo fato de que o juiz procede, sempre, mediante raciocínios argumentativos. Trata-se de uma atividade que se desenvolve com respeito ao contraditório e segundo regras sobretudo deontológicas, com a finalidade de assegurar a escolha das melhores alternativas no âmbito interno do “razoável”. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: \_\_\_\_\_. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20.

<sup>306</sup> O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual – 5ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 5.

apresentadas pelo próprio juiz, dizendo se entendem tais soluções cabíveis e aptas para o atingimento da utilidade da decisão judicial.

Portanto, temos que, inclusive nas decisões que podem ser tomadas de ofício, é aconselhável a intimação das partes, a fim de que tenham a possibilidade de influenciar no julgamento final do processo por meio de seus argumentos, legitimando também as decisões tomadas pelo juízo. Nesse sentido preleciona José Roberto dos Santos Bedaque ao ressaltar que o contraditório é aspecto inerente ao devido processo legal e

revela a necessidade de o resultado da atividade jurisdicional ser precedido de ampla participação dos sujeitos interessados, a quem devem ser concedidas todas as oportunidades possíveis para debater profundamente a causa. Também o julgador deve ter condições de conhecer de forma completa as circunstâncias que envolvem o litígio, a fim de proferir decisão adequada à realidade fática que se lhe apresenta<sup>307</sup>

Complementa o autor seu pensamento afirmando que

a participação das partes é fundamental para conferir legitimidade à tutela, pois significa que a elas foi assegurado o poder de influir no convencimento do juiz. Qualquer decisão judicial fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da regra constitucional<sup>308</sup>.

Logo, nos processos que têm por fito o alcance do reconhecimento e cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a efetiva observância do contraditório, tal como garantido constitucionalmente, apenas se dará quando for proporcionada às partes a possibilidade de se manifestarem sobre os possíveis meios a serem utilizados pelo juiz para dar cumprimento à decisão por ele exarada, embora a lei permita que ele a determine de ofício.

Esse proceder deverá ser observado porque, como vimos, é importante para o alcance de outras soluções, para que os sujeitos do processo deem sua opinião quanto às sugestões elaboradas pelo próprio juiz para o alcance do cumprimento do quanto determinado judicialmente, a fim de permitir que as

---

<sup>307</sup> *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 91.

<sup>308</sup> BEDAQUE, ob. cit., p. 99.

partes influenciem no resultado do processo e, também, para legitimar as decisões judiciais.

Assim, tal providência, embora não exigida pela lei, apenas deve ser dispensada quando se configure urgência a exigir pronta atuação, estando o juiz, neste caso, autorizado a agir de ofício, independentemente da oitiva das partes, para fixar o meio pelo qual se dará cumprimento ao quanto determinado pela decisão judicial.<sup>309</sup>

## 5.5 Recursos

Os recursos, sendo forma de propiciar novo julgamento da questão posta *sub judice*, bem como oportunidade para serem apontados os erros de julgamento e de procedimento pela parte prejudicada, servem também, ainda que não seja seu principal objetivo e seja de forma indireta, para controlar as decisões judiciais, evitando abusos na aplicação das normas abertas.

Note-se que, embora aplicando conceito jurídico indeterminado, o juízo não possui poderes discricionários para escolher a forma de cumprimento que bem entender, podendo-se admitir apenas uma solução correta que atenda ao quanto determinado pela legislação como um todo.

Aqui, conforme referido por Ronaldo Cramer, não estaremos diante de uma simples escolha entre possíveis soluções, mas, sim, diante da necessidade de interpretação da norma no caso concreto para se atingir a solução desejada pelo legislador. Assim, por não ser escolha discricionária, mas, sim, interpretativa, estará sempre sujeita à revisão quando não atender aos ditames legais<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 272.

<sup>310</sup> O mesmo autor conclui: “Uma das conseqüências mais graves de admitir a discricionariedade judicial é a impossibilidade de se recorrer da decisão judicial que interpreta conceito jurídico indeterminado ou, pelo menos a restrição do controle dessa decisão, o que,

## 5.6 Doutrina

A doutrina, enquanto responsável pela elaboração de conceitos jurídicos, pelo apontamento das falhas verificadas na prática, bem como pela delimitação de interpretações possíveis sobre uma dada norma jurídica, acaba por balizar a atividade jurisprudencial<sup>311</sup>.

Esse controle, por óbvio, não é exercido diretamente no processo, mas, sim, externamente, ao apontar parâmetros a serem observados para se evitar decisões arbitrárias.

## 5.7 Criatividade e técnicas de execução indireta

Por fim, vale apenas ressaltar que, à exceção das limitações acima expostas, e atendidos os princípios antes delineados, deve ser inclusive alimentada a criatividade tanto do juiz quanto das partes para, por meio das medidas de coerção e de sub-rogação, atingir na maior parte dos casos o resultado

---

verdadeiramente, não condiz com os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal. (...) Portanto, a interpretação de conceito jurídico indeterminado não resulta em decisão judicial discricionária, porque, nesse caso, não se pressupõe que há várias soluções (interpretações) possíveis, mas somente uma correta. Se o juiz não alcançar a solução correta, sua decisão pode ser revista pela instância judicial superior". Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 111 et seq.

<sup>311</sup> Nesse mesmo sentido o magistério de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem "como agora não é mais a lei que define os meios de execução e o juiz pode conceder modalidade executiva e forma de prestação da tutela diversa das solicitadas, é imprescindível surgir, a partir do labor da doutrina contemporânea, um novo modelo de controle do poder executivo, muito mais complexo e sofisticado". *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 179. Ver ainda sobre o assunto NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz et al. (Org.). *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 422-430.

específico de forma a entregar ao credor o que é seu de direito, sem que para tanto seja necessário onerar excessivamente o devedor.

Exemplo de ação criativa e atípica, que resolveu o problema de o réu resistir em dar cumprimento à decisão judicial, é referido pelo professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o qual afirma que ocorreu

exemplo relativamente recente de um colégio com centenas de alunos que se recusara, em função de disputa de valor de mensalidades, em conferir aos alunos do último ano o respectivo diploma, o atestado de que teriam passado de ano. Tal situação causava danos irreparáveis aos alunos: uns não poderiam se transferir ou se matricular em outras escolas, outros estariam impedidos de prestar o vestibular. Mesmo condenada à obrigação de entregar os históricos escolares, a direção da escola não cumpriu a sentença. É de se indagar, será que esta obrigação poderia ser cumprida de forma diversa? Será que tem importância que o diploma seja assinado e entregue pelo diretor da escola? Ou o que importa é que o aluno receba um documento tal que produza ou que possa produzir os mesmos efeitos daquele não outorgado pela direção da escola? Na solução desse caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acolhendo parecer do Ministério Público, resolveu designar uma comissão de professores da escola para, à vista dos dados escolares existentes de cada aluno, outorgar a cada um o seu respectivo histórico escolar, que teria a mesma força que se outorgado fosse pela direção da escola<sup>312</sup>.

Também Marcelo Lima Guerra aponta soluções criativas adotadas por juízes norte-americanos, como, por exemplo, a decisão que como medida coercitiva tomou o distintivo de um xerife que se negava a cumprir decisão que determinava que não mais ofendesse grupo de negros com expressões racistas, ou outra decisão que, para coagir cantora de ópera de renome a se apresentar, proibiu que ela realizasse outro espetáculo no mesmo estado enquanto não cumprisse o contrato com determinada companhia para a apresentação de um espetáculo contratado<sup>313</sup>.

Em inúmeras situações podem ser adotadas medidas extremamente simples, eficazes e pouco onerosas para se obter o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, principalmente nos casos em que o devedor demonstra não ter

---

<sup>312</sup> *Acesso à Justiça* – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 86.

<sup>313</sup> *Contempt of court: Efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – Tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro*. Disponível em: [www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf). Acesso em: 21 set. 2010.

nenhuma intenção de cumprir pessoalmente o quanto determinado judicialmente, mesmo quando aplicadas medidas coercitivas.

Logo, deve ser sempre incentivada nesses casos a ativa participação jurisdicional para o deslinde do processo de forma mais célere e adequada tanto para o autor quanto para o réu.

## 6 CONCLUSÃO

Nossa primeira intenção ao elaborar esta tese foi demonstrar o funcionamento da Justiça norte-americana quanto à aplicação de medidas várias para fazer valer na prática as decisões que determinem um fazer ou não fazer por parte do réu.

Nos Estados Unidos, os instrumentos mais utilizados para tanto são as penas por *contempt*, tanto na sua versão civil como na criminal, e a intervenção judicial. Geralmente, essa intervenção é exercida por meio de nomeação de um terceiro denominado *receiver* e implica a reestruturação de instituições públicas para adequá-las aos valores garantidos pela Constituição, com as medidas executórias desenvolvidas de acordo com o direito em causa.

Vimos, assim, que é enorme o poder depositado nas mãos dos juízes norte-americanos para obter o cumprimento do quanto determinam, tendo-se por base a ideia de que é imprescindível que possam exercer de fato o seu papel na sociedade, não bastando serem meros declaradores de direitos. Conforme já referido, a razão para se franquear o uso desses variados meios executórios é, sobretudo, a sua imprescindibilidade para possibilitar ao juiz a transformação da realidade, garantindo ainda o respeito à dignidade da Justiça.

O direito brasileiro demonstra tendência à valorização das decisões judiciais, instituindo novos modos de se obter a sua observância. Vimos que diplomas legais recentemente editados, como é o caso da Lei 12.016/09, que regula o Mandado de Segurança, tipificam o ato de descumprir decisão judicial como crime de desobediência, e o Projeto de novo Código de Processo Civil também caminha nesse sentido.

Existe, ainda, consciência de que a aplicação dos mais variados meios executivos deve ser autorizada ao juiz para que possa atender adequadamente ao direito material *sub judice*, sendo isso, inclusive, necessário para que se



observem a contento os ditames constitucionais e os valores insertos no mesmo diploma. Soma-se a isso o entendimento de que a tutela jurisdicional somente será adequadamente prestada se for apta a entregar ao credor aquilo que se reconheceu como seu.

Verificamos, assim, que há uma abertura do sistema processual brasileiro para recepcionar as medidas utilizadas no direito norte-americano para fazer valer decisões que determinem um fazer ou não fazer, mormente em virtude de o art. 461 do CPC adotar expressamente a atipicidade dos meios executórios para se obter o cumprimento de decisões judiciais que as reconheçam como devidas.

E aqui chegamos ao segundo objetivo do trabalho, qual seja, a análise da viabilidade e/ou interesse na recepção do *Civil Contempt* e das formas de se obter cumprimento das *structural injunctions* no direito brasileiro.

Quanto à aplicação de multa com o objetivo de coagir o devedor a cumprir a obrigação ou buscando garantir o respeito à dignidade da Justiça, a utilização do instituto é plenamente disseminada em nosso direito, tendo sido essa vertente do *civil contempt* por nós recepcionada e positivada nos artigos 461 e 14, V do CPC, respectivamente.

Ademais, a extensão na aplicação do instituto, utilizado nos Estados Unidos para coagir o réu a observar a obrigação reconhecida como devida e para incitar terceiros que, embora não sejam parte no processo, influam diretamente no atendimento do quanto determinado judicialmente a agir ou se abster de realizar determinado ato, é a mesma reconhecida no direito brasileiro.

O uso da prisão civil como forma de coerção, por outro lado, não encontra guarida na nossa jurisprudência e parte da doutrina. Entende-se essa espécie de encarceramento correspondente à prisão por dívidas, vedada expressamente pela Constituição Federal pátria em seu artigo 5º, LXVII. Assim, enquanto a percepção do instituto não for alterada, para acolhê-lo como necessário para se obter o respeito às ordens judiciais e a garantia da dignidade da Justiça (tal como se dá no direito norte-americano), ao invés de

compreendê-lo como forma de coerção para obter simplesmente um ganho patrimonial, certo é que não poderemos aplicá-lo no nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, ocorrendo essa mudança de paradigma (o que entendemos ser tendência diante das recentes leis que instituíram a prisão criminal por descumprimento de decisões judiciais, entre outros indícios), importa editarmos legislação para limitar os poderes do juiz ao aplicar tal meio executório indireto, a fim de evitar abusos na sua aplicação.

Ora, se nos Estados Unidos, onde desde os primórdios do sistema Judiciário tem-se por hábito e considera-se imprescindível à boa administração da Justiça a imposição de prisão civil sob a denominação *Civil Contempt*, proliferam legislações que objetivam limitar o tempo de prisão imposta sem a observância do procedimento criminal, entre nós, sem tradição de sua aplicação, justifica-se ainda mais a edição de diplomas limitadores de seu uso, ao menos num primeiro momento, para se evitarem abusos.

Certo é que, como visto no presente trabalho, estabelecer prazo máximo e determinado para a prisão civil acaba por afastar parte do seu poder de coerção, todavia esse procedimento é exigido para não serem alimentadas prisões injustas.

No que tange à concessão de *structural injunctions*, podendo o juiz se valer da intervenção judicial para dar cumprimento à mesma, temos que o direito brasileiro permite a sua utilização (art. 461 do CPC e Lei 8884/94). Todavia, muito temos a colher da experiência norte-americana de reestruturar instituições públicas para que ajam de acordo com os valores constitucionais.

Primeiro, é necessária a observância de uma série de fatores, todos analisados no decorrer deste trabalho, para que a intervenção judicial seja bem-sucedida, dos quais o principal é o envolvimento da sociedade e do Judiciário na obtenção do cumprimento da decisão na prática. Sem um Judiciário atuante e sem a consciência da comunidade de que o agir determinado é imprescindível

para que a Constituição Federal seja observada, a probabilidade de obtermos decisões que não produzam resultado apto a alterar a realidade social é enorme.

Segundo, é necessário haver controle das decisões emanadas, para que não se afastem do razoável e observem os ditames legais, bem como sejam bem fundamentadas e de acordo com os princípios regentes do sistema jurídico como um todo, entre outros. Se assim não for, corremos sério risco de obtermos decisões que representem mal maior do que a violação que buscam combater, representando mais o que o juiz “acha” em razão de suas convicções pessoais do que o que é melhor para o atendimento do direito em causa, de acordo com as balizas, mesmo que flexíveis, impostas pela legislação.

E em virtude de terem sido colecionados, no direito norte-americano, casos em que os resultados obtidos foram pífios em comparação com os gastos realizados pelas cortes para fazer cumprir o quanto por elas determinado que as formas de dar cumprimento às *structural injunctions* e a sua concessão sofreram constantes limitações desde que começaram a ser aplicadas, tanto pela jurisprudência como pela legislação, buscando-se afastar seu uso abusivo.

Além disso, reconheceu-se que em inúmeras situações a prolação de decisão declaratória da violação, deixando-se ao poder competente a realização das mudanças necessárias para afastá-la, acabava por ser mais eficiente do que o Judiciário desenvolver políticas públicas, adentrando em seara na qual não possui experiência.

Dessa forma, temos que a importação dos institutos do *civil contempt* e da intervenção judicial, em princípio, não encontra óbices em nossa legislação, ressalva feita à adoção da prisão civil. Todavia, devem sempre ser levados em consideração, quando aplicados no direito brasileiro, os abusos verificados no uso da prisão civil no seu país de origem, bem como, no que tange à emissão e ao cumprimento de *structural injunctions*, o momento histórico em que tiveram

seu auge e os insucessos verificados nas tentativas do Judiciário de reestruturar instituições públicas.

Por fim, impende ressaltar que, considerando todo o exposto, formas variadas de execução levarão a taxas maiores de sucesso no atendimento do direito vindicado, o que significará respeito à dignidade da Justiça, observância dos valores constitucionais e consumidores do Poder Judiciário satisfeitos. E que tenhamos sempre em mente o ensinamento de Neil Andrews de que os

grandes estudiosos de processo devem manter suas mentes abertas para duas possibilidades: a de que existem caminhos melhores para realizar coisas semelhantes e a de que, de tempos em tempos, maneiras interessantes e criativas de fazer novas coisas surgirão<sup>314</sup>.

---

<sup>314</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil* – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 332.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, n. 149, p. 52-70, jul. 2007.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha* – Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79-99.

ANDERSON, Lloyd C. Implementation of consent decrees in structural reform litigation. *University of Illinois Law Review*, n. 725, 1986. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 20 jun. 2010.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil* – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. Disponível em [www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br). Acesso em: 29 jun. 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARLIDGE, Anthony. *The law of contempt*. Londres: Sweet & Maxwell, 1982.

ARLIDGE; EADY; SMITH. *On contempt*. 2th. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999.

ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista Jurídica*, n. 318, p. 7-23, abr. 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, n. 336, p. 125-136, out./nov./dez. 1996.

BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Acesso em: 16 mar. 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br). Acesso em: 13 abr. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

BERES, Linda S. Civil contempt and the rational contemnor. *Indiana Law Journal*, n. 723, 1994. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 8 mar. 2005.

BORRIE, Gordon; LOWE, Nigel. *The law of contempt*. London: Butterworths, 1973.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. Bases para um pensamento contemporâneo do Direito Processual Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Ed. Instituto Brasileiro de Direito Processual, maio 2008. v. 1. p. 409-422.

CAMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 80, p. 9-15, nov. 2009.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz et al. (Org.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. *Revista de Processo*, n. 180, p. 195-220, fev. 2010.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, n. 89, May 1976. Disponível em [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 18 mar. 2010.

CORDRAY, Margaret Meriwether. Contempt sanctions and the excessive fines clause. *North Carolina Law Review*, n. 407, Jan. 1998. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 mar. 2005.

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 107-114.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEGRAW, James S. Rule 53, inherent powers, and institutional reform: the lack of limits on special masters. *New York University Law Review*, n. 800, June 1991. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 abr. 2005.

DONZELLI, Romolo. La fase preliminare del nuovo processo civile inglese. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, n. 24, p. 1-54, jan./jun. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. Estrutura e funcionamento da Justiça norte-americana. *Revista da Ajuris*, n. 113, p. 147-193, mar. 2009.

FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State* – How the Courts reformed America's prisons. New York: Cambridge University Press, 1998.

FEINGOLD, Jason. The case for imposing equitable receiverships upon recalcitrant polluters. *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, n. 12, 1993. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 23 mar. 2005.

FELDMAN, Stuart P. Curbing the recalcitrant polluter: post-decree judicial agents in environmental litigation. *Boston College environmental Affairs Law Review*, n. 809, Summer 1991. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 08 mar. 2005.

FISS, Owen M. As formas de justiça. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil* – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. da trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25-104.

FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen M. The forms of Justice. *Harvard Law Review*, n. 93, Nov. 1979. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 13 maio 2010.

FLEISCHER, Jennifer. In defense of civil contempt sanctions. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, n. 35, Autumn 2002. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 13 mar. 2005.

FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: Enforcing federal remedies. *Southern California Law Review*, n. 65, Jan. 1992. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 10 abr. 2005.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Rafael Barreto. O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística. *Revista dos Tribunais*, n. 879, p. 62-98, jan. 2009.

GERBER, Scott D. Justice Clarence Thomas and the jurisprudence of race. *Southern University Law Review*, n. 43, Autumn 1997. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 30 abr. 2005.

GILLES, Myrian. Fiss way: the scholarship of Owen Fiss: III. The judicial power: na autopsy of the structural reform Injunction: Oops... It's still moving! *Miami University Law Review*, n. 143, Oct. 2003. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 01 abr. 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade X termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 87-93.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOUVEIA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRECO, Leonardo. *Tutela específica após a Lei 10.444/2002*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acesso em: 4 ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise no Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. p. 20-34.



GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 30, p. 8-30, maio/jun. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *Contempt of Court*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 102, p. 219-227, abr./jun. 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. Disponível em: [www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br). Acesso em: 4 ago. 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. *Contempt of court*: Efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – Tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: [www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo15.pdf). Acesso em: 21 set. 2010.

HOSTAK, Philip A. International Union, United Mine Workers v. Bagwell: a paradigm shift in the distinction between civil and criminal contempt. *Cornell Law Review*, n. 181, Nov. 1995. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 15 mar. 2005.

JONES, Dewey Roscoe. Federal Court Remedies: the creative use of potential remedies can produce institutional change. *Howard University Law Journal*, n. 879, 1984. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 23 mar. 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia e natureza de la cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

KLARMAN, Michael. *Why Brown had such an impact*. Disponível em: <http://hnn.us/articles/4506.html>, 12.04.2004. Acesso em: 29 nov. 2007.

KLARMAN, Michel. *Brown v. Board 50 years later*. Disponível em: <http://www.neh.gov/news/humanities/2004-03/brown.html>. Acesso em: 23 nov. 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEVINE, David I. Calculating fees of special masters. *Hastings Law Journal*, n. 141, set. 1985. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 20 mar. 2005.

LEVY, Jared A. Blinking at reality: the implications of Justice Clarence Thomas' influential approach to race and education. *Boston University Law Review*, n. 575, abr. 1998. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 19 mar. 2005.

LIVINGSTON, Margit. Disobedience and contempt. *Washington Law Review*, n. 345, abr. 2000. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 09 mar. 2005.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, p. 29-39, jul./ago. 2004.

LOPES, Mônica Sette. *A eqüidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

LUEDTKE, Carolyn Hoecker. Innovation of illegitimacy: remedial receivership in *Tinsley v. Kemp Public Housing Litigation*. *Missouri Law Review*, n. 655, Summer 2000. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 27 mar. 2005.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MAFRA, Jeferson Isidoro. Dever de cumprir ordem judicial. *Revista Forense*, n. 378, p. 439-453, mar./abr. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Execução civil – estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-245.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 229-236.

MILLER, C. J. *Contempt of Court*. 3th ed. New York: Oxford University Press, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1994. 5. s.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder da Suprema Corte norte-americana e suas limitações. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, p. 117-124, jan. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da EMERJ*, n. 16, p. 11-23, 2001.

Moreira, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, n. 102, p. 228-238, abr./jun. 2001.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz et al. (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 422-430.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, n. 836, p. 11-33, jun. 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Disponível em: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Acesso em: 16 mar. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em: [www6.ufrgs.br](http://www6.ufrgs.br). Acesso em: 30 ago. 2010.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-32.

PITTS, David. *Brown contra a secretaria de educação (Brown v. Board of Education): a decisão da Suprema Corte que transformou um país*. Disponível em: <http://usinfo.state.gov/journals/ittdhr/0999/ijdp/pitts.htm>. Acesso em: 29 nov. 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6

RENDLEMAN, Doug. The death of the irreparable injury rule. *Michigan Law Review*, n. 1642, May 1992. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 8 mar. 2005.

RENDLEMAN, Doug. Remedies discussion forum: Brown II's "all deliberate speed" at fifty: a golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy? *San Diego Law Review*, n. 1575, Autumn 2004. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 10 mar. 2005.

SARLET, Ingo W. A prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: evolução e perspectivas em face da recente orientação adotada pelo STF. *Revista da Ajuris*, n. 116, p. 173-197, dez. 2009.

SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana F.. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo W.;

TIMM, Luciano B. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

SCHLANGER, Margo. The courts beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. *Michigan Law Review*, n. 97, maio 1999. Disponível em: [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com). Acesso em: 13 maio 2010.

SCHOENBROD, David. The measure of an injunction: a principle to replace balancing the equities and tailoring the remedy. *Minnesota Law Review*, n. 627, abr. 1988. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 20 abr. 2005.

SCHOENBROD, David et al. *Remedies: public and private*. 3th ed. St. Paul: West Group, 2002.

SCHMIDT, Christopher W. *The delusions behind the Brown decision*. Disponível em: <http://hnn.us/articles/5325>., 24.05.04. Acesso em: 15 out. 2007.

SHOBEN, Elaine W et al. *Remedies*. 3th ed. Nova York: New York Foundation Press, 2002.

SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2

STEWART, Carter M.; TORRES, S. Felicita. Recent developments: Limiting Federal Court Power to impose school desegregation remedies – Missouri v. Jenkins, 115 S. CT. 2038 (1995). *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, n. 241, Winter 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 12 mar. 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito in concreto. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (Org.). *Estado de direito e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 265-283.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 15, p. 16-37, jan./fev. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. *Revista de Processo*, n. 150, p.11-23, ago. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estrutura e função no campo do direito processual – visão estática e visão dinâmica do fenômeno jurídico. In: THEODORO JR., Humberto; LAUAR, Maira Terra. *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 3-24.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, n. 56, p. 223-233, out./dez. 1989.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O contempt of court no novo processo civil. *Revista de Processo*, n. 118, p. 149-172, nov./dez. 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na recente experiência brasileira – anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. *Revista de Processo*, n. 119, p. 35-59, jan. 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 349-371.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de F. (Org.) *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19-51.

WILLIAMS, Juan. Don't mourn Brown v. Board of Education. *New York Times*, 29.06.2007. Disponível em: [www.nytimes.com/2007/06/29/opinion/29williams.html](http://www.nytimes.com/2007/06/29/opinion/29williams.html). Acesso em: 25 set. 2007.

YOO, John Choon. Recognizing the limits of judicial remedies: Who measures the chancellor's foot? The inherent remedial authority of the Federal Courts. *California Law Review*, n. 1121, July 1996. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 25 mar. 2005.

ZARING, David. National rulemaking through Trial courts: the big case and institutional reform. *University of California UCLA Law Review*, n. 1015, abr. 2004. Disponível em: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). Acesso em: 28 abr. 2005.