

DIREITO AMBIENTAL

TUTELA ESPECÍFICA E ASTREINTES: ALGUMAS NOTAS SOBRE PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL

Gustavo de Azevedo e Souza Munhoz

Promotor de Justiça/RS,
com atuação na Promotoria Especializada
de Defesa do Meio Ambiente de Porto Alegre/RS.

I - Ação Civil Pública Ambiental e Execução

“Na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.”¹

Com o advento do art. 84 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa e Proteção do Consumidor), correlato do art. 461 do Código de Processo Civil, aplicável à ação civil pública por força do art. 21 da Lei nº 7.347/1985, o *processo de conhecimento ambiental* passou a experimentar novos e revolucionários ares, embora disso não muitos tenham se apercebido.

O instrumental posto à disposição do *direito material* pelo legislador pátrio, no que diz com os deveres² de fazer e não fazer – terreno onde necessariamente se desdobra a ação civil pública ambiental –, fez do “velho” processo de *execução das obrigações de fazer e não fazer*, de nem tão saudosa memória assim, pelos entraves à realização do direito (por esse nem entendido o *direito à prestação específica devida*) página virada pelos benfazejos ventos soprados pelo império da *efetividade do processo* ou,

¹ CHIOVENDA. Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*. n.3, esp. p. 110.

² No dizer de Eduardo Talamini, mais apropriado é falar-se em *dever*, categoria mais ampla do que a atinente às relações obrigacionais, de onde provêm as *obrigações de fazer e de não fazer*.

nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, pelo *processo civil de resultados*.³

Não ousando adentrar em hercúlea investigação arqueológica das origens e condicionamentos do brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*⁴, objeto de divergência entre aqueles doutos que se debruçam sobre, inegável que tal princípio tem sido de marcante relevo na evolução da disciplina legal dos deveres de fazer e não fazer, mormente sob o enfoque do maior ou menor prestígio – leia-se por incremento ou não do manancial de instrumentos de coerção – conferido ao *cumprimento específico*.

Depois do emprego de vetustas técnicas, nem tão convencionais assim – para o padrão cultural ora vigente, bem entendido –, na execução da prestação devida, como, exemplificativamente, a disposição sobre o corpo do devedor (*manus iniectio*, no direito romano primitivo) ou as inusitadas modalidades de coerção do direito medieval, como a *blasmus* (censura) e *banitio* (declaração pública de banimento), tem-se como nota predominante da modernidade a dogmatização da autonomia da vontade, que encontrou no Código Napoleônico melhor demonstração de glorificação.

O processo civil tradicional, inspirado pelos ideais do estado liberal, adotou como princípios basilares do sistema a liberdade individual, a segurança jurídica e a patrimonialidade dos direitos.

Perdas e danos: o corolário.

Em nosso direito, em que pese o perfilamento às Ordenações do Reino, que nos manteve, por algum tempo, infensos à influência do direito francês⁵, essa tendência ainda encontrou suporte na gênese da processualística instaurada.

³ “Ao municiar o juiz de uma soma de poderes severíssimos, destinados a remover a inadimplência do sujeito condenado por obrigação de fazer ou de não-fazer (art. 461), a Reforma do Código de Processo Civil postou-se nessa linha metodológica do *processo civil de resultados*, sabido que essas são as obrigações mais propícias ao inadimplemento. Pelos meios tradicionais de execução específica são muito mais angustiosas as dificuldades e delongas enfrentadas pelo credor, sempre que o obrigado se obstine em não cumprir o comando emergente da sentença que o haja condenado a um *fazer* ou um *não-fazer*.” In DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Processo Civil, volume I*. 4a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 108.

⁴ A expressão traduz o princípio da impossibilidade de coação do devedor à prestação de fato.

⁵ “Observa Liebman que Portugal, ainda muito cedo, compilou nas Ordenações do Reino as regras e princípios vigentes no direito comum (1456, 1514 e 1603). Depois – exauridas suas ‘melhores forças’ no período das grandes viagens e descobertas, e por estar inteiramente voltado para as questões de suas imensas colônias –, o país ‘fechou-se em si mesmo’ e permaneceu relativamente alheio às vicissitudes da vida européia”. O direito manteve-se estável.

A propósito, por ter-se a investigação das origens como fundamental à melhor compreensão do tema, cabe reproduzir as lições do insigne Ovídio A. Baptista da Silva: *"Se tivermos presentes as origens romano-canônicas de nosso direito e de seus institutos fundamentais, perceberemos logo que essa limitação nas formas e instrumentos destinados à tutela jurisdicional dos direitos é inteiramente coerente com o conceito romano de jurisdição, concebida como simples 'jurisdictio', desprovida de 'imperium', exercida através do procedimento privado da 'actio', com exclusão, precisamente, das duas funções mais nobres desenvolvidas pelo praetor romano, através dos interditos, quais sejam a tutela executiva e a mandamental. [...]"*

*Enquanto o juiz privado (iudex) do procedimento formulário e depois os magistrados do processo extraordinário – já nas fases de desagregação do Império Romano – limitava-se a produzir sentenças meramente declaratórias do direito controvertido na causa, posto que a 'condemnatio', tanto no direito romano quanto em nossa moderna sentença condenatória, nada mais é, no plano do direito material, do que simples declaração (Liebman, *Processo de Execução*, 1946, p. 39; J. C. Barbosa Moreira, *Temas de direito processual*, 1977, p. 72 et seq.), o praetor romano, através dos interditos, exercia atividade imperativa, seja promovendo atos executórios, como a *missio in possessionem*, seja ordenando a prática ou a abstenção de certos atos ou de determinados comportamentos.*

atrelado às Ordenações, cujos esquemas e conceitos remontavam em sua maioria à metade do século XV. Por isso, mesmo quando o direito comum deixou de valer como fonte de direito subsidiária, suas diretrizes e institutos continuaram em vigor em Portugal e suas colônias, pela via indireta das Ordenações.

[...] O Brasil, entretanto, ficou 'imune à fratura produzida na Europa pelo direito francês'.

[...] Ainda que Liebman não enfoque o tema, não parece exagero incluir nesse quadro o tratamento conferido pelo antigo direito luso-brasileiro à tutela relativa a deveres de fazer e de não fazer. Não é difícil constatar que também nesse terreno o direito luso-brasileiro permaneceu, até o final do século XIX, muito mais próximo dos institutos do direito comum [...] do que do sistema francês, tal como originalmente estabelecido, ou de outros ordenamentos neste inspirados. O processo civil brasileiro, enquanto vigorou o 'preceito cominatório' fiel à linha dos interditos, esteve até certo ponto alheio à tendência de rejeição ao emprego de meios coercitivos para imposição de deveres de fazer e não fazer." In TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 103/104.

A necessidade de uma tal investigação histórica se não estivesse plenamente justificada, em virtude da própria natureza do tema, a demandar um amplo questionamento de todo o paradigma científico, responsável por essa curiosa 'cristalização' teórica que preserva o conceito romano de condenação, impor-se-ia igualmente por uma outra circunstância da maior importância por sua significação e pela íntima relação com o tema que nos ocupa. Queremos referir-nos ao fato de haver o direito anglo-americano, como o nosso herdeiro do direito romano, preservado justamente a parcela mais significativa dos poderes atribuídos aos magistrados romanos, enquanto os sistemas modernos derivados do direito romano-canônico, que constituem a generalidade dos ordenamentos da Europa continental, conservaram-se fiéis aos esquemas e princípios do processo privado da actio. Este fenômeno singular, na história das instituições jurídicas, não apenas justifica o interesse pela análise, como demonstra a existência de outros fatores e condicionamentos históricos posteriores, de natureza filosófica, social e política e, de certo modo, também religiosa, responsáveis pelo curso seguido pelos sistemas derivados do direito romano-canônico.

Sem se terem presentes estas coordenadas filogenéticas, determinantes de nosso atual universo conceitual, dificilmente seria possível justificar teoricamente, de modo compreensível e aceitável, a existência de formas autônomas de tutela jurisdicional diversas daquelas três espécies constitutivas do denominado Processo de Conhecimento que, como se sabe, exaure-se com a prolação da sentença de mérito.”⁶

Com exceção do caráter interdital reservado apenas para a tutela da posse, herança dos glosadores e das deficiências de então para o conhecimento integral das fontes romanas, o direito pátrio, pois, acabou, em regra, por multiplicar a *condenação*, daí decorrendo o prestígio conferido à noção de patrimonialidade dos direitos, sendo a disseminação da crença na universalização da *indenização em pecúnia* marca dessa.

A nova conformação dos direitos – agora não mais reduzida à titularidade individual –, entretanto, tornou o instrumental processual clássico obsoleto para garantir a efetividade do direito material. Sinal da evolução dos tempos é a incorporação contemporânea de novos meios processuais, desta vez melhor dotados a garantir o fim do processo – a satisfação do devido –, sem que com

⁶ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA. *Jurisdição e Execução na tradição romana-canônica*. 2a ed. ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p 10-11.

isso de ofensa ao *princípio da dignidade da pessoa humana* se pudesse cogitar.

Máxime se é do meio ambiente que se está a tratar. Além de bem de difícil – para dizer o menos – reparação, o que torna a ação preventiva ao dano exigência à asseguaração do direito (estatuído constitucionalmente – art. 225), a conversão em pecúnia do dano ambiental, por sua natureza, é, de regra, inidônea à satisfação da coletividade, o que só se dará com a *prestação específica*.

Independentemente de como se queira classificar as tutelas abarcadas pelo art. 84 do CDPC, ou art. 461 do Código de Processo Civil, fato é que agora se tem ali todos os meios necessários à implementação das normas de proteção ambiental: a tutela inibitória⁷ ⁸; a tutela preventiva executiva; a tutela reintegratória (de remoção do ilícito); a tutela ressarcitória; e a tutela das obrigações contratuais de fazer e não fazer na forma específica⁹.

De acordo com a melhor doutrina produzida acerca, de relevo a distinção entre o *ilícito* e o *dano*. A evitação do ilícito (a prática, a continuação ou a repetição) e o ressarcimento do dano *na forma específica* têm finalidades distintas, mas encontram no arsenal legal em comento instrumentos apropriados de proteção.

Também não adentrando em dissidência doutrinária sobre melhor terminologia, importa é que a *tutela específica ou do resultado prático equivalente*¹⁰ trouxe inovação no direito processual brasileiro para os que

⁷ Conforme TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 236-238, há impropriedade da doutrina na importação da *azione inibitoria* do ordenamento italiano, que se mostra mais restrita em relação à larga abrangência da tutela prevista no art. 461 do Código de Processo Civil.

⁸ Sobre tutela inibitória, ver ARENHART. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

⁹ A classificação adotada é a de MARINONI, in *Tutela Específica*, arts. 461, CPC e 84, Lei 8.078/90 CDC. Editora RT.

¹⁰ Cabe aqui reproduzir distinção feita por TALAMINI: [...] “Específica é a tutela que tende à consecução de bens jurídicos outros, que não dinheiro. Mais precisamente, tutela específica (categoria que abrange - mas não se limita a - execução específica) é a que visa ao exato resultado jurídico que se teria, se não houvesse a necessidade do processo, em todos aqueles casos em que esse resultado final não consista na mera satisfação de uma dívida pecuniária. [...]”

advogavam (ou advogam) a classificação trinária das ações, a despeito do que já dizia PONTES DE MIRANDA, em seu sempre atual *Tratado das Ações*. Tem-se, no novel instrumental, técnicas (ou preponderantes eficácias) mandamental e executiva *lato sensu*.

Consequência: não há mais que se falar, na seara, em condenação e em subsequente processo de execução (que de um título condenatório não prescinde).

Luiz Guilherme Marinoni destaca isso: [...] “*Lembre-se de que se os arts. 461 do CPC e 84 do CDC permitem a tutela do direito independentemente da ação de execução, eles não objetivam apenas dispensar a atuação do autor na propositura desta ação, mas também, e principalmente, eliminar a necessidade da observância do procedimento traçado para a execução das obrigações de fazer, que constitui verdadeiro entrave à efetividade da tutela dos direitos.*”¹¹

Com mais ênfase, Eduardo Talamini pondera, inclusive, sobre a inviabilidade de propor-se ação executiva fundada em título judicial proveniente

Nos dispositivos do art. 461, ‘tutela específica’ e ‘obtenção de resultado prático equivalente’ (ou ‘correspondente’) são postas como duas categorias distintas. A insistência na reiteração dessa dicotomia (caput e §§ 1º e 5º) não deixa dúvidas a respeito.

[...]

Sendo assim, e para que se preserve a dicotomia reiteradamente prevista no texto legal, deve-se reconhecer que o termo ‘tutela específica’, no art. 461, significa algo ainda mais restrito do que a definição doutrinária que se dá ao conceito. No art. 461, ‘tutela específica’ distingue-se de ‘obtenção de resultado prático equivalente’ por consistir na busca do ‘resultado final’ não mediante meios substitutivos da conduta do demandado, mas através da própria conduta do demandado. A especificidade, nesse caso, vai além do resultado final, abrangendo também o meio para a sua consecução. Já no ‘resultado prático equivalente’ o resultado final (específico) é obtido através de terceiros.

*Ambas - ‘tutela específica’ e ‘obtenção de resultado prático equivalente’ - enquadram-se na noção doutrinária de tutela específica, contrapondo-se à conversão em perdas e danos, tutela normalmente genérica (salvo o ressarcimento em forma específica), que é relegada à excepcionalidade (art. 461, § 1º). Em síntese, ‘tutela específica’ e ‘resultado prático equivalente’, referidas pela lei, podem ser identificadas com o ‘resultado específico, que se teria pelo cumprimento espontâneo do dever de fazer ou não fazer. A ambas opõe-se o ressarcimento – pecuniário ou in natura – dos danos advindos do não cumprimento.’ (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, cit.*, p. 230 e ss.).*

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica, cit.*, p. 188/189.

dessa específica tutela, sob o argumento de que as sentenças *mandamentais* e *executivas* títulos hábeis para tanto não são:

“Para a imposição de ordem ao réu (acompanhada de medidas coercitivas) e para a produção do ‘resultado prático equivalente’ (incluindo a seleção do terceiro e, quando possível, a obtenção do numerário que custeará as medidas sub-rogatórias) não se aplicarão nem o procedimento de ‘execução de obrigações de fazer e não fazer’ nem, necessariamente, o procedimento de ‘execução por quantia certa’ – ambos constantes do Livro II. O provimento – antecipatório ou final – não terá, no que tange à consecução do resultado específico, natureza meramente condenatória, na medida em que não criará título executivo a ser atuado apenas em processo de execução subsequente. Será dotado de eficácia executiva lato sensu e mandamental.

O provimento final do processo ex vi do art. 461 apenas ensejará subsequente e autônomo processo executivo: a) quando tiver havido conversão em perdas e danos (caso em que a sentença será apenas condenatória); b) para a cobrança das verbas de sucumbência (honorários e custas judiciais); c) para a cobrança do crédito decorrente da incidência da multa diária; d) para o ressarcimento das despesas adiantadas pelo autor, de custeio da produção do ‘resultado prático equivalente’, quando não tiver sido possível a concreta adoção de nenhuma técnica simplificada e atípica de obtenção do numerário. Porém, em todos esses casos, ter-se-á execução por quantia certa – e não a execução do art. 632 e seguintes.”¹²

Dúvida ainda poderia exsurgir em relação ao verdadeiro alcance das tutelas oferecidas pelos arts. 84 do CDC e 461 do CPC, vale dizer: se aptas efetivamente a solver toda ordem de questões e dificuldades advindas das situações práticas enfrentadas quotidianamente na defesa do meio ambiente.

Pondera, a melhor doutrina, que sim.

As técnicas *mandamental* e *executiva lato sensu* suficientemente aparelhadas estariam para isso.

¹² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. cit., p. 416-417.

A *mandamental* (coerção indireta), que encontra na multa (*astreinte*)¹³ sua expressão mais corrente, mas não só nela¹⁴, conforme entendimento assente, seria aplicável a ambas as espécies de obrigações, às infungíveis e às fungíveis. Quanto àquelas, exceção feita às ditas *obrigações personalíssimas* (como, v.g., a de produzir uma obra artística), problema maior não haveria. Em vista da ausência de alternativas a garantir o cumprimento da prestação específica – figurando a pressão psicológica como único meio –, justificado

¹³ Sobre a origem das *astreintes*, TALAMINI discorre: "*Assim, na França, as idéias libertárias que culminaram na Revolução Francesa – somadas à desconfiança nos juízes, associados ao 'antigo regime' – contribuíram para o banimento quase que integral das medidas coercitivas. O ápice dessa tendência deu-se no Código de Napoleão, que previa a conversão em perdas e danos como conseqüência do inadimplemento das obrigações de fazer e de não fazer (art. 1.142).*"

Mas a jurisprudência francesa, partindo do instituto do ressarcimento de danos e enfrentando inicialmente a própria resistência doutrinária, foi capaz de criar um mecanismo coercitivo pecuniário, a *astreinte* (do latim *ad-stringere*). É a condenação a uma soma de dinheiro fixada por dia de atraso (ou outra unidade de tempo) e destinada a pressionar a parte condenada ao cumprimento de uma decisão do juiz. De início, e ao menos formalmente, os tribunais justificaram-na sob a ótica da indenização. Mas logo se estabeleceu o caráter coercitivo da *astreinte*. A afirmação dessa característica fez-se acompanhar do progressivo reconhecimento de que o juiz, além da *iurisdictio*, reveste-se do *imperium* inerente ao poder estatal.

A primeira notícia de aplicação da medida remonta a julgado do Tribunal Civil de Cray, em 1811, e sua consagração definitiva deu-se em decisão da Corte de Cassação, em 1825 - ocasião em que já se reconhecia seu caráter cominatório. No entanto, durante o século XIX foram esparsas as decisões que aplicaram a *astreinte*. Foi no início do século XX que o emprego da medida começou a generalizar-se. Sua expressa previsão em lei, como providência geral, veio a ocorrer apenas em 1972 (Lei de 05.07.1972). Antes disso, não foram poucas as idas e vindas jurisprudenciais e as dúvidas doutrinárias a respeito do tema. Atualmente, a matéria é disciplinada pela Lei 91-650, de 09.06.1991 (arts. 33 a 37) e o Decreto 92-755, de 31.07.1992 (arts. 51 a 53)."

¹⁴ De acordo com TALAMINI, o § 5º do art. 461, ao exemplificativamente, elencar as providências disponíveis para a *efetivação da tutela específica* ou para *obtenção do resultado prático equivalente*, autorizou não só o emprego de mecanismos sub-rogoratórios, mas conferiu ao juiz poderes para eleição de outros meios coercitivos aptos a compelir ao cumprimento do fazer ou não fazer. Lembra que "[...] Há casos em que a multa vai revelar-se insuficiente ou inadequada, sendo concebível recorrer a outras formas de pressão – pro exemplo, a divulgação diária em veículos de comunicação de nota emitida pelo órgão jurisdicional, informando ao público que o réu está descumprindo a ordem judicial." (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 269).

estaria o emprego de “violência” contra a “livre vontade” do devedor, tudo à luz da *proporcionalidade*. Também a coerção indireta pode ser utilizada em relação às fungíveis. Os transtornos e entraves da execução das obrigações de fazer, por si sós, justificam, em prol da satisfação efetiva do direito do credor, esse entendimento, não se sustentando, portanto, o argumento de que, em razão da possibilidade de sub-rogação, dispensada estaria tal via.

Importante destacar, a propósito da *mandamentalidade*, a veiculação de *ordem* emanada do poder de *imperium* ao cumprimento do *fazer* ou *não fazer*. “[...] O mandamento contido nesse ato é radicalmente diverso da comunicação do preceito executivo, estabelecida no procedimento ‘da execução das obrigações de fazer e não fazer’ (CPC, Livro II, Tit. II, Cap. III). Naquele processo executivo, cita-se o devedor a fim de satisfazer a prestação (arts. 632 e 642). Contudo, fica desde logo estabelecido que, ‘não satisfeita a obrigação’ no prazo fixado pelo juiz, nada mais restará senão a via do cumprimento por terceiro à custa do devedor ou a da indenização por perdas e danos (arts. 633 e 643). Assim, a carga mandamental contida no preceito executivo é diminuta (mesmo se considerada a possibilidade de cominação de multa diária – art. 645). Prepondera a eficácia de preordenação de medidas sub-rogoratórias. A fixação de prazo para que o executado cumpra não é mais do que uma ‘última oportunidade’ que se lhe dá, antes de o Estado substituí-lo na consecução do bem jurídico visado (ou de seu equivalente pecuniário). Rigorosamente, ela equivale à citação do devedor na ‘execução por quantia certa’ (‘para pagar ou nomear bens à penhora’, sob pena de ver bens seus penhorados que ‘bastem para o pagamento’ – arts. 652 e 659). Nessa, tanto não há (prevalentemente) uma ordem para pagar, que é dado ao executado indicar sobre qual bem ele pretende que recaia a atividade jurisdicional sub-rogoratória. A prova maior de que o processo executivo do art. 632 e seguintes não se presta à imposição de ordens ao devedor está na circunstância de que ele não abrange propriamente as ‘obrigações de não fazer’ – precisamente aquelas que são adequadamente tuteláveis através da eficácia mandamental. Os arts. 642 e 643 (que estão sob o título ‘Da obrigação de não fazer’) regulam apenas a tutela tendente a desfazer o que não deveria ter sido feito – recaindo, no caso de não cumprimento voluntário, no desfazimento por terceiro ou na indenização pecuniária.

Já no sistema instituído pelo art. 461, visa-se primordialmente ao exato resultado que se teria, caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. O § 1º desse artigo consagra em termos cogentes tal

*diretriz, tornando a conversão em perdas e danos hipótese excepcional ('somente se converterá...' por opção do autor ou impossibilidade de conseguimento específico). E, para tanto, o provimento concessivo da tutela, mais do que autorizar o emprego de meios substitutivos da conduta do réu, há de ter força suficiente para mandar que ele mesmo adote o comportamento devido. A cientificação desse ato ao demandado não constituirá mera 'oportunidade para cumprir'. Veiculará ordem, revestida de autoridade estatal, para que cumpra.'*¹⁵

Embora ARENHART¹⁶ sustente o contrário, tem-se, em sintonia com majoritária orientação doutrinária, que a prisão civil não seja alternativa prevista no novo sistema para a hipótese de descumprimento da *ordem* judicial, inteligência do art. 5º, inciso LXVII, da CF.

Isso não significa se possa afastar a incidência do art. 330 do Código Penal. A natureza do descumprimento da *ordem* advinda do art. 461 enseja, sim, a subsunção da conduta ao tipo penal da *desobediência*, impositiva sendo a deflagração da persecução criminal a partir da perfectibilização da hipótese.

A despeito da última posição externada por Ovídio Baptista da Silva, que entende, quando da ausência de relação obrigacional, como exclusivamente mandamental a eficácia trazida pelo art. 461 do CPC, concorda-se com a orientação de que, independentemente da relação jurídica subjacente, a tutela em comento oferece duas espécies de providências à satisfação do direito material: ordem/coerção (para cumprimento pelo próprio devedor) e sub-rogação (para cumprimento sem a concorrência dele).

Sobre essa última, *executiva lato sensu*, convém reproduzir as sempre percucientes lições do tantas vezes citado Eduardo TALAMINI:

"Ao lado da eficácia mandamental (tendente à "tutela específica", na terminologia da lei), o provimento concessivo de tutela ex art. 461 contém eficácia executiva lato sensu: autoriza a tomada de providências destinadas à "obtenção do resultado prático equivalente", independentemente do concurso da vontade do réu, no próprio processo em que se proferiu a decisão e através de medidas atípicas (§ 5.º).

Em casos como esses, opera-se a substituição da conduta do demandado pela do próprio Estado, através de agentes seus – a fim de

¹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela...* cit., p. 233.

¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Imbitória Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 384-396.

alcançar o mesmo resultado (ou o mais próximo) que se teria com o cumprimento voluntário. A sub-rogação é da via para a produção da situação final – e não do bem jurídico almejado. Não há, assim, a usualmente denominada ‘sub-rogação da obrigação’ – ao contrário do que acontece na conversão em perdas e danos.

A adoção das providências destinadas à consecução do “resultado prático equivalente” será viável apenas quando o dever de fazer (incluído o de desfazer) for fungível. A infungibilidade do dever afasta a possibilidade de consecução do resultado específico sem a participação do réu.

[...]

No mais das vezes, a atuação dos mecanismos sub-rogoratórios implicará: a) a necessidade de escolha de terceiro, para desenvolver a atividade devida, no lugar do réu; b) significativas despesas, que deverão ser desde logo compostas.

[...]

No sistema do processo executivo ‘de obrigação de fazer ou de não fazer’ do Livro II, há estrutura procedimental bastante rígida e complexa.

Já foi visto que a consecução do “resultado prático equivalente” por força da regra do art. 461, § 5º, opera-se no próprio processo de conhecimento – não dando ensejo ao processo executivo ora mencionado. Diante disso, cabe indagar como se procederá, no processo ex art. 461, para a obtenção do numerário que custeará a atuação sub-rogoratória e a escolha do terceiro que a desenvolverá.

[...] Não parece correto afirmar que a tutela antecipada apenas permitiria a produção do “resultado prático equivalente” às custas do próprio autor.

[...]

Concedida antecipadamente a tutela, seria contra-senso pretender que sempre a obtenção do numerário junto ao réu, para coibir as despesas da produção do “resultado prático equivalente”, seguisse o processo de execução monetária. A antecipação da tutela pressupõe urgência e a “execução por quantia certa” em seus moldes tradicionais é avessa à urgência.

Vai incidir, também nesse ponto, o § 5º do art. 461, que, permitindo a adoção de todas as medidas necessária à produção do ‘resultado prático equivalente’, abrange, necessariamente, a obtenção do numerário que custeará tais medidas. Dessa forma – e consideradas as circunstâncias concretas –, são eventualmente possíveis providências como o bloqueio de valores depositados em bancos em nome do demandado, a apreensão de receitas por ele geradas, etc.

[...]

E essa solução, em certos casos, também será aplicável ao conseguimento do 'resultado prático equivalente' amparado em sentença final – mesmo que não tenha havido antecipação de tutela. A regra do § 5º do art. 461 não disciplina apenas a concretização da tutela antecipada."¹⁷

De acordo com o exposto, de concluir-se pela suficiência do processo de conhecimento ambiental, na tutela das obrigações de fazer e de não fazer, com o advento do art. 84 do CDC e 461 do CPC, que vasta gama de meios coercitivos e sub-rogatórios colocou à disposição do direito material – para utilização cumulativa, inclusive –, não se podendo mais falar, pois, em processo de execução subsequente a ação civil pública, a não ser de *execução por quantia certa*, nos casos alhures indicados.

II - Execução de compromisso de ajustamento de conduta

Até em razão do antes sustentado, ganha relevo a temática envolvendo o compromisso de ajustamento de conduta, assim aquele previsto no § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, acrescentado pela Lei nº 8.078/1990, hipótese que permanece a ensejar processo de execução, em caso de descumprimento de obrigação ajustada.

A começar, imprescindível se investigue acerca da *natureza jurídica* do compromisso de ajustamento.

Dividida a doutrina acerca.

Para Geisa de Assis Rodrigues, o ajustamento de conduta é "*um acordo, um negócio jurídico bilateral, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais*".¹⁸

Essa não é a posição de MAZZILLI. Vale transcrever suas considerações a respeito:

"Embora tenha caráter necessariamente consensual, o compromisso de ajustamento não tem a natureza contratual, típica do Direito Privado, nem chega a ser propriamente uma transação de Direito Público. Trata-se.

¹⁷ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 288 e ss.

¹⁸ RODRIGES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*. Editora Forense, 2002, p. 157

*antes, de concessão unilateral do causador do dano, que acede em ajustar sua conduta às exigências legais, sem que o órgão público que toma seu compromisso esteja a transigir em qualquer questão ligada ao direito material, até porque não o poderia fazer, já que, em matéria de interesses transindividuais, o órgão público legitimado e o Estado não são titulares do direito lesado.*¹⁹

Daí se poderia incursionar pelos mais variados autores, ora a sustentar a natureza de *transação*, ora de *ato jurídico próprio* ou *negócio jurídico*. Mas esse não é objetivo.

Importa é firmar o que o ajustamento de conduta não é: uma *relação obrigacional* de direito privado.

Dessa constatação é possível inferir que não incide à espécie aquela *multa* (cláusula penal) disciplinada no art. 408 e ss. do novel Código Civil (art. 921 do vetusto).

A *multa* que (deverá) – no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v.g., há obrigatoriedade, por força do § 2º do art. 16 do Provimento nº 006/96 do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado (exigência referendada pela melhor doutrina)²⁰ – constar nos ajustamentos de conduta tem caráter eminentemente cominatório, e não compensatório.

Tem tão-somente a função de impelir (coerção) à prestação específica (obrigação principal), apenas essa indisponível, tendo em vista o interesse tutelado.

Em assim sendo, aplicável aos compromissos – de ajustamento à lei, frise-se – tomados pelos órgão **públicos**, naquilo em que couber, a dogmática da *astreinte*, e não a da *cláusula penal*.

Traço diferencial: a *accessoriedade*.

A propósito, traz-se:

“A multa, da mesma forma que a astreinte, consiste numa sanção processual imposta como meio de coação psicológica, destinado a vencer a resistência do obrigado para que ele cumpra o preceito.

*[...] (T)em finalidade terapêutica, não constituindo um fim em si mesma, enquanto as perdas e danos têm finalidade reparatória”*²¹

¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. Editora Saraiva. 2000. p. 362.

²⁰ Ver AKAQUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*.

²¹ ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. Editora Forense. 2002. p. 95 e ss.

Em relação à *obrigação principal* – dever de fazer ou não fazer –, a multa não se traduz em *obrigação alternativa* (autônoma).

A multa prevista no termo de ajustamento de conduta, *obrigação acessória* que é, funciona como MEIO de coação psicológica à efetivação do direito material (FIM): sua função é apenas essa.

Decorrência: mesmo o Ministério Público, diferentemente do que se dá com a *obrigação principal*, pode *dispor* da multa.

Frente a tal, com o devido respeito a posicionamento contrário,²² forçoso afirmar que, em caso de descumprimento do TAC, a multa (*obrigação acessória*) não poderá ser executada antes ou durante a execução da obrigação de fazer ou não fazer (*obrigação principal*): aquela sempre dependerá do destino desta.

Mas não só a natureza *acessória* a essa assertiva conduz.

Há o art. 645 do Código de Processo Civil:

“Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo.”

O disposto no parágrafo único da regra transcrita implica em declarar a *provisoriamente* da multa fixada extrajudicialmente, pelo menos até o deslinde da obrigação de fazer e/ou não fazer.

E não se venha sustentar a intangibilidade da multa em sede de TAC fixada. O juiz da execução, já se reconhece, pode até alterar (é da natureza da *astreinte*) multa fixada em título judicial.

Ora, negar-se não possa o mesmo fazer relativamente à multa oriunda de título extrajudicial, seara não permeada, dentre outros, pelo princípio do *contraditório*, é, última instância, negar a garantia insculpida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, em podendo ser alterada por ocasião da execução da *obrigação principal*, não se recomenda o ingresso prévio de *execução por quantia certa* para buscar o adimplemento da multa *provisoriamente* incidente.

²² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. por exemplo, sustenta a possibilidade de ajuizamento concomitante (*in Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2002. p. 316).

Não bastassem os motivos até aqui arrolados, ainda desaconselhável é por razões de conveniência.

Como se afirma sua *disponibilidade*, poderá ser ela objeto de *transação*, dependendo do caso concreto, sempre a visar o cumprimento da *prestação específica* (direito material tutelado – esse, sim, *indisponível*).

Se já judicializada a questão atinente à multa – com o ajuizamento da *execução por quantia certa* –, entaves como, *v.g.*, o dogma da impossibilidade de *desistência*²³ de ação por parte do Ministério Público poderão se apresentar.

Isso para não dizer de provável tumulto processual gerado pela eventual concomitância de duas *execuções por quantia certa*: a proveniente da multa e a da possível convalidação da execução de fazer/não fazer em perdas e danos.

A multa, destarte, conforme entendimento que apregoamos, deve ser executada apenas após a frustração – por tal entendido o momento em que o *fazer* pelo próprio devedor não será mais prestado – do cumprimento da obrigação *principal* de fazer/não fazer. Aí, sim, deve ser executada, e cumulada com as perdas e danos, se houver.

Antes de frustrada a obrigação principal, tem ela função meramente COMINATÓRIA; após, SANCIONATÓRIA.

A respeito do tema, vale colacionar algumas opiniões balizadas:

MARINONI:

“Quando a multa, apesar de aplicada, não logra convencer o réu a adimplir, ela deve ser cumulada ao valor das perdas e danos. Ou seja, quando a sentença mandamental não é observada pelo demandado, é devido o valor da multa mais o valor das perdas e danos .

Esta é a única conclusão possível quando se tem consciência da verdadeira função da multa.”²⁴

ALVIM:

“Tendo a multa finalidade diversa da indenização por perdas e danos, a sua imposição é cumulativa, como reza claro o § 2º do art. 461. A doutrina sempre louvou essa cumulação, dado que a multa é uma sanção pela resistência indevida, enquanto a indenização tem caráter reparatório (Calmon de Passos). Por isso, de regra, a multa não tem limite, é de

²³ É bom lembrar que, em se tratando de execução, o credor pode desistir sem anuência do devedor (*princípio da disponibilidade*), não o sujeitando à verba honorária e custas, isso antes de penhora e embargos.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, *cit.* [91].

caráter provisório e cessa quando o devedor resolve cumprir a obrigação (Alcides de Mendonça Lima), o que não sucede com as perdas e danos.”²⁵

MAZZILLI²⁶:

“As multas impostas nos compromissos de ajustamento de conduta normalmente têm o caráter cominatório, já que se destinam a assegurar o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Em alguns casos, dentro da livre negociação das partes, não raro na prática acabam assumindo caráter compensatório, embora tais compromissos visem primordialmente a constituir obrigações de ajustamento de conduta, e não a constituir dívida de valor. Nesse sentido é o que dispõe a súmula 23 do Cons. Sup Ministério Público/SP..”

De ressaltar que, quando se advoga sobre a *disponibilidade* da multa e necessidade de deslinde da obrigação de fazer/não fazer como condição à execução dela, não se está a dizer que a *mora* deixa de ser passível de sancionamento.

Não. Cumprida a obrigação a destempo – extrajudicial ou judicialmente –, caberá ao *caso concreto* o aponte da solução. A multa não poderá é ser empecilho ao *cumprimento específico*. Não se poderá desfigurá-la a ponto de transmutá-la de MEIO em FIM. Se a viabilização do direito material passar por seu sacrifício, que assim seja, sem expiação de culpa. A propalada *disponibilidade* a esse fim deve servir.

O mesmo não valendo, repise-se, para os casos de frustração do cumprimento da obrigação pelo próprio devedor, concolada a natureza da multa de *cominatória* para *sancionatória*, hipótese em que a multa deverá necessariamente ser perseguida.

Conveniente, por fim, ponderar pela mais abrangente incidência dos instrumentos ínsitos à *tutela específica* ao processo de execução das obrigações de fazer e não fazer.

Em que pesem as opiniões de Thereza Alvim e Eduardo Talamini, restritivas, não se considera essa, *data venia*, a leitura mais consentânea com o direito posto.

Embora de pronto reconhecida a diversidade de regimes – entre processos de *execução* e de *conhecimento* (a redundar em *mandamento el*

²⁵ ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica...*, cit., p. 99

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 392.

ou *execução lato sensu*) –, não se pode aceitar tenha o manancial concebido à *efetividade do processo* utilização limitada ao processo de conhecimento.

Afirmar tal é aviltar o título executivo. É sugerir que ao credor mais vantajosa é, a despeito da existência de título, a submissão à longa jornada da cognição exauriente (mas acompanhada de todos os meios à realização de seu direito) do processo de conhecimento do que às agruras (pela insuficiência deles - os meios) da execução da obrigação titulada.

Esse entendimento, além de na contramão do *sistema*, que antes caminha para o alargamento das hipóteses de execução (basta lembrar da inclusão das obrigações de fazer e não fazer provenientes de título extrajudicial, conforme nova redação do art. 632 do Código de Processo Civil conferida pela Lei 8.953/1994), colide com a nota *teleológica* da nova disciplina em análise, que encontra no princípio da *efetividade do processo* pedra angular.

Não bastasse, ainda há disposição legal expressa a determinar a incidência, resultado da recente Lei 10.444/2002, que emprestou a seguinte redação ao art. 644 do CPC: “A *sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste capítulo*”.

Logo, naquilo em que compatível, aplicáveis à execução das obrigações de fazer/não fazer estipuladas em ajustamento de conduta as disposições do art. 84 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

III - Conclusões

1. Prevalência da tutela específica em sede de proteção do meio ambiente.
2. Incremento, no ordenamento nacional, da espécie via aporte de gama de instrumentos trazidos pela art. 84 da Lei 8.078/90, correlato do art. 461 do CPC. aplicável à ação civil pública por força do art. 21 da 7.347/85.
3. O novo sistema, aplicável às obrigações de fazer e não fazer – terreno em que se desdobra a ação civil pública ambiental –, enseja apenas sentenças *mandamental e executiva lato sensu*.
4. A ação civil pública ambiental, quanto ao específico fazer/não fazer, não mais implicará (salvo nos casos em que ensejar *condenação* e decorrente *execução por quantia certa*) em processo de execução subsequente: no próprio processo de conhecimento, todas as questões atinentes ao cumprimento da prestação devem ser enfrentadas, havendo instrumental para tanto.

5. O processo de execução das obrigações de fazer e não fazer, entretanto, permanece sendo a via principal para a implementação dos compromissos de ajustamento de conduta descumpridos.
6. Em não sendo o ajustamento uma relação obrigacional de direito privado, à multa que nele deverá constar não se aplica a disciplina prevista no art. 408 e ss. do Código Civil (cláusula penal), mas sim a dogmática da *astreinte*, no que couber.
7. Natureza jurídica da multa na órbita telada: obrigação acessória. Meio de coação psicológica a impelir ao cumprimento da obrigação de fazer/não fazer.
8. Ministério Público: indisponibilidade do direito material (obrigação principal) e disponibilidade do *instrumento* (obrigação acessória).
9. A multa não pode ser executada antes ou concomitantemente à obrigação de fazer/não fazer. Impossibilidade e inconveniência. Motivos: a) é obrigação acessória. não é alternativa (depende da sorte da principal); b) até o deslinde da obrigação de fazer/não fazer, ante o disposto no parágrafo único do art. 645 do Código de Processo Civil, tem caráter provisório; c) por conveniência (a evitar tumulto processual decorrente do ajuizamento não-contemporâneo de duas execuções por quantia certa, provenientes da multa e de eventual convolação da obrigação de fazer/não fazer em perdas e danos; transação; desistência...).
10. A multa deve ser executada apenas após a frustração do cumprimento da obrigação de fazer/não fazer por parte do devedor, cumulada com perdas e danos. Antes disso, tem função COMINATÓRIA; depois, SANCIONATÓRIA (pena civil), dessa natureza brotando a legitimação à execução.
11. O entendimento esposado não importa em afirmar que a *mora* deixa de ser passível de sancionamento, mas apenas que não pode ser ela empecilho ao *cumprimento específico* (transmutada de *meio* em *fim*), cabendo ao caso concreto o aponte da solução.
12. De acordo com interpretações sistemática e teleológica, ou mesmo literal (art. 644 do CPC), naquilo em que compatível, aplicáveis à execução das obrigações de fazer/não fazer as disposições dos arts. 84 da Lei 8.078/90 e 461 do CPC.