

OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER EM FACE DO ESTADO

Airton José Cecchin*

Aline Fátima Morelato **

CECCHIN, A. J.; MORELATTO, A. F. Obrigação de fazer e não fazer em face do Estado. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama*. v. 10, n. 2, p. 307-328, jul./dez. 2007.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo evidenciar a tutela específica prevista no art. 461 do CPC e suas principais controvérsias, além de demonstrar a necessidade da intervenção do Poder Judicial em relação ao cumprimento das sentenças mandamentais, de fazer e não fazer, quando promovidas em desfavor do Estado, sem que isso interfira na harmonia e independência dos poderes. Aponta o entendimento majoritário dos Tribunais pelo deferimento da pretensão, quando necessário ao atendimento dos direitos vitais mínimos, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Referencia o princípio da proporcionalidade para a solução do conflito, ante a presença de direitos fundamentais igualmente relevantes, determinando-se a responsabilidade financeira do agente encarregado de cumprir a ordem judicial, como forma de evitar maiores prejuízos ao Estado e alcançar a eficácia plena da jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigação de fazer e não fazer; Estado; dignidade humana; responsabilidade.

1 INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional prestada pelo Estado, nos termos do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, visa, além da reparação de danos perpetrados, à prevenção da lesão por meio da tutela inibitória. Na busca da efetividade jurisdicional plena, o legislador pátrio editou o art. 461 do CPC, optando pela

* Funcionário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - PR Especialista *lato sensu* em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura Estadual de Francisco Beltrão- PR. Professor do Curso de Graduação em Direito, ministrando as disciplinas de Direito do Trabalho e Prática Processual Trabalhista. Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - Unipar. Endereço eletrônico: ajcecchin@hotmail.com

** Advogada militante na Comarca de Dois Vizinhos, Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da UNISEP- União de Ensino do Sudoeste do Paraná, professora dos cursos de Administração, Ciências Contábeis e Direito da mesma IES. Especialista em Direito e Planejamento Tributário pelo IEGE. Mestranda em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - Unipar. Endereço eletrônico: morelato@unisep.edu.br

reparação *in natura* das obrigações de fazer ou não fazer, admitindo-se a conversão em perdas e danos somente na impossibilidade de se obter a tutela específica, ou quando o autor requerer, o que representa significativa mudança nas estruturas processuais até então vigentes. A medida, de natureza mandamental ou executiva *lato sensu*, pode ser requerida liminarmente, em antecipação da tutela.

É controversa, porém, a imposição de obrigação de fazer ou não fazer, disposta no art. 461 do CPC, em face do Estado. Fundado no princípio da independência dos poderes e na necessidade de previsão orçamentária para cobrir despesas, cuja receita não foi captada, o ente público nega-se ao cumprimento das decisões judiciais. Contudo, os Tribunais não têm esitado em deferir a pretensão para assegurar direitos vitais mínimos, insculpidos no art. 6º da Constituição Federal, inclusive com determinação de bloqueio de valores diretamente nas contas públicas. O fundamento jurídico mais plausível está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), e no dever legalmente imposto ao Estado na construção de uma sociedade justa, solidária e fraterna. Porém, a realização dos fins da jurisdição, previsto no art. 3º da Constituição Federal, deve resultar de ação conjunta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de forma harmônica e independente. A intervenção judicial para atender aos direitos civilizatórios mínimos, não caracterizaria, assim, ingerência de um poder sobre o outro, na medida em que se presume a existência de recursos, devido às vultosas apropriações indevidas do dinheiro público, com a complacência do Estado.

Para a solução da controvérsia, tendo em vista o conflito de direitos fundamentais igualmente importantes, aponta-se o princípio da proporcionalidade, decidindo o intérprete pelo direito fundamental que se mostre mais relevante ao caso concreto. No intuito de cumprimento efetivo da ordem judicial, sem causar maiores prejuízos ao Estado, destaca-se a possibilidade de se responsabilizar, financeiramente, o agente encarregado do cumprimento da ordem, nos termos do art. 14, *caput*, inciso V e parágrafo único do CPC.

2 A TUTELA JURISDICIONAL NA FORMA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

O art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal consagrou, expressamente, dentre outros direitos e garantias fundamentais, a tutela jurisdicional prestada pelo Estado, afirmando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Visou o referido dispositivo, além de garantir a tutela jurisdicional na ocorrência de lesão, a possibilidade de se evitar possíveis lesões a direitos e interesses dos cidadãos. Portanto, afastou-se a clássica utilização do

Poder Judiciário para a simples reparação do dano, viabilizando a prevenção de lesões. A efetividade desta prestação jurisdicional preventiva é doutrinariamente denominada de tutela inibitória, com o intuito precípuo de evitar a ocorrência de uma lesão iminente ou cessar determinada conduta, impedindo um dano ainda maior.

Dada a abertura constitucional para maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, o direito processual civil, por meio da Lei 8.952/94, a par de outras inovações processuais importantes, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer. A referida lei, conjugada com a Lei 10.444/02, resultou no disposto no art. 461 do CPC. Sem curvar-se aos velhos preceitos processuais, que facilitavam, sobremaneira, a resolução das obrigações em perdas e danos, o novo sistema conferiu inquestionável apreço pelo cumprimento *in natura* das obrigações. Além de garantir o cumprimento das obrigações conforme originalmente concebidas, prevê outras possibilidades de se obter o resultado prático equivalente e, na impossibilidade, converter a obrigação em perdas e danos. Na verdade, o referido artigo praticamente reproduziu a norma já prevista no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, de 1990.

Zavascki definiu com maestria a tutela específica:

O processo, instrumento que é para a realização de direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação *in natura*. E quando isso é obtido, ou seja, quando se propicia, judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo que pretendia, há prestação de tutela jurisdicional específica (2005).

Dentre as inúmeras medidas autorizadas para a implementação da tutela específica, importante destacar que a jurisdição pode ser efetivada liminarmente, antecipando-se os efeitos da tutela. Hodiernamente, o Instituto da Antecipação da Tutela tem relevância ímpar, vez que a reforma do Poder Judiciário, através da EC 45/2004, garantiu, no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ainda que precária a decisão liminar de antecipação de tutela, pois pode sofrer reforma

e até reversão, a entrega da prestação jurisdicional nesses moldes tem eficácia imediata, mostrando-se plenamente compatível com a solução do conflito em tempo exíguo. É bem verdade que se trata de resolução parcial, pois o processo pode se arrastar por muito tempo até a decisão final definitiva. Contudo, é mecanismo posto à disposição do operador jurídico, que deverá utilizá-lo sempre que o direito se mostrar plausível.

Porto, discorrendo sobre a preferência do legislador por garantir o cumprimento das obrigações como originalmente concebidas, assim se manifestou:

Criou, no entanto, alternativamente, um sistema que estabelece um concurso de possibilidades, cabendo ao autor optar entre a satisfação do próprio compromisso ou outro de efeito equivalente. Poderá o autor, ainda, ao seu alvedrio e por exceção, postular a conversão do implemento da obrigação em perdas e danos, abrindo mão do cumprimento específico do encargo originário (2000, p. 117).

Esta mobilidade processual em prol do credor representa significativa mudança nas estruturas processuais clássicas. O processo civil permaneceu, durante décadas, radicado única e exclusivamente no excesso do contraditório e da ampla defesa. Era instrumento do devedor contumaz, pois abrigava o réu em sua célula principal, relegando ao autor da demanda os detritos da jurisdição. A possibilidade de prestação específica da obrigação revela a constante atualização do direito processual brasileiro. Mecanismos como a fixação de multa pelo descumprimento da ordem judicial ou determinação de medidas para a obtenção de resultado prático equivalente, evidenciam a intenção do legislador de manter uma ordem jurídica calcada no dever geral de cumprimento das normas instituídas, de forma natural e espontânea, além de atender ao anseio dos jurisdicionados na realização da justiça.

Relevante destacar que as medidas coercitivas previstas no §5º do art. 461 do CPC são meramente exemplificativas, valendo-se o Juiz de todos e quaisquer meios necessários à efetivação da tutela. Marinoni é conclusivo a respeito:

De qualquer modo, é indubitável que o legislador brasileiro, ao enumerar as denominadas “medidas necessárias”, não desejou limitar os poderes de execução do juiz, subordinando-o a elas. Ao contrário, o legislador serviu-se, certamente de propósito, da expressão “tais como” (prevista no § 5º dos arts. 461, CPC, e 84, CDC), exatamente

para indicar que as medidas por ele elencadas destinam-se apenas a *exemplificar* algumas das medidas que podem ser adotadas pelo juiz, (2003, p. 485).

Deve-se evitar, assim, que a solução do litígio seja convertida em perdas e danos, sob o fundamento de que o Juiz não dispõe de medidas efetivas para obter o resultado prático equivalente. Afinal, esta não foi a intenção da lei, cabendo ao Juiz, ao aplicá-la, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LICC). O cumprimento das obrigações de forma *in natura* e específica são as razões de existir do Art. 461 do CPC. Não sendo utilizado para este fim, mostra-se dispensável o artigo em comento, pois as perdas e danos são regidos por dispositivos da responsabilidade civil comum, inseridos em nosso ordenamento jurídico desde os tempos remotos.

Para Diniz (1997, p. 516-517), na obrigação de fazer, o devedor deverá prestar um serviço, que pode ser um trabalho intelectual, artístico, científico, ou praticar algum ato positivo em benefício do credor. Não se confunde com a obrigação de dar, que se refere à entrega ou à restituição de coisa. Já na obrigação de não fazer, o devedor assume o compromisso de se abster da prática de algum ato, que a princípio poderia livremente praticar. Paula arremata a diferenciação:

A diferença essencial na obrigação de fazer ou não fazer em relação à obrigação de dar se funda na sua prestação: enquanto que na obrigação de dar a obrigação consiste em dar alguma coisa, transferir alguma coisa (em pecúnia ou em espécie) em favor do credor, na obrigação de fazer ou não fazer a prestação consiste numa atividade direta e personalíssima do devedor. Justamente em razão disso, o STF formulou a Súmula 500, pronunciando que: “Não cabe a ação cominatória para compelir o réu a cumprir a obrigação de dar” (2002, p. 177).

Digladiam-se os doutrinadores acerca da natureza jurídica da ação prevista no art. 461 do CPC, se condenatórias, mandamentais ou executivas *lato sensu*. Enquanto Nery Júnior (1999, p. 909) defende a natureza condenatória da ação, Silva (1996, p. 180) afirma, categoricamente, que as ações do art. 461 do CPC ou são executivas *lato sensu* ou mandamentais, a depender das providências determinadas pelo Juiz. A definição da natureza jurídica é importante para determinar as conseqüências processuais decorrentes. Zavascki (2005) informa uma de suas relevâncias:

De fato, se a sentença é condenatória, a defesa do executado será

promovida por via de embargos, ou seja, por uma nova ação de conhecimento se e quando houver execução; contudo, se a sentença for executiva ou mandamental, toda a defesa, inclusive no que se refere às providências executórias, se dará por petição e, se for o caso, por recurso de agravo, na própria ação de conhecimento primitiva.

O referido autor, após delinear suas considerações a respeito, assim concluiu:

Com base nesta linha de orientação, inclinamo-nos em considerar que as ações previstas no art. 461 serão executivas *lato sensu* quando isso decorra da natureza própria da obrigação a ser cumprida (obrigação de concluir contrato, obrigação de declarar vontade, obrigação específica de não fazer) ou quando, para resguardo da efetividade da tutela específica ou da medida de resultado prático equivalente, houver urgência na concretização dos atos executórios (antecipação da tutela com fundamento no § 3º, do art. 461). Nos demais casos, havendo compatibilidade e não se fazendo presente qualquer risco de ineficácia, a sentença terá natureza condenatória, sujeita, portanto, à execução *ex intervallo* e em ação autônoma.

Em linhas gerais, tem-se que o disposto no art. 461 do CPC corresponde à tutela jurisdicional específica prestada pelo Estado, que permite ao autor pleitear exatamente o bem da vida pretendido, diretamente ou por outros meios que assegurem o mesmo resultado prático, cabendo indenização equivalente (perdas e danos) somente na impossibilidade, ou se assim preferir o credor. Além das medidas expressamente previstas, o Juiz poderá adotar qualquer outra medida adequada à busca efetiva da tutela específica. A antecipação da tutela poderá ser requerida desde que relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, nos termos do art. 461, §3º do CPC, *c/c* art. 273, *caput*, e inciso I, do mesmo diploma, sem prejuízo do disposto no art. 273, II, quando há abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Para efetivar a medida específica ou substitutiva de resultado prático equivalente, o Juiz poderá fazer uso dos meios coercitivos e de sub-rogação previstos no art. 461, §§ 3º, 4º e 5º do CPC. As ações do art. 461 possuem natureza jurídica *lato sensu*, admitindo-se natureza condenatória quando inexistente risco de ineficácia do provimento.

3 AS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER EM FACE DO ESTADO

A aplicabilidade do disposto no art. 461 do CPC nas relações particulares, salvo as controvérsias inerentes a toda e qualquer ordem jurídica inovadora, não apresenta maiores contornos que os já delineados. Porém, o mesmo não se pode afirmar quanto à aplicação do art. 461 nas obrigações de fazer ou não fazer decorrentes de suposta ação ou omissão do próprio Estado (União, Estados e Municípios). Criou-se verdadeira celeuma em torno da questão, devido à ausência de previsão orçamentária para cobrir despesas não previstas e, por consequência, receitas não captadas previamente para fazerem frente a contingências desta natureza. A determinação judicial nos termos do art. 461 levaria, a princípio, à inquestionável intervenção do Poder Judiciário nos Poderes Legislativo e Executivo, vedada pelo art. 2º da Constituição Federal, que contempla o princípio da independência entre os Poderes.

Porém, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal inclina-se, em quase sua unanimidade, pela compatibilidade, e por vezes superioridade, do art. 461 com as normas de ordem pública do direito administrativo, determinando ao Estado o cumprimento de certas obrigações de fazer e não fazer. Admite-se, inclusive, a aplicação de multas e demais meios para a efetivação e cumprimento da ordem judicial, autorizando até mesmo o bloqueio de valores diretamente nas contas públicas, mormente quando se trata de obrigação de fazer que envolva direitos e garantias fundamentais, como a proteção da saúde e da integridade física do cidadão, em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). Necessário, contudo, buscar fundamentos a esta suposta invasão de competências, para permitir ao operador do direito suporte jurídico à pretensão, vez que no campo fático a ausência do Estado é pública e notória. O presente trabalho tem por objetivo defender a intervenção judicial no Poder Executivo nas obrigações de fazer e não fazer, em consonância com a posição majoritária dos Tribunais.

Sendo assim, cumpre traçar, primeiramente, entendimento contrário ao que se defende neste trabalho, pautado na doutrina de Jônatas Luiz Moreira de Paula, para, em um segundo momento, expor as razões de convencimento de que os direitos e garantias fundamentais, enquanto normas de ordem pública, representam atribuições inerentes e indelegáveis do Estado.

Paula (2002, p. 57-88) demonstrou que os fins da jurisdição estão previstos no art. 3º da Constituição Federal. Argumentou tratar-se de norma programática, salientando que a justiça social não é dever exclusivo dos Poderes Executivo e Legislativo, mas principalmente do Poder Judiciário. Defende o

referido autor que a jurisdição visa à promoção da justiça social. Neste contexto, não há dúvidas de que é dever do Estado implementar os objetivos traçados pelo art. 3º da Constituição Federal, sendo inegável o caráter de devedor do Estado frente à sociedade, que é credora das atividades estatais, conforme explica Paula (2002, p. 173).

As normas programáticas do art. 3º da Constituição Federal, apesar de possuírem eficácia jurídica imediata, indicam planos ou programas de atuação societária e governamental, exigindo uma atuação conjunta dos Poderes regularmente instituídos e representantes da sociedade em geral. São normas que se protraem no tempo e têm por finalidade a constante e incansável busca da valorização e aperfeiçoamento do humano enquanto ser. Em outras palavras, pode-se concluir que as normas programáticas não são terminantes, mas de trato sucessivo e continuado, pois dependem de uma série de outros fatores, externos e internos, com o intuito de aprimoramento e implementação dos objetivos a que se destinam.

Salienta o referido autor que, enquanto na esfera cível as obrigações de fazer e não fazer representam meros direitos individuais disponíveis, na esfera estatal devem ser vistas como interesse social e coletivo, frisando que a conduta do Estado na obrigação de fazer também inclui a obrigação de não fazer, ou seja, não constituir uma sociedade com objetivos opostos aos descritos no art. 3º da Constituição Federal – Paula (2002, p. 173-175). Neste diapasão, a intervenção do Poder Judiciário somente se justificaria para o cumprimento da lei orçamentária, previamente votada e aprovada, que deverá contemplar a justiça social, através dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal.

Sobre o assunto, Paula destaca:

Para instrumentalizar esses objetivos, há uma seqüência de atividades de órgãos do Estado, que parte com a elaboração da lei do plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 165, I e II).

Na lei plurianual serão estabelecidas, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública – que sempre deverá estar orientada pelos fins do artigo 3º, da CF – consoante se vê do §1º, do artigo 165, da CF: Já a lei de diretrizes orçamentárias (§ 2º) busca conferir meios técnicos para a captação, gestão e despesa de capital, para fomento das políticas sociais.

Numa etapa seguinte, tem-se a proposta orçamentária, de iniciativa do Poder Executivo, assim como as leis plurianual e de diretrizes orçamentárias (CF, art. 165).

(...)

Uma vez aprovada e sancionada a lei orçamentária, o programa social, antes tido como parâmetro na lei plurianual, cujo capital de fomento esteja gerido na lei de diretriz orçamentária e que era uma simples expectativa de direitos, torna-se direito material dos grupos sociais contemplados na lei orçamentária, devendo, por isso, o Estado cumprir o dever de respeitar e efetivar esse direito material (2002, p. 184-185).

Para aferir o cumprimento da lei orçamentária e verificar se houve mora do Poder Executivo, necessária para a existência de ação em face do Estado, deve o interessado analisar e acompanhar os relatórios da execução orçamentária, previstos no art. 165, § 3º, da Constituição Federal. Somente o desrespeito à lei orçamentária autorizaria a intervenção do Poder Judiciário, pois houve ameaça e lesão de direitos materiais contemplados. Um mecanismo apto à averiguação do cumprimento da lei orçamentária consiste na vinculação adstrita entre a previsão orçamentária e o programa social a ser implementado, conforme previsto no art. 167 da CF – Paula (2002, p. 187).

Nestas hipóteses, o descumprimento da ordem judicial pode resultar em intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo, conforme expressa autorização constitucional (art. 34, VI e VII, “b”). Não se trata propriamente de uma intervenção, pois haverá apenas uma transferência de verbas que não mais pertencem ao Executivo, e sim aos destinatários dos programas – Paula (2002, p. 190).

Embora judiciosos e bem fundados os argumentos expostos pelo doutrinador acima citado, entende-se que, além da possibilidade de intervenção estatal no caso de descumprimento da lei orçamentária, outras hipóteses podem surgir no decorrer do cumprimento dessa lei, que merecem, de igual forma, a proteção estatal e, por conseguinte, a prestação jurisdicional plena, cabendo ao Poder Judiciário, no uso de suas prerrogativas constitucionais, em especial a da independência, efetivar medidas que visem, além da proteção da coletividade, a proteção dos interesses individuais dos cidadãos. Havendo interesses que transcendam a esfera coletiva, é no plano individual que deverão ser solucionados, e o Poder Judiciário é o único Poder capaz de dar uma resposta eficaz, ante a inércia dos demais Poderes.

É bem verdade que os objetivos do art. 3º da Constituição Federal assumem feições programáticas. Contudo, não se pode olvidar que a legitimidade de um poder está na profundidade e extensão com que trata a coisa pública e, em especial, os cidadãos que compõem uma organização estatal. A hipótese restrita e excepcional de intervenção judicial no Poder Executivo não mais se coaduna

com os princípios que afloram na Constituição Federal, sobretudo o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III).

Tratar da dignidade da pessoa humana é tratar da vida, do ser enquanto pessoa humana e racional. E cuidar dos sentimentos do cidadão, disseminar a solidariedade, espalhar a fraternidade. Viver dignamente é ter acesso aos direitos vitais mínimos como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, sem qualquer distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e demais formas de discriminação (art. 6º, CF). Dignidade é vida, e a vida é direito inviolável, que merece toda a proteção jurídica possível.

O desrespeito à dignidade decorre da falta de amadurecimento moral, ético e social do ser humano, sendo o direito um instrumento hábil nesta educação continuada, rumo ao bem comum. Necessário, desse modo, que a dignidade da pessoa humana seja elevada ao máximo dentro da ordem jurídica, pois representa, em última análise, a própria vida do cidadão, vez que possui atributos irrenunciáveis, imprescritíveis e irreversíveis, não sendo permitido destacá-la do homem, pois inerente à qualidade de existir. Embora não se possa defini-la por inteiro, a dignidade da pessoa humana retrata o extrato axiológico de uma sociedade, em crescente gestação de direitos e garantias, cujo objetivo primordial é o próprio ser humano enquanto pessoa, relegando a outros planos os demais interesses que circunscrevem a espécie humana. A dignidade é perceptível dentro de uma sociedade igualitária, fundada nos valores sociais e morais.

Para garantir a preservação e continuidade crescente do bem estar comum, impõe-se o implemento de mecanismos, tutelados pela ordem jurídica, visando à proteção das minorias sociais ou, simplesmente, dos excluídos. Ordinariamente, têm-se utilizado as chamadas ações afirmativas, que permitem uma discriminação positiva, contrapondo-se à discriminação negativa, muitas vezes amparada nas estruturas do próprio Estado. Porém, instrumento igualmente hábil e mais individual pode ser representado pela ação prevista no art. 461 do CPC. Determinar ao Estado que cumpra os preceitos constitucionais mínimos, conhecidos como direito vital, pode contribuir para o desencadeamento de processo de amadurecimento social, com o intuito de resgatar das margens da sociedade os cidadãos desamparados, produtos do desequilíbrio social, gerado pelo próprio Estado ou com a complacência deste.

Barroso, citando decisões judiciais, abordou o tema, tecendo os reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana nos Tribunais:

A percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, onde já se assentou que “a dignidade da pessoa

humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”. De fato, tem ela servido de fundamento para decisões de alcance diverso, como o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público, a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar, a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não pagamento de juros absurdos, o levantamento do FGTS para tratamento de familiar portador do vírus HIV, dentre muitas outras (2003, p. 372).

A amplitude da dignidade da pessoa humana atingiu dimensões consideráveis, repercutindo de forma incisiva no cotidiano das pessoas, de maneira que é imprescindível que o cidadão também dê sua parcela contributiva, através de ações concretas e efetivas, como a prevista no art. 461 do CPC. Ora, não se está a instigar a desordem ou o caos, tampouco orientar o cidadão que pleiteie direitos que sequer sabe existirem, apesar de serem inerentes a todo e qualquer ser humano. O que se pretende transmitir aos jurisdicionados é a idéia de busca pessoal da solução de seus conflitos, utilizando-se das ferramentas postas à disposição, pois o Estado somente responde, como historicamente acontece, mediante pressão social e ininterrupta.

Ainda que considerada a hipótese excepcional de intervenção no Poder Executivo, não se pode esquecer da impossibilidade de fiscalização da execução orçamentária pelo povo. Primeiro, porque a grande massa popular é leiga neste assunto, o que não comporta, evidentemente, entendimento diverso. Em segundo, porque o próprio Estado tem pessoal supostamente qualificado para fiscalizar a aplicação orçamentária. Ademais, mostra-se demasiadamente oneroso ao cidadão comum ter que, ao mesmo tempo, estar subordinado ao Estado, pagando impostos e salários a funcionários e membros do poder, e ainda fiscalizar o gestor para que seus membros não se apropriem do que é seu.

Poder-se-ia argumentar, também, que o Estado não suportaria financeiramente a tutela incondicional e irrestrita de todos os direitos que constituem as garantias básicas dos indivíduos. Este raciocínio não merece respaldo. Embora possa ocorrer de, efetivamente, o Estado não suportar com os custos sociais mínimos de seus integrantes, a validade do argumento encontra obstáculo na própria degeneração do Estado. É fato público e notório que o Estado (União, Estados e Municípios) enquanto patrocinador do sistema social, permite que seus membros se apoderem, ilimitadamente, de quantias volumosas, destinadas aos programas sociais. Não se tem notícias de que a Lei Orçamentária disponha sobre a previsão de fundos destinados à corrupção ou apropriações de qualquer natureza. Nem mesmo as reservas de contingências têm esta

finalidade orçamentária. No entanto, mesmo sem previsão orçamentária, valores astronômicos são desviados, em verdadeira afronta à adstrita vinculação da verba orçada. A conclusão lógica a que se chega é de que somente é possível apropriar-se do que existe, ou seja, o Estado tem recursos, ou está sobrando ou está sendo irregularmente utilizado, a ponto de não ser possível sequer uma fiscalização adequada. Presume-se, assim, que se o Estado tem dinheiro do contribuinte para ser objeto de apropriação indevida, também o deve ter para suprir as necessidades vitais mínimas de quem paga seus impostos.

Destaque-se, ainda, que a medida pode e deve ser requerida liminarmente, como pleito de antecipação da tutela, conforme expressa previsão do art. 461, §3º do CPC, não havendo nenhuma ressalva que exclua a Administração Pública. A vedação da Lei 9.494/97, art. 1º, que proíbe a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, restringe-se apenas a servidores públicos, no que se refere a aumento salarial e concessão de outras vantagens. Ademais, trata-se de Lei Ordinária, de questionável aplicação, tendo em vista que a Constituição Federal não impôs nenhuma condição desta natureza para o acesso à Justiça (art. 5, XXXV).

Sobre a determinação judicial em tutela específica, colaciona-se, a propósito, entendimento jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DECISÃO QUE CONCEDEU ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA A FIM DE DETERMINAR QUE O ESTADO AGRAVADO FORNEÇA À RECORRENTE OS MEDICAMENTOS REQUERIDOS – PRESENÇA DOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – (...). Se os elementos que autorizaram a concessão da tutela antecipada continuam firmes, não conseguindo o agravante elidi-los ou demonstrar alteração fática que permitisse sua revogação, a manutenção da decisão vergastada é medida que se impõe. A alegação de que a concessão da tutela antecipada representaria lesão à ordem administrativa, uma vez que afronta o sistema constitucional que prevê a necessidade de previsão orçamentária, cai por terra, visto que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde (direitos subjetivos inalienáveis), assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), e fazer prevalecer, contra

essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, só há uma possível conclusão: A que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. Não é vedada a concessão de tutela antecipada contra o poder público, principalmente quando se tratar de direito fundamental do indivíduo, como o vertido nestes autos. É possível a aplicação de multa pecuniária em face da Fazenda Pública, visto que a multa pecuniária objetiva o fiel cumprimento da decisão judicial, não existindo vedação legal à sua imposição contra a Fazenda Pública. (TJMS – AG 2005.006063-0/0000-00 – Campo Grande – 1ª T.Cív. – Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves – J. 02.08.2005)

O STJ também compartilha do entendimento de que cabe tutela específica em face do Estado, conforme ementa do relator, Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CPC, ART. 557, § 1º-A. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. TRATAMENTO DE SAÚDE E INTERVENÇÃO CIRÚRGICA A NECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FAZENDA PÚBLICA. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. 1. Ação Ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado objetivando a transferência do autor para o Hospital Redentor em Porto Alegre a fim de submetê-lo à intervenção cirúrgica para colocação de prótese na perna esquerda. 2. A aplicação do art. 557 do CPC pressupõe que o julgador, ao isoladamente, negar seguimento ao recurso, confira à parte, prestação jurisdicional equivalente à que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado. (...) 4. A função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. 5. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada na realização de intervenção cirúrgica para a colocação de prótese na perna esquerda do paciente, ora Recorrente, cuja imposição das *astreintes* objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde. 6. “*Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de*

multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.” (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001). (...) 8. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 717.153/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 28.11.2005). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 abr 2006.>

Nesta mesma linha jurisprudencial existem dezenas de outras decisões, indicando a tendência dos Tribunais na aplicação do art. 461 do CPC em face dos entes públicos, sempre garantindo a imediata eficácia da decisão prolatada, com o intuito de produzir resultados satisfatórios no exercício da função jurisdicional.

4 A SOLUÇÃO DO CONFLITO ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Quando há direitos fundamentais em choque, pode-se dizer que há um conflito de princípios fundamentais, que precisa ser solucionado, vez que o Juiz não pode eximir-se do julgamento sob o fundamento de que há lacuna legislativa. Porém, a doutrina tem balizado e conduz a uma solução harmoniosa, que visa não à exclusão de um princípio em prol do outro, mas sua compressão, por meio da aplicação do que a doutrina modernamente chama de princípio da proporcionalidade.

A eficácia plena dos princípios, como valor fundamental, tende a ser atenuada quando os valores conflitantes possuem assento nesses mesmos princípios, pois admite a doutrina e a jurisprudência que esses conflitos sejam temperados pelo princípio da proporcionalidade, cabendo ao intérprete, em seu livre convencimento motivado, exercitar com equidade sua capacidade axiológica de raciocínio, decidindo pelo valor fundamental de maior relevância. A aplicação do princípio da proporcionalidade sempre será possível quando há conflito de valores fundamentais.

O princípio da proporcionalidade decorre de interpretação, não havendo na legislação pátria norma expressa acerca de sua aplicabilidade. Segundo Nery (2000, p. 134) o princípio da proporcionalidade é oriundo de teorias estrangeiras. Esta omissão legislativa é apontada como inviabilizadora de sua utilização no sistema processual. Ao admitir-se a utilização do princípio da proporcionalidade, reconhece-se também que não existem direitos absolutos, os quais poderão ser ponderados, tirando-lhe o rigor excessivo ou atribuindo-lhe força que não lhe é peculiar.

A doutrina dominante, porém, aponta o princípio da proporcionalidade como critério norteador na solução da controvérsia. Neste sentido também a

jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A CIDADÃO – TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS AUTORIZADORES PRESENTES – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ENTRE OS INTERESSES EM DISPUTA – RECURSO NÃO PROVIDO – Presentes os requisitos, é possível a antecipação da tutela contra o Estado para determinar o fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de câncer de próstata a cidadão que dele necessita por estar acometido de tal mal, mormente quando se sopesam os interesses em conflito (**princípio da proporcionalidade**) e se considera que dito medicamento se mostra necessário para a preservação da saúde e vida humana. (TJMS – AgRg-AG 2005.008246-1/0001-00 – Campo Grande – 2ª T.Cív. – Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran – J. 02.08.2005)

Tal princípio visa proibir o excesso, determinando que o julgador use da proporção ao analisar a situação fática, ponderando a intensidade dos interesses. Deve o Julgador, primeiramente, detectar a existência de dois direitos legitimamente tuteláveis e juridicamente protegidos. Após, analisará os direitos fundamentais de um e outro, e decidirá em prol do interesse mais relevante, na medida do que é razoavelmente aceito e tolerável. Evita-se, assim, que os extremos sejam analisados sem qualquer outra indagação. São dois pesos e duas medidas, devendo o intérprete analisar o conflito, mas com as cautelas que exige o caso concreto.

Note-se que os direitos fundamentais são indivisíveis, resultando daí a dificuldade de compatibilizar colisões, o que deverá ocorrer no plano da eficácia e não no plano da validade. Isso porque as normas comportam as espécies regras e princípios. As regras descrevem condutas, e havendo colisão de regras, ao interpretar cabe dizer se a regra é válida ou inválida, aplicando uma ou outra, ou eliminando as duas. Já os princípios prescrevem valor e não condutas, não havendo que se falar em hierarquia entre princípios, embora se possa apurar, em última análise, o valor axiológico preponderante, sendo que a solução desses conflitos não ocorre no plano da validade, mas sim da eficácia, pois ambos são igualmente válidos, não podendo ser eliminados. Admite-se, contudo, que os princípios sejam ponderados entre si na solução dos conflitos (princípio da proporcionalidade).

O argumento mais plausível para o não cumprimento de ordem judicial decorrente de obrigação de fazer ou não fazer em face do Estado reside, basicamente, na harmonia que deve haver entre os poderes, balizada pelo princípio da independência, conforme expressa previsão constitucional (art. 2º, CF). Além disso, a falta de previsão orçamentária para cobrir despesas, mostra-se igualmente relevante, pois normas e diretrizes orçamentárias devem obedecer a critérios previamente definidos, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 165 a 169 da CF). Todavia, as decisões que atribuem obrigações ao Estado (positivas ou negativas), têm como fundamento, na sua grande maioria, o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Conhecido este acirrado conflito de valores fundamentais, deve o julgador pautar-se pelo princípio da proporcionalidade, amplamente recepcionado pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Em recente julgado, realizado no dia 16.02.2006, a Segunda Turma do STJ (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento Nº 723.131 – RS), por maioria, negou provimento ao agravo regimental, confirmando decisão que bloqueou recursos do Estado do Rio Grande do Sul para garantir o pagamento de tratamento de um paciente com a doença de Alzheimer. O agravo regimental foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. RT. 461, *CAPUTE* § 5º DO CPC. 1. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de “medidas necessárias”, que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas. 2. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão “tais como”, o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto. 3. Não há que se falar, dessa feita, em falta de previsão legal da medida coercitiva de bloqueio em conta do Estado. 4. Agravo improvido”. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 22 mar 2006.>

Após várias considerações a respeito da previsibilidade legal de tal

medida, o STJ manteve a decisão, comportando o princípio da dignidade da pessoa humana, de relevância ímpar, no ápice das normas jurídicas. As razões de convencimento foram fundadas em precedente daquela Corte, com o seguinte teor:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SUS. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461 DO CPC. I - A Constituição Federal excepcionou da exigência do precatório os créditos de natureza alimentícia, entre os quais incluem-se aqueles relacionados com a garantia da manutenção da vida, como os decorrentes do fornecimento de medicamentos pelo Estado. II - É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos. III - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido” (REsp 656.838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 20.06.2005). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 22 mar 2006.>

Verifica-se, assim, a grande preocupação dos Tribunais em suprir a ausência do Estado, ainda que por meio de medidas enérgicas, com a finalidade de persuadir o poder público no cumprimento de suas obrigações, notadamente previstas no art. 3º da Constituição Federal. Enquanto patrocinador dos direitos vitais mínimos, deve oferecer contraprestação adequada e compatível com os altos impostos arrecadados, muitas vezes em forma de confisco, contrariando expressa vedação constitucional (art. 150, IV, CF).

5 A RESPONSABILIDADE PELO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL

Nos termos do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. A

restrição constitucional parece não contemplar as hipóteses de descumprimento de ordem judicial concernente à obrigação de fazer ou não fazer de atribuição estatal. Isso implica busca de outros meios igualmente coercitivos, necessários ao cumprimento da ordem judicial pelo agente público responsável pela obrigação.

A imposição de multa diária para a efetivação do mandamento judicial pode não surtir os efeitos desejados, pois o Administrador Público não responde, a princípio, com o seu patrimônio particular. Em última análise o Estado (neste caso, o contribuinte) ficará responsável pelo pagamento das multas impostas.

Além disso, há grande possibilidade de o Estado não cumprir a ordem judicial, dado o descaso dos agentes com as coisas públicas. Eventual responsabilidade penal decorrente do descumprimento da ordem também não tem surtido efeitos, na medida em que o sistema penal brasileiro banalizou a aplicação da pena, tornando-se inócua a medida. Em resumo, deve-se evitar a prisão do responsável pelo cumprimento da ordem, bem como a imposição de multa à Administração Pública. Isso porque os efeitos dessa coerção não se mostram tão eficazes quanto aparentam. A prisão pode ser facilmente revogada pelo próprio Judiciário e a multa, ainda que reduzida posteriormente, tem reflexos diretos no bolso do contribuinte.

Nestas hipóteses, o Juiz da causa deve valer-se de todos os instrumentos jurídicos postos à disposição. Wambier (2004, p. 37), aponta a solução, com fundamento no art. 14, *caput*, inciso V, e parágrafo único, do CPC. Nos termos do art. 14 “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”. O mencionado dispositivo, após alterado pela Lei 10.358/2001, alcança, além das partes, todos os que participem de alguma forma do processo, inclusive os agentes públicos, juízes, promotores, servidores, peritos, etc. Ficam sujeitos, portanto, a responsabilidades, pois é dever das partes e de todos que participam do processo “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final” - art.14, V, CPC. Havendo descumprimento da ordem judicial, a multa prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC, observada a exceção feita aos advogados, aliás questionável, deve ser imposta diretamente ao agente responsável pelo cumprimento da ordem, revertida aos cofres públicos ou ao autor da demanda. É salutar reverter ao autor da demanda quando se evidenciar que o Administrador ou agente, dado o grau de responsabilidade, poderá, facilmente, recobrar a importância diretamente dos cofres do próprio Estado.

As alterações introduzidas no art. 14 do CPC representam nova forma de coerção para o cumprimento de uma ordem emanada do Poder Judiciário. Wambier (2004, p. 31) afirma que “Com isso criou-se nova figura processual,

até então inexistente no sistema jurídico-processual brasileiro, que é justamente a do responsável pelo descumprimento de ordem judicial”. O não cumprimento de uma ordem judicial coloca em risco a confiabilidade deste Poder, além de representar menosprezo e descaso pela instituição. A resistência ao cumprimento das ordens judiciais tornou-se rotineira, e o próprio Poder Judiciário mostra-se frágil na imposição de suas decisões.

Wambier (2004, p. 29), informa que “Sem qualquer sombra de dúvida, um dos maiores desafios com que se deparam os estudiosos do processo civil brasileiro está justamente na questão da atávica e endêmica resistência ao cumprimento das ordens judiciais”. Portanto, é necessário tomar as rédeas da atividade jurisdicional, cabendo aos Juízes decisões firmes e coerentes, capazes de inibir esta vergonhosa afronta, em descrédito da instituição e dos demais jurisdicionados. Nesses casos, a solução pode ser encontrada no art. 14 do CPC, com a imposição da multa contra o Administrador ou agente responsável pelo descumprimento da ordem. Evita-se, assim, que o Estado seja dilapidado por má administração dos agentes públicos, a par de garantir a efetivação da norma e maior responsabilidade dos destinatários no seu cumprimento.

6 CONCLUSÃO

As controvérsias existentes sobre a possibilidade de tutela específica em face do Estado, após a análise apreensiva dos tópicos abordados, levam à indiscutível convicção de que a doutrina e a jurisprudência moderna acolheram o disposto no art. 461 do CPC, no que concerne às obrigações de fazer e não fazer. Isso decorre da ausência do Estado no cumprimento dos fins da jurisdição, previstos no art. 3º da Constituição Federal. Não se verificando qualquer ato de colaboração e espontaneidade das instituições públicas responsáveis, impõe-se ao Poder Judiciário supressão das deficiências administrativas, realizando a tarefa complementar dos fins da jurisdição. A harmonia e independência dos poderes permanecem intactas, pois não se está usurpando tarefas dos Poderes Executivo e Legislativo, mas apenas agindo na omissão destes. Quanto à eficácia no cumprimento da decisão judicial, tem-se que a ordem deve ser dirigida diretamente ao agente administrativo que tem poderes para implementá-la, determinando-se a responsabilidade financeira do mesmo, com imposição de multa, pela inobservância da ordem judicial, pois não se mostra viável a aplicação de multa contra o Estado e/ou a prisão do encarregado, ante o caráter precário dessa forma de coerção.

Saliente-se, porém, que não é toda e qualquer ação que pode ser objeto de eficácia imediata, sem previsão orçamentária, pois o dever do Estado

é garantir os direitos vitais mínimos, insculpidos no art. 6º da Constituição Federal. Sempre que a divergência pairar sobre direitos fundamentais, a solução apropriada é a ponderação dos interesses, utilizando-se o Julgador do princípio da proporcionalidade, como mola propulsora na resolução dos conflitos. Quando instigado a decidir conflito que envolva o princípio da dignidade da pessoa humana versus independência dos poderes, o Juiz não poderá hesitar no acolhimento do direito fundamental que está sendo mais violado, levando a cabo decisão que se coaduna com os valores axiológicos relevantes da Constituição Federal.

Não se pode olvidar, ainda, que as alegações de inexistência ou escassez de recursos são pífias, ante a notória complacência do Estado na fiscalização do dinheiro público, visto que salta aos olhos a dilapidação do patrimônio público, destinado aos programas sociais, devido à falta de ética e moral dos membros do poder, que se apropriam dos recursos oriundos das contribuições legalmente impostas aos jurisdicionados. Por derradeiro, destaque-se que a medida também visa ao aprimoramento ético, moral e social de uma nação, contribuindo para o bem comum de seus integrantes, a par de garantir a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. et. al. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARINONI, L. G. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, P. de; CAVALCANTI, F. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 5.

NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAULA, J. L. M. de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. Barueri: Manole, 2002.

_____. **Comentários do código de processo civil**. São Paulo: LED, 2001. v. 2.

_____. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme: LED, 1999.

PORTO, S. G. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento, art. 444 a 495. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 6.

SILVA, O. A. B. Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. In: GIORGIS, J. C. T. (Org.). **Inovações do CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer**. CD Juris Sintese IOB – Nov-Dez/2005.

WAMBIER, L. R. A efetividade do processo versus cultura da desobediência: a regra do art. 14 do CPC brasileiro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, n. 53, jul./dez. 2004.

THE DO AND NOT TO DO OBLIGATION IN FACE OF THE STATE

ABSTRACT: This paper evidences the foreseen specific guardianship in art. 461 of the CPC and its main controversies, besides demonstrating the necessity of the intervention of the Judicial Power in relation to the accomplishment of the mandatory sentencing – *do* and *not to do* – when promoted against the State, as long as it does not intervene with the harmony and independence of the Powers. It points out the major understanding of the Courts for granting the pretension, when

necessary for the agreement of the minimum vital rights, based on the principle of human dignity. It regards the principle of proportionality for the solution of the conflict in face of basic rights equally relevant, determining the financial responsibility of the agent in charge of fulfilling the judicial order as to prevent greater losses to the State and reach full effectiveness of the jurisdiction.

KEYWORDS: Do and Not to Do Obligation; State; Human dignity; Responsibility.

Recebido em / Received on / Recibido en 13/12/2006
Aceito em / Accepted on / Acepto en 09/07/2007