

**EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NO PROCEDIMENTO
ESPECÍFICO DA EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – ANÁLISE CRÍTICA DA
SÚMULA 372 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**EFFECTIVENESS OF JUDICIAL PROTECTION IN SPECIFIC PROCEDURE
DISPLAY OF DOCUMENTS - CRITICAL ANALYSIS OF 372 SUMMARY OF
SUPERIOR COURT**

Rafael Aragos¹
Karine P. Cremasco Aragos²

RESUMO

O escopo do trabalho é elucidar o poder/dever que o Estado tem de prestar a tutela efetiva por meio de um processo de resultados, seja qual for a espécie deste. A tutela efetiva é um direito fundamental do jurisdicionado e sem ela a justiça falha e não cumpre o seu papel. Com especial atenção, aprofunda-se no estudo da efetividade da tutela jurisdicional na exibição de documentos, os meios de efetivação dos pronunciamentos judiciais neste procedimento, os óbices a efetivação etc. Dedicar-se a ponderar quais as medidas coercitivas são necessárias, compatíveis e adequadas a garantir a efetividade da tutela nas ações de exibição de documentos. Critica-se a súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça, diante do inconveniente desta em proibir a aplicação de multa cominatória, indistintamente, em toda e qualquer ação de exibição de documentos. A súmula despreza qualquer análise de compatibilidade em cada caso em concreto, vedando a aplicação em situações que seriam viáveis e até mesmo o único meio eficaz a compelir a parte que empene a efetivação da tutela jurisdicional. Vislumbra-se que a súmula não se sustenta nem pelos seus precedentes, que tratam de situações específicas que não justificam a vedação da multa cominatória em todo e qualquer caso. Conclui-se que, o juiz deve ter ao seu dispor, no âmbito cível, entenda-se patrimonial, medidas coercitivas hábeis a garantir a efetividade da tutela jurisdicional, sem estar previamente vedada uma e outra em determinados casos, como faz a súmula em exame em relação a multa cominatória na exibição de documentos.

¹ Mestrando em Direito Negocial – Estado Contemporâneo, pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. E-mail: rafa.aragos@efo.adv.br.

² Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo – Presidente Prudente/SP. E-mail: cremascokp@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade da tutela jurisdicional; Exibição de Documentos; Multa Cominatória

ABSTRACT

The scope of work is to elucidate the power/duty that the State has to provide effective protection through a process of results, whatever the species. Effective protection is a fundamental right of the jurisdiction and without it the Justice fails and does not meet its role. With special attention, deepened in the study of the effectiveness of jurisdictional protection in the documents, the effective means of judicial pronouncements in this procedure, the obstacles to effective etc. Is dedicated to ponder what coercive measures are required, compatible and appropriate to ensure the effectiveness of the guardianship document actions. Criticized the scoresheet 372 of the Superior Court of Justice, given the inconvenience of this in fine comminatory action to prohibit, without distinction, in an action to view documents. The scoresheet despises any compatibility analysis in each concrete case, sealing the application in situations that would be viable and even the only effective way to compel a party seeking effective judicial protection of the gable. It is thought that the scoresheet is not supported nor by its precedents, dealing with specific situations that do not justify the fine sealing comminatory action in any case. It is concluded that the judge must have at its disposal, under civil law, meaning skillful coercive measures, to ensure the effectiveness of the judicial protection, without being previously sealed over and over in certain cases, how does the scoresheet in examination for fine comminatory action in the documents.

Keywords: effectiveness of judicial protection; Displaying documents; Fine Comminatory Action

INTRODUÇÃO

O Estado concentrou em si toda a jurisdição, de sorte que deve proporcionar a justa e efetiva realização do direito a cada jurisdicionado. Não basta ao Judiciário se pronunciar acerca da existência ou não de um direito, mas deve garantir que tal direito seja realizado, tomando as medidas que se fizerem necessárias para tanto.

A tutela efetiva é um direito fundamental que todos os jurisdicionados devem usufruir, ou seja, não deve o Estado apenas garantir o acesso à justiça e oportunizar a ampla discussão acerca do direito, mas deve proporcionar um processo de resultado, capaz mudar a realidade fática, garantido os efeitos práticos de todas as decisões judiciais.

Nem sempre os provimentos judiciais são cumpridos espontaneamente, situações em que, diante da rebeldia da parte ou terceiro (contra quem se direcionar a ordem), deve o juiz ter ao seu dispor o arsenal jurídico de medidas coercitivas aptas a induzir o destinatário do comando judicial a cumpri-lo.

As medidas coercitivas em alguns casos já são pré-definidas em algumas situações específicas, mas na maioria das vezes é dado ao juiz o poder/dever de, diante do caso concreto, analisar aquela que melhor se adequa, tudo em observância ao princípio da proporcionalidade, necessidade e adequação.

Vislumbrando as potenciais repercussões incongruentes que a súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça pode provocar, ao proibir indistintamente a aplicação de multa pecuniária nas ações de exibição de documentos, especialmente no que diz respeito ao óbice à efetividade da tutela jurisdicional em referido procedimento específico, direciona-se este trabalho a estudar em que consiste a tutela jurisdicional, a importância de torná-la efetiva, os meios compatíveis para levá-la a efeito e etc.

Referida súmula em poucas palavras preconiza ser incabível aplicar a multa pecuniária, com o escopo de ser exibido documento, em toda e qualquer ação de exibição de documentos, ou seja, elimina a possibilidade do magistrado desempenhar um juízo de ponderação diante de cada caso concreto. Essa avaliação que o juiz deveria fazer (seu poder/dever) foi ceifada no procedimento da exibição de documentos pelo entendimento sumulado.

Por conta desse óbice em aplicar a multa pecuniária, há situações de ações exhibitórias nas quais fica obstada a efetividade da tutela jurisdicional e isso, sem que haja qualquer outra medida no âmbito cível capaz de compelir a parte resistente a cumprir a ordem judicial. Isso porque, conforme será estudado, há uma grande gama de demandas em que os meios coercitivos admitidos pela jurisprudência majoritária (presunção de veracidade prevista no artigo 359 do Código de Processo Civil e a busca e apreensão) não garantem o êxito da exibição.

Embora o entendimento sumulado que proíbe a aplicação de multa não seja dotado de efeito vinculante, certamente que muitos julgadores se curvam ao entendimento da Corte Superior. As próprias partes e advogados que almejam obter o documento, sentem-se

desencorajados de pleitear a multa pecuniária, pois sabem que mesmo sendo fixada pelo juízo *a quo*, há grande probabilidade de ser tornada insubsistente em fase recursal.

Diante desta problemática, desenvolve-se este trabalho com o estudo da efetividade da tutela jurisdicional, as espécies de tutela, as modalidades de exibição de documentos, os meios coercitivos em geral do processo civil e os admitidos no procedimento específico da exibição de documentos.

A metodologia utilizada no desenvolvimento deste trabalho é uma mescla entre os métodos, indutivo, dedutivo e ainda o dialético. Os dois primeiros são mais comuns e conhecidos, encontrados na maioria dos trabalhos de pesquisa. Já o dialético embora não tão utilizado, vislumbrou-se muita utilidade de sua aplicação no desenrolar desta pesquisa, pois várias perguntas e respostas foram formuladas, inclusive respostas em formas de perguntas, todas com o intuito de estimular o raciocínio crítico e reflexão.

A preocupação de se estudar detidamente o assunto reside no fato da inefetividade da exibição de documentos obstar não só o exercício do direito da parte em obter o documento em si, mas também os direitos que com a documentação poderia ser exercido seja por meio de uma ação principal, seja para fins de elaborar/ opor determinada defesa. Há situações em que, sem o documento, a parte fica de mãos atadas para exercer uma pretensão, ou até mesmo aferir determinado abuso ou violação de um direito, bem como tomar as medidas necessárias para amparar este.

Dessa forma, diante da dificuldade de atingir a satisfação da exibição de documentos para concretizar a prestação jurisdicional, aponta-se a viabilidade da aplicação da medida coercitiva de natureza pecuniária nas ações de exibição de documentos, em especial nas situações em que há recusa injustificada de exhibir e naquelas em que os demais meios aplicáveis a espécies (presunção de veracidade e busca e apreensão) forem inefetivos.

Adentra-se ao estudo do entendimento da doutrina e jurisprudência visando aferir as justificativas que sustentam os entendimentos favoráveis e contrários a aplicação de multa pecuniária nas ações de exibição de documentos.

1 DA EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

Para melhor compreensão do tema, passemos a examinar algumas definições e conceitos da exibição.

Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 80) conceitua a ação de exibição como sendo aquela por meio da qual o autor objetiva conhecer e fiscalizar determinada coisa ou documento.

Abordando especificamente o procedimento cautelar, Antônio Cláudio da Costa Machado (1996, p. 950), define a exibição, na forma do artigo 844, do Código de Processo Civil, como a medida, a ação e o procedimento cautelar, cuja finalidade é a ordem judicial no sentido de que uma coisa seja trazida a público, isto é, submetida a faculdade de ver e tocar (também reproduzir) do requerente.

A exibição de um documento a que a parte tem direito visa muito mais além da satisfação do interesse individual da parte (promovente da ação/medida). Envolve na verdade a própria efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que a ausência de referido documento pode comprometer o adequado deslinde da causa e conseqüentemente a função jurisdicional. Atento a essa questão está Luiz Fux (2004, p. 713-714) em suas lapidares palavras

O dever de colaborar com a justiça pertine às partes e aos terceiros. Como consectário, todo e qualquer documento de interesse para o desate da causa deve ser exibido em juízo, voluntariamente ou coactamente. A forma compulsória de revelação do documento nos autos denomina-se exibição de documento ou coisa, através do qual o juiz ordena que se proceda a exibição.

Portanto, vislumbra-se a exibição como sendo uma ferramenta jurídica voltada a exigir coercitivamente, daquele que se recusa a apresentar voluntariamente determinado documento ou coisa, que pertença ao proponente da medida ou diga respeito aos interesses deste. O bom êxito da exibição refletirá diretamente na efetividade ou não da tutela conferida pelo Estado; na realização ou óbice do direito material. Daí a necessidade de serem aplicados meios coercitivos capazes de levar ao cumprimento pelo demandado do cumprimento da ordem consistente em exibir.

2 MEIOS DE EFETIVAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS

Sem a efetivação dos pronunciamentos judiciais, não haverá a realização do direito reconhecido no devido processo legal, o que implica também na não realização dos princípios insculpidos no parágrafo 5º, incisos XXXV e LXXVIII da Constituição Federal, com a conseqüente violação do direito fundamental a tutela efetiva, tal como tratado este direito por Fredie Didier Jr (2009, p. 39).

Por isso, a fase executiva e a de cumprimento de sentença das demandas devem estar bem calçadas com meios e ferramentas hábeis a fazer valer no mundo prático o que foi

acertado/definido no processo (plano teórico), onde houve tempo oportuno para defesa, contraditório e justa delimitação de onde começa e onde termina o direito de cada uma das partes.

Todavia, não se pretende defender aqui um poder jurisdicional ilimitado na persecução da pronta efetividade dos provimentos jurisdicionais, ao contrário, os meios de coerção devem sempre ser aplicados com a ponderação dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade.

Portanto, deve ser analisado: se o meio de coerção empregado é adequado a atingir o fim pretendido; se há proporcionalidade entre os bens jurídicos (o tutelado e o restringido), se a restrição aplicada é necessária e qual a intensidade dela frente ao bem restringido.

Dito isto, passa-se a análise dos meios de coerção que a lei prevê aos magistrados para que estes possam fazer valer suas decisões. As principais medidas de coerção diretas e indiretas estão previstas nos artigos 273, 461 e 461-A, todos do Código de Processo Civil.

Referidas medidas, citadas exemplificativamente na lei, estão especificamente previstas no parágrafo 5º, do artigo 461, do Código de Processo Civil e consistem em: multa, busca e apreensão de coisa, desfazimento de obras, requisição de força policial e etc.

Embora tais medidas estejam previstas para dar efetividade ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, o parágrafo 3º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, que trata da antecipação de tutela, autoriza expressamente para dar efetividade a esta a aplicação daquelas medidas, no que couber e for da natureza.

Como já dito, o julgador terá sempre que fazer um juízo de ponderação acerca da compatibilidade da medida, mais o fato é que a lei permite essa discricionariedade ao juiz, inclusive deixando em aberto o rol de medidas, eis que está inserido no texto a expressão “tais como”, ou seja, as medidas constantes na norma são alguns exemplos do que pode o juiz realizar.

Reforçando esta possibilidade, Luiz Guilherme Marinoni (2004) entende ser um poder/dever do magistrado aplicar em qualquer que seja a situação concreta, o meio executivo adequado. Confira-se:

Na realidade, o juiz tem poder-dever de dar efetividade ao seu trabalho, prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva. Assim, qualquer que seja a situação concreta, o juiz não pode se esquivar do seu dever de determinar o meio executivo adequado, cruzando os braços diante de omissão legislativa ou de falta de clareza da lei, como se o dever de prestar a tutela jurisdicional não fosse seu, mas estivesse na exclusiva dependência do legislador.

As legislações especiais também preveem medidas de coerção, a exemplo do artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, que basicamente reproduziu o teor dos parágrafos do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Também há previsão legal expressa que autorize de modo geral a punição daqueles que se opuserem ao exato cumprimento dos provimentos mandamentais e criar embaraços a efetivação destes. É o que dispõe o parágrafo único, do artigo 14, do Código de Processo Civil.

Por óbvio que há ainda muitas outras medidas de coerção na legislação, mas não se pretende esmiuçar uma a uma neste trabalho, uma vez que visa-se estudar com mais profundidade a viabilidade de aplicação de multa pecuniária na exibição de documentos, o que se dará nos tópicos seguintes.

3 A EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES NO PROCEDIMENTO DA EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

Como qualquer outro pronunciamento judicial, aquele que é proferido numa ação de exibição de documentos, seja qual for a espécie ou natureza desta, deve tal comando ser integralmente cumprido com a devida exibição.

Ocorre que não raras vezes, a parte requerida, contra quem é direcionado o procedimento da exibição, acaba por não cumprir espontaneamente a sua obrigação/dever imposto na sentença, em verdadeiro descumprimento injustificado. Aqui vale consignar que, há esse descumprimento quando mesmo não tendo transitado em julgado a sentença, tenha essa efeitos imediatos, tal como ocorre quando o recurso contra ela interposto é recebido apenas no efeito devolutivo.

Ademais, ainda que não houvesse uma sentença, mas uma mera decisão liminar ou antecipatória de efeitos do provimento final, esta deveria ser igualmente cumprida, pois trata-se de ordem judicial que deve ser acatada independentemente de ser definitiva ou provisória, salvo se houver reforma na instância superior antes de se iniciar os atos voltados ao cumprimento da decisão vigente.

Ora, as decisões judiciais são corolário da própria jurisdição, traduzindo-se em verdadeira expressão do poder estatal, dotadas de autoridade, imperatividade, inevitabilidade e etc., o que significa que o jurisdicionado não pode simplesmente decidir subtrair-se ao poder do Estado.

Nesse sentido, já escreveu Waldomiro Santos Pereira (2005), citando o festejado Dinamarco

A jurisdição, como é cediço, é uma expressão do poder estatal. E um dos componentes dela é a imperatividade, que consiste, como assinala CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, na capacidade de decidir-se autoritativamente e impor sanções, de que decorre a inevitabilidade, emoldurada, na lição do mesmo autor, na impossibilidade em que se acha o submetido de subtrair-se ao poder.

Nas próprias palavras de Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 132-150) fica ainda mais evidente a impossibilidade do jurisdicionado afastar de si a eficácia das decisões judiciais. Aliás, essa lição é repisada e rememorada em vários trechos de sua obra, confira-se:

Isso quer dizer que não só as pessoas sob o poder do Estado se consideram em estado de sujeição, sendo-lhe impossível afastar a eficácia das decisões estatais, como ainda, lhes é, em princípio, trancada qualquer possibilidade de quebrar o vínculo de submissão. [...]

O exercício do poder se processa de forma tal que a vontade do destinatário é desconsiderada.

[...] Tal é a situação de sujeição, superiormente conceituada como posição jurídica de quem simplesmente é impedido de evitar os atos do exercício do poder. Sujeição é o exato contraposto negativo de poder e no binômio poder-sujeição bem se expressa relação entre o Estado e o indivíduo.

Entretanto, mesmo diante deste poder de império do Estado e inevitabilidade da jurisdição a todos os indivíduos, não é raro encontrar gritantes situações de não efetividade dos pronunciamentos judiciais, proferidos nas ações de exibição de documentos, principalmente quando esta é autônoma satisfativa e cautelar antecedente, seja preparatória ou não. Pronunciamentos estes que, como dito acima, não estão sujeitos a nenhum efeito suspensivo.

Embora seja tratado mais adiante em momento oportuno, esclarece, desde já, que se mencionou acima a ação de exibição autônoma satisfativa e cautelar antecedente (preparatória ou não), porque são nestas modalidades que se encontram a dificuldade e até impossibilidade de aplicação do artigo 359 do Código de Processo Civil, cuja consequência é a presunção de verdade sobre os fatos que pretendia provar com os documentos não exibidos.

E porque dificuldade e até impossibilidade de aplicação do artigo supracitado? Porque nem sempre nessas referidas ações o proponente da medida tem condição de saber exatamente qual é o fato que se pretende produzir. Na verdade sequer é possível saber se há um fato que deve ser provado em uma ação principal (demanda que nem se sabe a necessidade/interesse nesta), pois o documento pode ser apenas para checagem, guarda e etc., até porque ele sempre será pertencente ou comum ao autor da ação de exibição.

Destarte, retomando a problemática da ausência de efetividade da tutela jurisdicional, cabem aqui alguns questionamentos: Porque isso ocorre? E porque com tanta frequência no procedimento específico da exibição de documentos? Quais são os obstáculos à efetividade na tutela da exibição de documentos?

Tal como fazia Sócrates, um dos maiores filósofos da antiga Grécia, precursor do raciocínio crítico, que jamais dava uma resposta pronta e acabada aos seus aprendizes e discípulos, sempre formulava novo questionamento, possível também responder a essas perguntas com outras, que estimulará o desenvolvimento dos tópicos seguintes: Será que estão sendo aplicadas medidas coercitivas hábeis a efetivar as decisões no procedimento da exibição de documentos? A ausência de coerção necessária e compatível pode acabar por promover obstáculos à efetividade da tutela?

Essas questões merecem especial atenção, com análise crítica, ponderações e debruço sobre o assunto, a fim de pormenorizadamente pinçar as incoerências havidas, propondo a substituição destas por medidas eficazes, sem, contudo, serem estas desarrazoadas, incompatíveis, enfim, injustas.

Inicia-se então a empreitada voltada a apuração dos óbices à efetividade da tutela na exibição de documentos. Críticas certamente viram acerca de alguns posicionamentos, em especial do Superior Tribunal de Justiça que atualmente firmou o entendimento por meio da Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça, que veda a aplicação de multa pecuniária nas ações de exibição de documentos.

3.1 ÓBICES À EFETIVIDADE DA TUTELA NA EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E AS MEDIDAS APLICÁVEIS

Atualmente, se há um pronunciamento judicial que determina a exibição de certo documento e há resistência ao cumprimento de tal ordem, qual a medida coercitiva que a legislação prevê ao magistrado para tornar efetivo o cumprimento com a devida exibição?

Se o destinatário do comando judicial for a própria parte do processo, o procedimento da exibição de documentos prevê especificamente a presunção de veracidade dos fatos que se pretendia provar com os documentos não exibidos. Essa é a disposição literal preconizada no artigo 359 do Código de Processo Civil.

Assim, diante da negativa da parte em exhibir os documentos, o autor da ação, poderá nos termos do artigo supracitado, obter a presunção de verdade sobre os fatos que pretendia provar.

Ocorre que, nem sempre na ação de exibição de documentos o proponente tem condição de saber exatamente qual é o fato que se pretendia provar, isso porque nem sempre o conteúdo dos documentos é conhecido pela parte que os pleiteia.

Com efeito, apenas será possível aplicar a medida do referido artigo nas situações em que o autor da ação possuir elementos suficientes para definir um fato a ser provado, bem como construir um pleito minimamente coerente, para que só assim possa obter em seu favor a presunção de veracidade de suas alegações fáticas.

Tal como prevê o artigo 359 do Código de Processo Civil, o juiz ao decidir o pedido admitirá como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar por meio do documento não exibido pela parte *ex adversa*.

Entretanto, se o autor da ação desconhece o conteúdo do documento não exibido e tem dúvida até mesmo da existência de algum direito a ser reconhecido por presunção fática, não terá ele como construir um raciocínio jurídico ou argumentação apta a sustentar um pleito a ser acatado pelo magistrado na forma do dispositivo acima transcrito. Nesta hipótese, qualquer construção de raciocínio jurídico não passará de hipóteses, suposições, elucubrações etc.

Por isso, em que pese o verbo contido na norma em análise se traduzir em um mandamento (admitirá), não se pode conceber que a presunção seja aplicada indistintamente, sem que haja o mínimo de similitude e coerência no pedido da parte que o construiu sem a análise do documento.

Além disso, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 254), faz algumas observações práticas quanto aos sérios óbices de se aplicar a sanção consistente na presunção de veracidade, especialmente no âmbito da medida antecedente:

A sentença de exibição, se ordenar a apresentação da coisa ou do documento, não se cumpre de acordo com o previsto no art. 359 do CPC, até porque seria impossível o juiz da medida antecedente impor sanção ao requerido que só poderia ser cumprida na "ação principal". Ademais, é certo que essa presunção pode ainda depender de outros dados, só avaliáveis na ação principal, o que retiraria qualquer força para sua incidência na medida antecedente. Realmente, as afirmações de fato da petição inicial (da ação principal) ainda não foram apresentadas; não se sabe se, para ação principal, aquele documento não exibido seria documento indispensável à propositura da ação (o que impediria a aplicação da presunção em tela); sequer se sabe se, faticamente, será viável ou útil aplicar a presunção na ação principal.

No mesmo sentido Oliveira; Lacerda (1.998, p. 295):

Na ação exhibitória não tem cabimento a sanção do art. 359. Por hipótese o processo principal não está em curso, inexistindo produção de prova; dessa sorte, está o juiz impossibilitado de admitir como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretenda provar. Nem se há de extrair tal conclusão do disposto

no artigo 845, que faz remissão ao art. 359: o art. 845 refere-se exclusivamente ao procedimento, "no que couber". A natureza cautelar da medida, aliás, já repeliria o raciocínio.

Jean Carlos Piloneto (2008) ao escrever um artigo sobre o assunto observa o seguinte:

Ademais, não há fatos naquele estágio processual a serem reconhecidos como verdadeiros, pois o autor apenas alega que os documentos existem, mas como não tem conhecimento do seu conteúdo, não faz qualquer alegação quanto a este, de tal sorte que, no máximo, a sentença poderia presumir a existência dos documentos, jamais daquilo que se pretende provar no processo principal.

A disposição legal que prevê a possibilidade de aplicação da presunção de veracidade como sanção, está disposta no código de processo civil na seção que regulamenta exibição quando já há uma ação, ou seja, está essencialmente voltada a regulamentar a exibição incidental de documentos.

Embora, o artigo 845 do Código de Processo Civil autorize a aplicação na cautelar, dos dispositivos constantes na seção da exibição incidental, isso só se dará quando for cabível e compatível, o que, ao que parece não se dá com o artigo 359 do Código de Processo Civil.

De fato, se não há pleito hábil a ser acatado nos termos do artigo 359 do Código de Processo Civil, tampouco documentos exibidos para dar sustentação ao direito material da parte, há um obstáculo ao acesso a justiça, ao devido processo legal e a efetividade da tutela jurisdicional.

Diante desta problemática, pergunta-se mais uma vez: quais são as ferramentas jurídicas que podem ser aplicadas para garantir a tutela efetiva na exibição?

O artigo 362 do Código de Processo Civil autoriza que seja expedido mandado de apreensão, inclusive com requisição de força policial, se necessário, isso sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência. Tal dispositivo, se analisado superficialmente, em sua literalidade, pode levar ao falso entendimento de que a busca e apreensão seria medida aplicável apenas em desfavor de terceiro da relação processual, entretanto, com muito mais razoabilidade a sua aplicação deve ser em face da parte resistente.

É forte o entendimento doutrinário que permite a busca e apreensão contra a parte que não exhibe o documento. Ao comentar o artigo 845 do Código de Processo Civil, Nelson Nery Júnior (2007, p. 1136), expõe:

A remissão que este artigo de lei faz ao CPC 355 a 363 autoriza o entendimento de que o juiz, no exercício de seu poder cautelar, pode determinar a exibição do documento ou coisa e, em caso de descumprimento da ordem, a imediata apreensão do bem que deveria ter sido exibido (CPC 362). É ínsito, pois, ao procedimento da

exibição o pedido de busca e apreensão, que é consectário lógico-natural do primeiro.

Este também é o entendimento da jurisprudência majoritária. Confira-se os trechos do acórdão abaixo, proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ART. 359 DO CPC. NÃO APLICAÇÃO. MEDIDA ADEQUADA. BUSCA E APREENSÃO. No processo cautelar de exibição de documentos não há a presunção de veracidade do Art. 359 do CPC. Em havendo resistência do réu na apresentação dos documentos, cabe ao juiz determinar a busca e apreensão (Art. 362 do CPC) – não lhe é permitido impor multa ou presumir confissão. (Resp. 887332/RS. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 07/05/2007)

Inegavelmente tal medida é altamente energética e hábil a produzir bons resultados práticos, sendo aceita com bastante tranquilidade pela doutrina e jurisprudência. Entretanto, ela só será frutífera quando for possível ao oficial de justiça dar efetivo cumprimento a ordem, isto é, localizar, individualizar e apreender os documentos.

Isso porque, quando não há cooperação da parte resistente (situação comum quando não há cumprimento espontâneo), nem sempre é tarefa fácil, ou até mesmo possível ao meirinho localizar/ identificar uma documentação nas dependências de uma empresa, especialmente se for ela de grande porte, tal como acontece nas multinacionais, instituições financeiras etc.

Evidente que a mesma dificuldade, ou até pior, será encontrada nas pequenas empresas e residências quando deparar-se com desorganização, ou não for conhecido especificamente o local que de encontra o documento. Além disso, a parte poderia facilmente ocultar os documentos dada a características e tamanho destes.

Portanto, percebe-se que a apreensão somente será exitosa quando for conhecido o local que se encontra o documento e puder este ser individualizado pelo serventuário da justiça ou pela parte, o que parece ser possível em poucas situações, tais como naquelas em que a documentação estiver em depósito/guarda com alguma empresa que desenvolva profissionalmente tal atividade (depositário), bem com terceiros e estes aceitem entregar a documentação a justiça.

Destarte, não tendo sido efetivada a tutela da exibição de documentos ante a impossibilidade de presunção de veracidade (artigo 359 Código de Processo Civil) e sendo infrutífero o mandado de apreensão, qual a próxima medida a ser tomada pelo magistrado?

Conforme já estudado no capítulo quinto, o artigo 461 do Código de Processo Civil, prevê em seu parágrafo 5º algumas (sem prejuízo de outras – por ser o rol exemplificativo) medidas que o juiz poderá determinar de ofício ou a requerimento da parte.

Dentre essas medidas previstas expressamente no dispositivo citado acima, a única (além das que já se estudou acima) que se mostra adequada e apta a produzir efeitos, é a imposição de multa pecuniária. Embora tais medidas estejam destinadas, a princípio, as ações que tenham por objeto obrigação de fazer e não fazer, não se vislumbra nenhum impedimento legal ou incompatibilidade da medida (multa cominatória) à espécie.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 254-255), atentos a hipótese da busca e apreensão ser inefetiva na obtenção de documentos não exibidos, defendem a aplicabilidade das técnicas de indução do artigo 461-A do Código de Processo Civil. Veja-se:

Essa última opinião não goza de aceitação na jurisprudência. Todavia, parece ser a mais adequada para oferecer a tutela jurisdicional adequada à pretensão do requerente, especialmente nos casos em que a medida de busca e apreensão se mostre inefetiva (v. g., quando o requerido ocultar a coisa ou o documento que deveria ser exibido). Por isso, e com amparo na autorização prevista pelo art. 461-A do CPC, parecem perfeitamente utilizáveis aqui as técnicas de indução autorizadas para as prestações (materiais) específicas de fazer, não fazer e entregar a coisa.

É de todo viável tal aplicação, até porque, a ação que tenha por objeto a exibição de documentos, situa-se muito próxima ao cumprimento de uma obrigação de fazer (exibir), nos moldes do artigo 632 do Código de Processo Civil. A diferença é que na obrigação de fazer, pressupõe-se vínculo obrigacional entre as partes, o que não se exige na exibição, este é o entendimento de Nelson Nery Júnior (1999, p. 1.242).

Portanto, dada a proximidade e semelhança entre obrigação de fazer e não fazer com a obrigação de exibir e, sendo a multa pecuniária prevista essencialmente para aquela, não há porque obstar a aplicação a esta.

Além disso, salvo melhor juízo, a busca e apreensão, com possibilidade de requisição de força policial, que é admitida para obter êxito na exibição, mostra-se muito mais agressiva que uma multa pecuniária pela não apresentação, logo com muito mais razão deveria ser permitida a fixação da multa.

Não bastasse isso, o artigo 362 do Código de Processo Civil, que regula essencialmente a exibição de documento ou coisa, bem como as consequências que o terceiro da relação processual pode suportar, deixa bem claro a possibilidade da responsabilização deste, inclusive no âmbito criminal, por crime de desobediência.

Analisando o referido dispositivo, verifica-se que: o terceiro na relação processual suporta sérias consequências com a resistência injustificada de exibir (busca e apreensão, com força policial, se necessário); o terceiro pode ser responsabilizado inclusive criminalmente pela recusa injustificada de exibir.

Logo, se ao terceiro é aplicável tais consequências, por óbvio que à parte da relação, que também oferece resistência injustificada ao cumprimento, devem ser aplicadas todas as consequências do artigo citado, além de outras que o juiz entender conveniente e adequada a dar efetividade ao pronunciamento judicial.

Veja-se que o citado artigo legitima a responsabilização criminal pela recusa injustificada em exhibir. Bem por isso, mostra-se inviável proibir a multa na exibição de documentos, sem a devida análise das peculiaridades que cada situação apresenta.

Aliás, há quem entenda ser incabível a responsabilização criminal nas ações de exibição, nomeando inclusive como mais adequadas as medidas previstas no artigo 461-A do Código de Processo Civil. Veja-se o entendimento estampado no acórdão, cujo trecho do voto se transcreve abaixo:

Quanto à aplicação do art. 330 do Código Penal (Desobediência) em caso de descumprimento da ordem, entendo imprópria ao presente caso, pois, em se tratando de ação de exibição de documento, existem sanções específicas previstas no Código de Processo Civil, dentre as quais a estabelecida no artigo 461-A, § 2º, do CPC, a qual penso ser a mais adequada. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ag 70019570191, Rel. Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins, Segunda Câmara Especial Cível, julgado em 03/07/2007, DJ 17/07/2007. Disponível em: Acesso em 13 out. 2008.

Entretanto, não é o que entende o Superior Tribunal de Justiça, que após reiterados julgamentos negando a possibilidade de aplicação de multa na exibição de documento, editou a súmula 372 cujo teor diz: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória.”

Ora, não há como conceber a ideia que aceite apenar criminalmente uma conduta do âmbito do processo civil, mas negue a aplicação de medidas que versem exclusivamente sobre o patrimônio, ou seja, está a se proibir uma mera multa cominatória, mas permitindo a incidência do direito penal, ramo mais grave, que deve ser utilizado somente em última *ratio*, para mesma situação fática.

3.2 ANÁLISE CRÍTICA DA SÚMULA 372 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça, se aplicada literalmente e de forma indistinta em todas as exhibições de documentos, além de conduzir a não efetivação do provimento jurisdicional em alguns casos (quando há impossibilidade de presunção e for frustrada a busca e apreensão) acabará por gerar incoerências jurídicas.

No que tange as incoerências jurídicas que a súmula pode trazer se admitida em todas as exhibitórias, merece um exemplo para melhor ilustrar: basta imaginar que se o juiz for obstado de aplicar multa pecuniária frente a desobediência da parte em proceder a juntada de documentos, o magistrado se valerá de outros meios para fazer valer sua ordem, de sorte que, se não haver meios na esfera cível, invocará o direito penal (crime de desobediência, por exemplo), que como se sabe, deve ser utilizado somente em última *ratio*.

Assim, há necessidade de se habilitar aos magistrados métodos coercitivos no âmbito civil (patrimonial), deixando ao direito penal somente as situações mais gravosas que exigem a punição pessoal do infrator.

Destarte, a efetividade da tutela jurisdicional, obtida em um processo de resultado prático é um direito humano fundamental que todos os cidadãos fazem *jus*, cabendo ao órgão jurisdicional prosseguir amoldando o procedimento, para com base nos princípios da adaptabilidade, elasticidade, adequação etc., possa atender as necessidades constatáveis em cada caso, suprimindo as omissões naturais da lei abstrata e os anseios de justiça efetiva.

Tal como é impossível ao legislador antever todas as técnicas processuais para todas as situações concretas necessárias, também não podem as Cortes Superiores assim proceder. Evidente que a uniformização de entendimento e súmulas são de grande importância para o direito, até para que a prestação jurisdicional seja mais igualitária a todos os jurisdicionados, todavia, há que se tem muita cautela ao sumular um assunto, especialmente as repercussões que podem advir.

A súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça, da forma como está redigida, obsta a aplicação de multa cominatória indistintamente a todas as ações de exibição de documentos, independentemente de qualquer característica que elas apresentem. Não se leva em consideração: as peculiaridades das partes; a possibilidade de êxito da multa naquele processo; a razão da resistência (se abusiva e despropositada); o esgotamento de todos os outros meios de coerção; a ausência de efetividade processual; enfim, nada é ponderado.

E porque toda essa frieza e ausência de ponderação da súmula em exame com a efetividade da tutela na exibição de documentos? Alguns dizem que não seria aplicável a multa porque não há previsão legal, o que, salvo melhor juízo, não convence. Ora, inúmeras são as aplicações no direito por analogia, especialmente quando determinado procedimento específico não prevê medidas próprias. Aliás, o artigo 845 do Código de Processo Civil é o exemplo mais próximo dessa possibilidade.

De fato, não se vislumbra nenhuma justificativa plausível para dar sustentação a súmula em tela, ao contrário, há vários argumentos críticos que justificam a aplicação de multa cominatória na exhibitória. .

No direito moderno não basta ao juiz aplicar a letra fria da lei ou valer-se de fundamentações genéricas, que superficialmente transparecem amoldar-se a vários casos, mas não se prestam adequadamente a nenhum. Contrariamente a isso, o magistrado tem o poder/dever de, com base nas peculiaridades de cada caso concreto, dar efetividade ao seu trabalho, devendo encontrar a técnica processual hábil a proteger o direito material.

Justamente por isso que o direito comporta a existência das normas abertas, pois não se pode prever todas as situações fáticas a serem tuteladas pelo direito, tampouco suas peculiaridades, pelo que deve ser dado ao juiz o chamado poder/dever de com base nas normas existentes, nas circunstâncias concretas engendrar esforços para um prestação jurisdicional justa e efetiva.

Portanto, afigura-se inadmissível o texto da súmula na forma como está. Com as devidas escusas, deveria ela conter uma ressalva, que possibilitasse aos magistrados, diante de cada caso concreto, analisar a viabilidade de se aplicar ou não a multa cominatória.

Analisando a aplicação de multa cominatória na exibição de documentos sob a ótica do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade, verifica-se que a medida atende a todos estes, pois a medida é idônea a proteção do direito, mostra-se necessária e adequada. Não bastasse isso, a multa produz menor restrição que uma eventual sanção penal ou até mesmo a busca e apreensão que pode ser até executada mediante força policial.

Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 119) ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, define o que é medida adequada e necessária,

Adequada é a que se apresenta faticamente idônea à proteção do direito. Necessária é a providência jurisdicional que, além de adequada, isto é, faticamente efetiva para a tutela do direito material, produz a menor restrição possível ao demandado; é, em outras palavras, a mais suave ou menos lesiva.

A possibilidade de o juiz ponderar nas exhibitórias, conforme o caso concreto a fim de aplicar a multa pecuniária, sem sobra de dúvidas, reduziria substancialmente os casos de desobediência e conseqüentemente prestigiaria a efetividade dos pronunciamentos nos procedimentos da exibição de documentos.

Como se sabe, as grandes empresas, tais como instituições financeiras, multinacionais, prestadoras de serviço em massa ao consumidor e etc., desenvolvem suas atividades voltadas essencialmente à obtenção de lucro, bem como possuem departamentos

especializados voltados a aferir focos de prejuízos e erradicá-los. Com efeito, caso essas empresas passem a suportar freqüentes prejuízos por conta de multas fixadas pelo poder judiciário pelo não cumprimento de ordens judiciais, certamente tomaram medidas para eliminar esse foco de prejuízo.

Com a possibilidade de aplicação de multa nas exibitórias, as empresas tementes a maiores prejuízos, tendem a se organizarem/estruturarem com o fito de atender eficientemente as ordens judiciais, evitando-se assim multas. Veja-se que a multa pecuniária além de levar à efetividade da tutela jurisdicional, poderá ainda estimular as empresas a evitar o litígio e fornecer a documentação amigavelmente nas demandas futuras.

Com o devido respeito, a súmula em exame, estimula o não cumprimento das ordens judiciais, especialmente as grandes empresas, acima mencionadas, pois estas percebem que não compensa contratar funcionários e investir em organização, tendo em vista que não sofrerão qualquer gravame pelo descumprimento/ resistência em fornecer documentos exigidos judicialmente. Isso porque as medidas admitidas pela jurisprudência (presunção de veracidade e busca e apreensão) são inefetivas e não trazem qualquer prejuízo.

Além do que, conduz inegavelmente a uma situação muito cômoda àquele que não quer produzir prova contra ele próprio. Este ao ser instado a cumprir a exibição e sabendo que os documentos se apresentados produzirão provas contra os seus interesses, opta por desobedecer ao mandamento da decisão judicial, pois sabe que não poderá ser apenado com multa cominatória e mesmo se for, conseguirá a reforma da decisão nas instâncias superiores.

A situação só não é ainda mais cômoda para quem descumpra o comando das decisões judiciais, pois os juízes, para não verem seus comandos escancaradamente desprestigiados e ineficazes, socorrem-se ao direito penal, determinando à serventia a extração das principais cópias do feito e remessa ao membro do Ministério Público para que este tome as providências no sentido de apurar e punir eventual crime de desobediência.

Trata-se de uma situação absurda em que o juízo, mesmo vendo-se vítima de uma desobediência da parte, vê-se obstado de aplicar uma multa cominatória, que em muitos casos seria determinante ao deslinde efetivo da causa exibitória. Da forma como está, deve o juiz ficar a mercê da boa convicção e atuação do Ministério Público (esfera penal).

Não se desconhece que a súmula em estudo não tem efeito vinculante, logo não têm o condão de obrigar que as decisões sejam proferidas em conformidade com ela, entretanto, só o fato de existir um entendimento deste sumulado na mais alta corte que apreciará a matéria infraconstitucional, inibe a adoção de entendimentos em sentido contrário.

Assim, mesmo não sendo uma súmula vinculante, falou-se acima em óbice ao juiz, porque nenhum magistrado quer contrariar um entendimento sumulado na alta corte do Superior Tribunal de Justiça. Até mesmo a parte proponente da medida se vê inibida de pleitear a aplicação de multa cominatória, pois sabe que são grandes as chances de mesmo sendo deferida em primeiro grau, ser reformada a decisão em segundo grau, o que levaria a uma enorme perda de tempo no processo, com o reconhecimento da insubsistência da multa pecuniária.

Repita-se, trata-se de um entendimento sumulado que chega a estimular a ocultação de documentos e o descumprimento nos procedimentos da exibição.

Até mesmo por uma questão de estratégia processual a parte pode deliberadamente não cumprir a ordem de exhibir, haja vista que sem os documentos a probabilidade da parte conseguir ser favorecida com a presunção de veracidade nos termos do artigo 359 do Código de Processo Civil, é muito remota, pois não raras vezes, depende-se da documentação até mesmo para saber exatamente qual é o fato que pretendo provar. Por isso, sem os documentos a parte sequer consegue definir qual fato quer provar, quanto menos obter a presunção de veracidade deste.

E em caso de busca e apreensão, basta ao detentor dos documentos ocultá-los (o que não é difícil) e nenhuma consequência poderá ser agravada contra ele, exceto ter que justificar ao oficial de justiça que desconhece o paradeiro dos documentos.

Assim, vislumbra-se uma série de situações, a exemplo das analisadas acima, em que presunção de veracidade e apreensão não são suficientes a induzir o cumprimento da exibição quando a parte deliberadamente se nega, situação que a multa pecuniária se revela como único meio hábil e adequado a garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

Pertinente asseverar que, o projeto de Lei nº 166/2010, ainda em trâmite, elaborado com o escopo de reformar do Código de Processo Civil, prevê expressamente a hipótese de o juiz dentre outras medidas, aplicar a de natureza pecuniária para que o documento seja exibido. Essa é a previsão do artigo 386 da nova redação, se aprovada.

Trata-se do atual artigo 359 do Código de Processo Civil, no qual é acrescido o parágrafo único pelo projeto em andamento. O legislador reformista mostrou que está atento com a problemática aqui tratada e houve por bem expressar no texto legal do artigo que trata especificamente da exibição de documentos, a permissão para se aplicar multa pecuniária na exibição de documentos.

Referido projeto, se aprovado: arremata a discussão acerca da possibilidade de aplicar multa nas exhibições de documento, tornando desnecessária qualquer aplicação por

analogia ou argumentação arrojada; fulmina o entendimento preconizado na súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça; conduz a maior efetividade da tutela jurisdicional no procedimento específico da exibição de documentos; comprova que os argumentos acima despendidos estão em consonância com os anseios da população, tendo em vista a aprovação pela representatividade (legisladores).

De fato, como já severamente argumentado e pelas críticas apontadas a súmula em vergaste, há uma grande incoerência de proibir em toda e qualquer exibição de documentos aplicação da multa, pelo que merece aplausos o legislador reformista ao habilitar expressamente a aplicação de multa no procedimento específico da exibição de documentos.

3.2.1 Análise dos precedentes da súmula

O entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça, no sentido da inaplicação de multa cominatória nas ações de exibição de documentos, tem por alicerce a literalidade do artigo 461 do Código de Processo Civil, o qual prevê o cabimento da multa por inadimplência nas ações de obrigações de fazer ou não fazer.

Segundo este entendimento, não pode o juiz impor a aplicação de multa em qualquer outra situação senão naquelas abarcadas pelo artigo supra, ou seja, somente se refere aos casos em que a parte pretende a execução nas ações acima citadas, para garantir a efetividade destas.

Por isso, não havendo a exibição espontânea do documento pleiteado na exhibitória, culminaria na presunção de veracidade, o já seria aceitável como elemento comprobatório na ação principal.

Os argumentos supracitados estão esboçados nos comentários da “súmula anotada” em exame, constantes no site do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se abaixo, a transcrição constante do referido portal, consistente nas ementas dos precedentes da súmula:

A busca e apreensão é a medida cabível para tornar efetiva a exibição dos documentos, caso não seja atendida espontaneamente a ordem judicial. As multas previstas no Art. 461 do CPC são destinadas às ações cominatórias de obrigação de fazer e não fazer. O Juiz não pode aplicá-las em qualquer situação. O § 4º do Art. 461 do CPC delimita as hipóteses de imposição da multa por descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, que não alcançam a cautelar de exibição (CPC, Art. 845 c/c Art. 359, I).(REsp 828342 SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 23/09/2008).

"A questão posta no recurso diz com a aplicabilidade do disposto no artigo 359 do Código de Processo Civil, tratando-se de processo cautelar de exibição. O acórdão entendeu que não incidia. A meu ver, com acerto. A pena de confissão só pode ser aplicada. Tratando-se do processo em que se visa a uma sentença que tenha por base

o fato que se presume verdadeiro. Não há como o juiz simplesmente considerar existente um fato, desvinculado de uma pretensão. Isso só se verifica na declaratória de falsidade documental. O processo cautelar visa, tão-só, a obter a exibição do documento ou da coisa. Nem sempre, aliás, se destinará a servir de prova em outro processo. Presta-se, com frequência, a que o autor simplesmente possa avaliar se lhe assiste o direito. A opinião doutrinária é dominante nesse sentido, não obstante a respeitável manifestação em contrário de Humberto Theodoro Jr., invocada nos autos. Alega-se que, não havendo aquela sanção, será inútil a sentença que determine a exibição. Assim não é, entretanto. Desatendida a ordem de exibição, será caso de busca e apreensão." (REsp 204807 SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2000, DJ 28/08/2000, p. 77).

Desta forma, verifica-se que o entendimento da Corte Superior é consolidado no sentido da não aplicação de multa, de sorte que, não sendo o caso de aplicação do artigo 359 do código de Processo Civil, poderá a parte requerer a busca e apreensão do documento almejado, porém, somente se devidamente comprovado o descumprimento da ordem judicial.

Assim, o entendimento comum a todos os precedentes acima transcritos, é que a pretensão de fixação de multa não se coaduna com a ação exibitória, uma vez que a sanção prevista nesta ação seria apenas a presunção de veracidade e a busca e apreensão, tendo em vista não se tratar de uma ação obrigacional (fazer e não fazer).

A justificativa dos precedentes é que na ação de obrigação de fazer e não fazer, o escopo é uma tutela específica pelo que caberia a multa com a finalidade de assegurar o resultado prático da pretensão.

Depreende-se dos precedentes o entendimento de que nas ações exibitórias, não há uma tutela específica, busca-se apenas o documento para posteriormente verificar se há ou não o direito, portanto, não se vislumbrando um resultado prático a fim de gerar a procedência da ação e a efetiva condenação.

Deste modo, a multa aplicada não seria cabível, posto que as ações exibitórias pretendem auferir apenas documentos e não direitos, assim sendo a melhor forma de assegurar que a exibição do documento ocorra é a imposição da sanção de busca e apreensão.

Assim, os argumentos encontrados nos precedentes são basicamente: aplicabilidade da multa cominatória apenas nas ações que tenham por objeto uma obrigação de fazer e não fazer (literalidade do artigo 461 CPC); não há uma tutela específica a ser garantida nas exibitórias por meio de uma multa; a presunção de veracidade e busca e apreensão são medidas específicas e compatíveis.

Com o devido respeito, as justificativas encontradas nos precedentes da súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça, não abalam as críticas e argumentações formuladas no tópico anterior, haja vista que é inviável proibir indistintamente a aplicação de multa cominatória em todas as exibitórias, sob pena de: tornar inefetiva a tutela em boa parte destas ações,

especialmente quando há resistência; proporcionar comodidade a quem não exhibe; estimular a não exibição e ocultação de documentos e etc.

Em que pese o entendimento sumulado e os argumentos dos precedentes, não está o julgador vinculado a tais entendimentos, podendo/devendo no caso em concreto, ao verificar a viabilidade da multa pecuniária aplicá-la como meio de proteger o direito e assegurar a efetividade da tutela pretendida na ação de exibição, ainda mais se a presunção de veracidade e busca a apreensão não for efetiva, ou ainda, em havendo má-fé, despropósito e resistência injustificada.

CONCLUSÕES

Após estudar a latente importância da efetividade da tutela jurisdicional, inclusive tida por alguns como direito fundamental, verifica-se que o processo civil deve sempre ter por escopo servir ao direito material e não desejar que este o sirva. Já por isso, não devem ser criadas regras processuais que de alguma forma reduzam e muito menos inviabilizem o exercício de algum direito material.

Por isso, o processo deve ser de resultado, hábil a proporcionar a concretização da tutela jurisdicional com efeitos práticos. O juiz deve engendrar esforços para que o seu trabalho (pronunciamento judicial) seja obedecido e colocado em prática, valendo-se para tanto de medidas de coerção, sempre que necessário.

O procedimento da exibição de documentos, quase que sempre tem por escopo viabilizar outro direito, diverso da mera obtenção do documento, de sorte que se a exibição for frustrada, conseqüentemente, outros direitos consignados naquele (s) documento (s) o serão. Há inúmeros casos em que a parte interessada depende de acessar a documentação para ter conhecimento prévio do conteúdo completo para saber se há direito a ser amparado em uma futura ação, bem como instruir esta e nela obter êxito.

Portanto, o bom êxito da exibição de documentos reflete diretamente na realização do direito material, tanto de ter exibido o documento que tem direito, como ter amparado outros direitos materiais calcados nos documentos objeto da exibição.

Com efeito, é de suma importância garantir o bom êxito na exibição de documentos e para tanto o seu procedimento, ainda que específico, não pode ser regrado de modo a obstar um direito material. Neste procedimento, tal como estudado, há várias situações em que a presunção de veracidade (artigo 359 do Código de Processo Civil) e a busca e apreensão não são hábeis a conduzir a efetivação de exibição.

Diante da frustração da exibitória com as referidas medidas parece ser lógica a possibilidade de aplicação de multa pecuniária como forma de induzir o destinatário da ordem a cumpri-la. Entretanto, verificou-se que a súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça preconiza o entendimento que veda tal aplicação em qualquer que seja a ação de exibição.

Tal súmula está calcada basicamente no entendimento de que a multa pecuniária é aplicável apenas nas ações que tenham por objeto a execução de obrigação de fazer e não fazer, a teor do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Todavia, após asseverar críticas e apontar incoerências acerca da referida súmula, conclui-se que é viável, possível, adequado e necessário em determinados casos, em que não haja outro meio eficaz para efetivar a tutela jurisdicional, a cominação de multa nas ações exibitórias de documentos, havendo perfeita compatibilidade entre o procedimento destas com a penalidade prevista no § 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Há entendimento coerente que sustenta que a ação de exibição situa-se muito próxima de uma ação cujo objeto é uma obrigação de fazer e não fazer, figurando a diferença no fato de que nesta última pressupõe-se vínculo obrigacional entre as partes, o que não se exige na primeira. De fato, ao ser proferida uma determinação judicial, ao destinatário desta nasce uma obrigação de exhibir.

Evidentemente que a conclusão do trabalho não é no sentido de que a multa deve ser aplicada em toda e qualquer situação de exibição de documentos, pelo contrário, defendeu-se que não deve ser vedada indistintamente a medida em todas as exibitórias. Deve ser dado ao magistrado o poder/dever de ponderar, diante do caso concreto, acerca da viabilidade ou não em fixar a multa.

Consignou-se ser inviável proibir a aplicação de multa pecuniária no procedimento da exibição e por outro lado permitir a responsabilização por crime de desobediência. Não se adentrou sobre a viabilidade de punir ou não criminalmente, mas tomou a situação apenas para fins de comparação, a fim de demonstrar que está sendo permitida a medida mais gravosa e proibindo a mais branda, que incide no essencialmente no patrimônio do resistente.

Conclui-se que não há nenhuma incompatibilidade em aplicar a multa nas ações de exibição de documentos, atendendo a medida perfeitamente ao princípio da adequação, proporcionalidade e necessidade do procedimento em análise. Aliás, a súmula que veda a aplicação da multa coloca a parte resistente em situação de comodidade, bem como estimula o não cumprimento das ordens judiciais nas exibitórias.

Ao encontro das conclusões deste trabalho está o projeto de Lei nº 166/2010, ainda em trâmite, elaborado com o escopo de reformar do Código de Processo Civil, o qual prevê

expressamente a hipótese de o juiz dentre outras medidas, aplicar a de natureza pecuniária para que o documento seja exibido.

Por fim, face às medidas propostas no projeto supracitado, cumpre salientar que, ainda que a legislação venha a suprimir/modificar a estrutura do processo cautelar da exibição, por óbvio que o estudo aqui abordado não perderá seu objeto, eis que discutiu-se a coerência/pertinência de medidas voltadas a conferir efetividade a tutela jurisdicional na exibição, que podem ser aplicadas ao processo independentemente de ser cautelar, conhecimento ou execução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Sarno Paula; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 5 ed.. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil: teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 11 ed.. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998

DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil,** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

GARJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direito Processual Civil IV: processo Cautelar.** 12. ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Processo de Execução e Cautelar.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 13 ed. São Paulo: Saraiva: 1999. v.3

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 1968. v.2

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008. v. 2

_____. **Curso de Processo Civil: processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 4

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281> Acesso em: 19 out. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1

MARQUES, FREDERICO. José. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.3

MARINS, Victor A. A. Bonfim. **Comentários ao Código de Processo Civil: do processo cautelar, arts. 813 a 889**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 258 – 274. v.12.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 12

NERY JÚNIOR, Nélon; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado**, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (arts. 813 a 889)**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. V.3., t.2

PATAH, Priscila Alves. Da exibição. Análise dos arts. 844, 381 e 382 do Código de Processo Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 714, 19 jun.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6845>>. Acesso em: 30 dez. 2012.

PEREIRA, Waldomiro Santos. Do dever de cumprimento pelos magistrados das decisões judiciais de que sejam destinatários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6687>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

PILONETO, Jean Carlos. Ação de exibição de documentos referente aos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II. Análise da proporcionalidade das medidas utilizadas para emprestar efetividade à tutela jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1983, 5 dez.2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12038>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)**, 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Fabris, 2000. v.3

SOUZA, Gelson Amaro de. **Curso de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Data Juris, 1998.

SCHLICHTING, Arno Melo. **Teoria Geral do Processo: concreta, objetiva, atual**. [s.l]: Momento Atual, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 44 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.2

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso Avançado de Processo Civil**. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.