

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

MARLON TRAMONTINA CRUZ URTOZINI

**TUTELA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER (ART.461 CPC) E SUA
EXTENSÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA DE COISA (ART. 461- A)
MULTA COERCITIVA**

**SÃO PAULO
2010**

MARLON TRAMONTINA CRUZ URTOZINI

**TUTELA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER (ART.461 CPC) E SUA
EXTENSÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA DE COISA (ART. 461- A)
MULTA COERCITIVA**

Monografia apresentada à PUC-SP como exigência
parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação
“Lato Sensu” – Especialização em Direito Processual
Civil

Prof. Ms. Luís Eduardo Simardi Fernandes

SÃO PAULO
2010

MARLON TRAMONTINA CRUZ URTOZINI

**TUTELA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER (ART.461 CPC) E SUA
EXTENSÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA DE COISA (ART. 461- A)
MULTA COERCITIVA**

Monografia apresentada à PUC-SP como exigência
parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação
“Lato Sensu” – Especialização em Direito Processual
Civil

Local da Aprovação: _____

Data da Aprovação: _____ / _____ / _____

SÃO PAULO
2010

Dedico este trabalho a minha noiva querida e futura esposa que muito amo, me entende, auxilia e ampara nas horas mais difíceis e faz parte de todos os meus momentos felizes. Dedico ainda aos meus pais, irmão e sobrinha, pessoas que possuem grandes virtudes, aos quais devo muito do que hoje sou sendo os criadores da minha personalidade e do meu caráter.

RESUMO

A monografia abordará os aspectos gerais e repercussão da tutela específica nas obrigações de fazer e de não fazer, constante no artigo 461 do Código de Processo Civil, introduzido no âmbito do direito processual civil brasileiro pelo advento da Lei nº 8.952/94 e complementado pela Lei nº 10.444/2002. Seu exame tem como objetivo comparar tal modelo de tutela com o procedimento da execução das obrigações de fazer e não fazer, bem como a dar uma visão global do sistema de efetivação de direitos.

Esse modelo de tutela que passou a ter ainda maior relevância em nosso ordenamento na medida em que estendido, no que couber, às obrigações de entrega de coisa (art. 461- A, CPC).

O autor utiliza o método histórico, lógico e dedutivo baseando-se em pesquisas bibliográficas referentes ao tema e obras que trata de assuntos correlatos, tais como o acesso à justiça, o princípio da efetividade aplicado ao processo, multa e a legislação pertinente. Como se busca um processo civil de resultados, não basta o cumprimento da obrigação por perdas e danos, se deve pleitear o efetivo adimplemento daquilo que efetivamente é solicitado, que se dará por meio de atos mandamentais ou executivos.

Com o aparecimento de novas relações jurídicas e a necessidade de uma tutela jurisdicional diferenciada, a fim de se proteger adequadamente e efetivamente os diversos tipos de direitos materiais, principalmente os de conteúdo não patrimonial, que não podem ser eficazmente protegidos através da técnica do ressarcimento pelo equivalente pecuniário, coube ao processo, como instrumento para a realização desta função, o papel de pacificar o meio social e solidificar o ideal de justiça, em face do processo civil de resultados. Surgiu assim a importante modificação legislativa, que resultou na edição do instituto da tutela específica nas obrigações de fazer e de não fazer, sempre buscando o princípio da maior eficácia possível entre o resultado pretendido e a tutela jurisdicional prestada, ou seja, é indispensável um sistema especial de tutela, em que se faça o uso da tutela preventiva, aquela que é posta em prática antes mesmo da lesão ao direito, a fim de inibi-lá ou fazê-la cessar logo de início.

ABSTRACT

The monograph will address the impact of general and specific protection in the bonds of do's and don'ts, contained in article 461 of the Code of Civil Procedure under the Brazilian civil procedural law by enactment of Law n° 8.952/94 and supplemented by Law n° 10.444 / 2002. Their survey aims to compare this model of supervision with the procedure of implementation of the obligations of doing and not doing as well as provide an overview of the system for enforcing rights.

This model of supervision that now has even greater relevance in our planning as it extended, as appropriate, the delivery obligations of thing (art. 461-A, CPC).

The author uses the historical method, and deductive logic based on library research related to the themes and works dealing with related issues such as access to justice, the principle of effectiveness applied to the process, fine and relevant legislation. As if seeking a civil case of result, not enough to fulfill the obligation for damages, whether to plead the effective adimplement what actually is required, which will occur through acts or executive commands.

With the emergence of new legal relations and the need for a judicial review differently, in order to protect adequately and effectively the various types of substantive rights, especially those not content assets, which can't be effectively protected by the technique of compensation for the equivalent money, fell to the procedure as a tool to perform this function, the role of pacifying the social environment and solidify the ideal of justice in the face of civil procedure results. Thus emerged the important legislative amendment, which resulted in the issue of the Institute of specific protection in obligations to do and not do, always seeking the principle of maximum effectiveness between the intended result and provided legal protection, ie, it is necessary a special system guardianship, which make use of preventive custody, one that is put into practice even before the injury to the right in order to inhibit or stop there at the outset.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
A LONGA HISTÓRIA DA CIVILIZAÇÃO	14
TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER	18
A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO	25
ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER NO BRASIL	30
OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER	32
<i>MODALIDADES DE EXECUÇÃO</i>	35
DO CUMPRIMENTO DA EXECUÇÃO COMPULSÓRIA	37
DAS PERDAS E DANOS	37
A CLÁUSULA PENAL	38
DAS CONSEQUÊNCIAS DA INEXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES	38
TEORIA DO INADIMPLENTO	39
INADIMPLENTO POR CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR	39
DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI PROCESSUAL CIVIL QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER	39
EXECUÇÃO ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER FUNGÍVEIS E INFUNGÍVEIS	40
LINEAMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939	42
AÇÃO COMINATÓRIA	42
TUTELA ESPECÍFICA DO ART. 461 DO CPC	43
A TUTELA ESPECÍFICA NA LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR	43
MEDIDA LIMINAR EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ESPECÍFICA	47
AS DUAS ESPÉCIES DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, SUAS CARACTERÍSTICAS E AS DISTINÇÕES FRENTE À TUTELA CAUTELAR	49

PRESSUPOSTOS PARA ANTECIPAR TUTELA COM BASE NO §3º DO ART 461 DO CPC	51
TUTELA EXECUTIVA	51
SENTENÇAS QUE CONDENAM A PRESTAR OBRIGAÇÃO DE FAZER EM SENTENÇA MANDAMENTAL	54
MULTA COMO DESESTÍMULO À RECALCITRÂNCIA DO EXECUTADO: ATUAÇÃO SOBRE A VONTADE	54
A MULTA E A TUTELA ESPECÍFICA QUE IMPÕE UM FAZER FUNGÍVEL	55
A MULTA DIÁRIA PREVISTA NO §4º DO ART. 461 DO CPC	55
NATUREZA JURÍDICA	56
FIXAÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA	58
MODIFICAÇÃO E REVOGAÇÃO DA MULTA	60
EXIGIBILIDADE E COBRANÇA DE MULTA	61
A MULTA POR ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO	63
DESCABIMENTO DA PRISÃO COMO MEDIDA COERCITIVA	64
MEDIDAS DE APOIO NA CONSECUÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA	64
O USO DA TUTELA INIBITÓRIA NO BRASIL: A RELEVÂNCIA DO ART. 461 DO CPC	65
O PODER DECISÓRIO DO JUIZ E O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE	65
O PODER DECISÓRIO DO JUIZ E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE	65
TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO-FAZER	66
JURISDIÇÃO	66
TUTELA JURISDICIONAL	67
CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	69
MULTA PROCESSUAL	78
NATUREZA E CABIMENTO	78
PERIODICIDADE DE INCIDÊNCIA	79
VALOR DA MULTA	81
LIMITES TEMPORAIS DA MULTA	82
EXIGIBILIDADE DA MULTA	83
BENEFICIÁRIO DA MULTA	85
MEIOS SUB-ROGATÓRIOS	86

DA TUTELA ANTECIPADA	87
SÍNTESE	89
CONCLUSÃO	92
BIBLIOGRAFIA	95

INTRODUÇÃO

Neste trabalho far-se-à um apontamento histórico e posteriormente uma abordagem dos mecanismos destinados à tutela das pretensões que visem ao cumprimento de deveres de fazer e de não fazer, que constam do art. 461 (instituído pela Lei nº 8952/94 e complementado pela Lei nº 10.444/2002). Seu exame aqui, ao lado de outros pontos referentes ao Livro II do Código (processo de execução), destina-se a comparar tal modelo de tutela com o procedimento da execução das obrigações de fazer e não fazer, bem como a dar uma visão global do sistema de efetivação de direitos.

Modelo de tutela que passou a ter ainda maior relevância em nosso ordenamento na medida em que estendido, no que couber, às obrigações de entrega de coisa (art. 461- A, instituído pela Lei nº 10.444/2002). A tutela de que ora vai se tratar é processo que reúne simultaneamente cognição e execução, no sentido mais abrangente.

Os provimentos nele emitidos, eventual decisão antecipatória de tutela e sentença, não só dão ensejo a atos executivos, como também têm força mandamental.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No século passado, a humanidade e, por consequência, o Estado e o Direito evoluíram mais do que em qualquer outro tempo. O sistema econômico capitalista, fruto maior do modelo de Estado Liberal concebido sob a primazia da liberdade a partir das revoluções burguesas do século XVIII (com destaque para a francesa), ao mesmo tempo em que se tornou hegemônico precisou humanizar-se para a sobrevivência da nossa civilização e do próprio sistema. Isso se viabilizou a partir da evolução do modelo de Estado, que lhe serviu concomitantemente de contraponto e esteio.

Essa evolução deu-se em duas etapas, basicamente. Num primeiro momento, teve o Estado de dedicar-se à redução das desigualdades geradas pelo sistema econômico, instituindo e se tornando o provedor de direitos sociais como saúde, educação e previdência, constituindo o modelo que ficou conhecido como Estado Social ou Estado Providência (Welfare State, se adotada a terminologia estadunidense). Na medida em que a humanidade evoluía, cada vez mais aceleradamente, tornando-se mais complexa e globalizada, novos direitos surgiam e mais frágil se mostrava a estrutura política do Estado Social para garanti-los, impondo-se, então, o novo e atual modelo, que aposta na democracia – tanto a representativa quanto a participativa – como mais capaz de viabilizar a completa e equilibrada realização dos valores da liberdade e da igualdade: o Estado Democrático de Direito.

Paralela e concomitantemente à evolução do Estado, o sistema jurídico no mundo ocidental e no Brasil viu-se diante da inevitabilidade de também abandonar o padrão liberal que orientava um Poder Judiciário elitista e restrito a ser apenas a bouche de la loi (boca da lei) para tornar-se acessível à grande massa da população e, igualmente, permitir não apenas a declaração mas principalmente a efetivação dos velhos e dos novos direitos. Essa profunda

revolução, que se manifestou mais visivelmente no direito processual, ainda hoje em marcha, ficou conhecida mundialmente pela singela mas significativa expressão de acesso à justiça.

Como conseqüências desse movimento de acesso à justiça, constitucionalizado como garantia fundamental das mais importantes – dado que sem ela nenhum outro direito é verdadeiramente assegurado – o Estado-juiz foi superando uma posição de inércia típica do Estado liberal e assumindo uma função de protetor-asegurador dos direitos positivados. Para tanto, era fundamental garantir a efetividade do processo, reconhecendo-se neste, acima de qualquer outra função, um instrumento de realização dos direitos materiais. Tal era a relevância do tema, que, no Brasil a partir da década de 80 (não por coincidência simultaneamente ao processo de reabertura democrática), ele logo se transformou no foco dos estudos doutrinários jurídicos e em marcantes alterações legislativas. Ocorreram, desde então, quatro revolucionárias mudanças na lei e na mentalidade processual brasileira (na esteira de outras realidades jurídicas) em direção à garantia da efetividade:

A viabilização de uma adequada tutela coletiva dos direitos, elegendo-se legitimados coletivos, reformulando-se conceitos tradicionais como o da coisa julgada e prevendo-se mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos como o compromisso de ajustamento de conduta;

A priorização da tutela específica (voltada diretamente à proteção do bem jurídico ameaçado ou à sua reconstituição quando lesado) em detrimento da exclusivamente ressarcitória (resolução pela indenização em perdas e danos);

A possibilidade de remoção do ilícito independente de qualquer dano, conhecida, no Brasil (por influência do direito italiano), como tutela inibitória, e;

A importação para o processo de conhecimento de medidas capazes de interferir efetivamente no mundo dos fatos por meio da antecipação de efeitos de uma tutela que antes só se viabilizava no processo de execução, cujo pressuposto era a coisa julgada material.

Os dois grandes diferenciais do Estado Democrático de Direito em relação aos modelos que o precederam estão no princípio democrático e no seu compromisso (destinação) com a realização da justiça social por meio da efetivação dos direitos fundamentais de todas as gerações, com ênfase nos sociais.

Vê-se, pois, que o Estado Democrático de Direito tem por finalidade, compromisso essencial, ir além da mera proclamação dos direitos para, de fato, efetivá-los e visualiza no exercício democrático do poder, seja pela via representativa seja pela participativa, o melhor meio de fazê-lo. Ele não se contenta com a mera declaração dos direitos, senão com a sua efetivação.

A destinação do Estado Democrático de Direito extrai-se do preâmbulo e do art. 3º, incisos I e III, de nossa Constituição Federal. Naquele se lê que esta foi promulgada “para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica dos conflitos”. No art. 3º, incisos I e III, que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil - que se constitui em Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º - construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I) e erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

A presente monografia retrata a importância da obrigação de fazer e não fazer na atualidade, tanto na relação civil entre particulares, como também no relacionamento consumerista, apresentando a necessidade da efetividade do seu cumprimento.

A LONGA HISTÓRIA DA CIVILIZAÇÃO

A extensa história da civilização, que veio resultar nas idéias liberais que fomentaram a Revolução Francesa, acabou, no Século XIX, por dar ao Estado uma figura mínima e à vontade individual a dimensão maior no plano dos regramentos jurídicos. Com o objetivo de extinguir o velho regime aristocrático, não havia valor a prestigiar que fosse maior do que a liberdade cujo caráter quase absoluto passou a dominar a teoria dos negócios jurídicos.

Pelo motivo de todos serem livres para enunciar suas vontades e, assim, dispor de seus bens e contrair obrigações, o regime contratual encontrou seu ápice na consagração do *pacta sunt servanda*. O contrato, resultante da vontade livre do contratante, era lei a ser respeitada e cumprida, sem objeção.

Como, o indivíduo era o centro de toda a normatização jurídica, mesmo quando descumprisse o contrato, não poderia, de forma alguma, ser pessoalmente compelido a executar a prestação prometida ao credor. Toda a sanção legal destinada a garantir o cumprimento da obrigação teria de recair sobre seu patrimônio, porque, tal como proclamava o art. 2.092 do Código Napoleão, o princípio dominante era no sentido de que todo aquele que se obriga pessoalmente fica sujeito a arcar as conseqüências de sua obrigação sobre todos os seus bens presentes e futuros.

Nas obrigações de dar, a execução forçada era proporcionada pela tutela estatal cumpria-se *in natura*, porque fácil era alcançar o bem devido sem necessitar de coagir o devedor.

Bastava que os agentes do poder apreendessem ditos bens e os entregassem ao credor. Mas, quando a prestação estivesse intimamente ligada a uma ação pessoal do devedor — a um *facere* ou um *non facere* — esbarrava a concepção liberalista numa barreira intransponível. Ninguém poderia, na ótica de então, ser compelido, contra a sua vontade, a adotar qualquer

tipo de comportamento pessoal. Portanto, ninguém poderia ser levado pela execução forçada a praticar prestações típicas das obrigações de fazer e não fazer. Da antiga regra romana — *nemo ad factum potest cogi* — o direito francês do Século IX exportou para todo o mundo ocidental o preceito de que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

No liberalismo, então, não havia lugar, para a execução específica das prestações de fazer e não fazer. Por ser intocável o devedor em sua liberdade pessoal, uma vez recalcitrasse em não cumprir esse tipo de obrigação, outro caminho não restava ao credor senão conformar-se com as perdas e danos. Teria de apelar para a execução substitutiva ou indireta.

O direito processual, praticamente inexistente como técnica ou ciência autônoma, apresentava-se como mero apêndice do direito material. Nada acrescentava em termos de medidas criativas para dar maior eficácia aos preceitos da ordem substancial. Era, o próprio direito material que predeterminava os expedientes instrumentais que correspondiam aos direitos subjetivos de fundo quando descumpridos ou violados. Não cabia ao Poder Judiciário maior flexibilidade no uso dos remédios do processo.

Existia um processo ordinário ou comum a ser observado no julgamento das lides e que teria de servir, às causas em geral, e as ações especiais eram rigorosamente destinados a casos típicos que não poderiam ser dirimidos na sistemática do procedimento comum. Não havia maleabilidade alguma no terreno do processo.

Foi com a mudança do foco do indivíduo para a sociedade que se conseguiu divisar na passagem para o Século XX, a existência de interesses sociais que estavam a reclamar a atenção do ordenamento jurídico, forçando, assim, a ampliar seus domínios além do milenar binômio direito público — direito privado.

O Século XX pôde impor esse modo de ver na medida em que o Estado Liberal foi suplantado, politicamente, pelo Estado social. Nessa concepção do Estado Democrático, a

organização da máquina estatal deixou de ser mera declaradora de direitos fundamentais para transformar-se em agente realizador desses mesmos direitos.

O Estado assumiu a intervenção na vida econômica e social para proclamar e fazer respeitar os direitos coletivos e difusos e, para tanto, não podia continuar a se valer apenas dos procedimentos judiciais forjados no Século XIX, sob o predomínio das idéias liberais puras.

Lentamente foram surgindo ações de feitio coletivo para instrumentalizar direitos até então nem sequer conhecidos da ordem jurídica tradicional, como os direitos indivisíveis da comunidade, isto é, da sociedade como um todo, ou de grandes parcelas da sociedade. Ao mesmo tempo ampliava-se a ordem jurídica material para agasalhar os direitos transindividuais ou coletivos, e concebiam-se novos procedimentos judiciais que pudessem lhes dar cobertura quando necessário fosse discuti-los em juízo.

Essa abertura para o social não só fomentou a preocupação com os problemas gerados pela convicção da necessidade de tutelar adequadamente os novos direitos sociais, como também impôs aos operadores do direito processual a conscientização de que o processo, em si mesmo, ainda que não cogitando de ações coletivas, era sempre um instrumento tutelar da cidadania. O direito de ação não mais se via como simples meio de o indivíduo reagir contra a violação de algum direito subjetivo. Era, isto sim, o direito cívico de acesso à Justiça, como uma das garantias fundamentais do moderno Estado Democrático de Direito. Era ele mesmo a expressão de uma das maiores garantias da paz social e da realização política dos ideais da nação agasalhados em sua ordem constitucional.

Passou-se a divisar no processo, metas, que iam além da simples composição dos litígios e que se comprometiam com as aspirações do devido processo legal, tanto no plano formal como no material. A missão do judiciário a ser cumprida por meio do processo, a partir de então, vinculou-se à preocupação de efetividade, ou seja, à perseguição de resultados que correspondessem à melhor e mais justa composição dos litígios.

Foi, à luz dessa nova constatação, desse novo posicionamento institucional que se insinuou e se fez prevalecer a teoria das tutelas diferenciadas.

Não era mais aceitável sujeitar os litigantes a poucos e inflexíveis procedimentos, um apenas para cada tipo de ação ou pretensão, que muitas vezes se apresentavam inconvenientes e incômodos como verdadeiras camisas-de-força para partes e juízes¹.

O objetivo dessa nova visão da tutela jurisdicional era não só a de criar novos procedimentos como abrir, opções que permitissem, conforme as conveniências da parte e de seu caso, contar com mais de uma via processual à sua disposição; e dentro de um mesmo procedimento, fosse possível inserir-lhe expedientes de aceleração e reforço de eficácia, tendentes a proporcionar ao direito material da parte a mais plena tutela conforme particularidades de cada caso².

Desse modo, as tutelas diferenciadas se prestam a valorizar o moderno processo de resultados, onde o compromisso maior da jurisdição é com a efetividade da prestação posta à disposição do litigante.

O pensamento de CHIOVENDA, que se apresenta como o grande idealizador da efetividade processual, consiste na afirmativa de que o processo, para ser efetivo, deverá apoiar-se num sistema que assegure a quem tem razão uma situação jurídica igual à que deveria ter se derivado do cumprimento normal e tempestivo da obrigação. “E, na medida em que se evidencie a possibilidade de dano ou perigo de perecimento do direito, essa situação

¹ “O processo deve buscar respostas diversificadas, de acordo com as situações jurídicas de vantagens asseguradas pelo direito material, de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Ajuris*, v. 65, p. 14)

² “O processo é normalmente, instrumento da realização do direito material e, repetindo a lição de BARBOSA A. MOREIRA, ‘o resultado de seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquele resultado que produziria a atuação espontânea das normas substantivas’, fazendo com que, ao máximo, coincidam um e outro (TEMAS, 3ª série, 1984, p. 3). Nessas condições pela simples circunstância de seu instrumento, deve o processo ser disciplinado a fim de que possa ensejar total acesso à justiça, moldar-se ou adotar meios que lhe propiciem maior efetividade, maior celeridade, enfim, deve o processo obedecer às normas emanadas de princípios que norteiam sua finalidade” (ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 80, p. 103)

deve ser, desde logo e especificamente, protegida, o que é, precisamente, a hipótese do art. 461 (do CPC brasileiro), no que diz respeito às obrigações de fazer e não fazer³”.

Para Arruda Alvim, não prevalece à autonomia do processo e do direito material em sua plenitude quando se trata das chamadas tutelas diferenciadas, pois o que se dá é a adaptação ou a submissão da disciplina processual a uma ou várias situações materiais. “Vale dizer, a tutela diferenciada deve ser compreendida a partir de uma reaproximação entre direito e processo. Ou ainda, configura-se o instituto processual especificamente em função de dada situação de direito material⁴”.

TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

A tutela diferenciada começou a ser implantada, timidamente, com a adoção do poder geral de cautela (art. 798 do CPC), com o julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC). Durante as reformas da década de 1990, que o Código sofreu as mais significativas remodelações na linha das tutelas diferenciadas, dentre elas a criação em caráter geral da tutela antecipada (art.273), a consagração das garantias da tutela específica para as obrigações de fazer e não fazer (art. 461) e a ação monitória (artigos 1.102-a a 1.102-c)⁵.

Nas obrigações de fazer e não fazer, várias e importantes inovações no âmbito do direito processual foram introduzidas, tanto para reforçar a teoria do cabimento da execução

³ ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e de não fazer — Direito Material e Processo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 70.

⁴ Ob. cit., p. 66

⁵ As medidas de urgência, autorizadas pelos arts. 273 e 461 correspondem a “novos tipos de provimentos jurisdicionais do juiz” (...) que se acham em conjugação com “o real alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que assegura tutela adequada, efetiva e tempestiva” (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21.

específica, sempre que possível, como para protegê-la por variados mecanismos de antecipação de tutela, de coerção e de sub-rogação⁶.

Assim, o caput do art. 461, ao contrário do que pretendia o direito francês do Século XIX, coloca em último plano a conversão em perdas e danos, e dá garantia ostensiva ao direito do credor de exigir, em juízo, o cumprimento in natura da prestação devida, ou de algo que praticamente a ela seja equivalente.

EVOLUÇÃO DAS TUTELAS DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

Hodiernamente, nunca esteve o credor de obrigação de fazer e não fazer totalmente afastado da execução específica. O Código de Processo Civil Brasileiro, mesmo antes da Lei nº 8.952/94, remontando a antiga sistemática da praxe luso-brasileira, disciplinava, no âmbito do processo executivo, um procedimento próprio para assegurar ao credor de tal tipo de obrigação, a realização compulsória do fato devido, desde que possível de implementação por terceiro, sem necessidade, pois, de coagir pessoalmente o devedor. Diferenciavam-se, assim, as obrigações fungíveis e as infungíveis. Para aquelas havia como promover a execução forçada específica ou in natura. Para as últimas, diante da obstinação do inadimplente, só restava ao credor contentar-se com as perdas e danos a serem exigidas por meio de execução indireta.

Essa dicotomia executiva prevista para as obrigações de fazer e de não fazer não era estranha ao Código Napoleão, pois além da regra geral de que tais obrigações, quando inadimplidas, se resolviam em perdas e danos (art. 1.142), encontravam-se nele também previsões de casos de execução in natura das que fossem exequíveis sem a coação física sobre a pessoa ou a vontade do devedor.

⁶ No propósito de proporcionar ao demandante precisamente o que lhe adviria do cumprimento normal de obrigação “está inserido o suprimir da dimensão temporal de duração do processo, no sentido e com a função de que, se houver o risco de ineficácia da medida, se somente afinal vier a ser concedida, essa deverá ser concedida imediatamente” (ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer cit., p. 72).

O art. 1.144 do Código Francês dispunha, a propósito da matéria pertinente à obrigação de fazer, que o credor, no caso de inexecução, poderia ser autorizado a, ele mesmo, fazê-la executar a expensas do devedor. E, no caso de obrigação de não fazer, o art. 1.143 assegurava ao credor o direito de demandar a destruição de tudo aquilo que fosse realizado pelo devedor em desrespeito à convenção; e permitia ao credor obter autorização para, ele mesmo, proceder à destruição, a expensas do devedor.

O Código Civil brasileiro contém iguais previsões nos artigos 881 e 883, ou seja, em se tratando de obrigação positiva, “se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar a custa do devedor, havendo recusa ou mora”; e, em se tratando de obrigação negativa, “praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado as perdas e danos”.

O que existia, antes da reforma do art. 461 era a dificuldade de obter a execução, in natura, que somente poderia dar-se, em juízo, após o trânsito em julgado da sentença condenatória e dentro de um complicado procedimento executivo (artigos 634, 637 e 642-643). No mais das vezes, o que prevalecia, pela inoperância e complexidade do procedimento legal, era o recurso à execução indireta, contentando-se o credor em reclamar problemáticas e insatisfatórias perdas e danos.

As inovações do art. 461 do CPC não vieram modificar as regras materiais das obrigações de fazer e não fazer, pois estas já consagravam o cabimento da execução específica, desde que se tratasse de obrigação fungível (isto é, realizável “por terceiro”, no lugar do devedor). O grande marco da reforma está em facilitar e tornar mais efetivo o uso da execução específica de tais obrigações.

As obrigações infungíveis, antes do Código de 1973 e ainda no regime do Código de 1939, já contavam com a execução indireta, ou seja, com um processo que usava a cominação

de multas para coagir ao credor a realizar a prestação devida in natura. Era a antiga ação cominatória, em que a multa poderia ser cominada na própria citação do réu (CPC, de 1934, artigos 302, XII, e 303, caput). Não é novidade, a preocupação do ordenamento jurídico pátrio com a execução específica das obrigações de fazer e não fazer.

INCURSÃO NO DIREITO COMPARADO

ITÁLIA

Há uma inquietação na consciência jurídica universal, em torno da necessidade de evitar o perigo de demora do processo comum, que poderia transformá-lo em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora.

É possível classificar, em nosso direito, as espécies de tutela urgente que se valem do processo cautelar basicamente em três grupos, mesmo depois da introdução das medidas antecipatórias dos arts. 273 e 461 do CPC:

- 1) tutela de urgência satisfativa autônoma;
- 2) tutela de urgência satisfativa interinal e;
- 3) tutela de urgência propriamente cautelar.

Giacomo Oberto⁷ registra que a idéia de se permitir ao juiz, no curso do processo ordinário de conhecimento, proferir provimentos antecipatórios de combinação constitui uma constante de todas as recentes propostas do Código de Processo Civil Italiano.

⁷ OBERTO, Giacomo. Il nuovo processo cautelare. Milano: Guiuffrè, p.243.

NO DIREITO ANGLO AMERICANO

Michele Taruffo, citado por Luiz Guilherme Marinoni, ensina-nos que o direito anglo-americano, através da equity, tem criado instrumentos adequados às reais necessidades de tutela. A razão essencial da equity está na oportunidade de fornecer remedies a situações não tuteláveis at Law, a medida que estas situações emergem como economicamente relevantes, necessitando, pois, de tutela na forma jurisdicional. A equity nasce e se expande com base na necessidade de dar tutela aos novos direitos que emergem nos vários momentos históricos constituindo assim um potente fator de adequação do sistema jurisdicional às necessidades reais de tutela.

No sistema anglo americano, os atos abusivos praticados no processo são considerados ofensivos aos juízes ou tribunais, podendo ser conceituados como tal:

- 1) despreço à autoridade, à justiça ou à dignidade de um tribunal;
- 2) desprezo voluntário à autoridade exercida por uma corte de justiça;
- 3) execução de atos que possam conduzir a um despreço genérico à pessoa dos juízes;
- 4) tendência a obstruir a administração da justiça em uma demanda, fazendo nulas as resoluções do tribunal;
- 5) a desobediência a qualquer resolução legítima, decreto, ato ou ordem de um tribunal;
- 6) a obstrução ofensiva aos procedimentos judiciais em que o juiz atua de ofício.

Constituem contempt, entre outros, os seguintes atos praticados no processo: despreço, indiferença, desatenção ou desacato; subtração ou alteração de documentos judiciais; abusos de recursos ou ações; destruição.

EVIDENCIANDO O INSTITUTO DA INJUNCTION

A injunction é uma ordem da corte dirigida a uma parte para conter-se de praticar ou continuar a praticar um ato censurado, ou para reprimir uma parte por omitir-se de fazer algo. Usado para reprimir as partes por conduzirem-se contrariamente à equidade e à boa consciência.

TIPOS DE INJUNCTION

As injunctions podem ser proibitórias (prohibitory injunction) ou ordenatórias (mandatory injunction); interlocutórias (interlocutory injunction) ou permanentes (perpetual injunction); quia timet injunction; ex parte injunction.

A tutela jurisdicional mediante injunctions pode ser, portanto, sancionatória (restorative) ou preventiva (preventive), sendo tal writ usado como garantia ou como execução (enforcement) de direitos ou na prevenção de ilícitos. Em geral, é mais usado para prevenir futuros danos (injury) do que para reparar erros já cometidos.

CLASSIFICAÇÃO DO CONTEMPT OF POWER

Através do contempt of court se busca induzir (coagir) a parte a cumprir uma ordem judicial, diz-se que se trata de civil contempt. Se por outro lado, se trata apenas de punir uma conduta desrespeitosa, tem-se um criminal contempt. Daí dizer-se que o criminal contempt volta-se ao passado e o civil contempt dirige-se ao futuro.

CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS DA COMMON LAW

Arco de direitos e garantias conferidas pela Common Law deriva da pedra angular do direito inglês, ou seja, da Magna Carta, que lhe traçou os princípios fundamentais.

A Common Law, formalmente, se apresenta como um direito jurisprudencial mas substancialmente e por sua origem corresponde a um direito costumeiro consagrado e perpetuado pela jurisprudência.

EQUITY

No direito americano, inicialmente se revelou como um modo moralmente correto de solução dos conflitos, assim atenuando o rigor do direito comum. A *equity* se transformou em um corpo específico de direito positivo, com conteúdo próprio sendo traduzida em 12 máximas fundamentais do direito a equidade:

- 1) o direito-equidade não tolera agravo algum sem reparação;
- 2) o direito-equidade aplica-se às pessoas e não às coisas;
- 3) o direito-equidade presume já consumado aquilo que de futuro deva realizar-se;
- 4) o direito-equidade atém-se mais à essência do que à forma;
- 5) o direito-equidade presume em cada qual a intenção de cumprir sua obrigação;
- 6) a igualdade é equidade, a significar que, na falta de lei ou convenção em contrário, os direitos e obrigações devem ser distribuídos igualmente entre as partes;
- 7) o direito-equidade protege o diligente e não o negligente;
- 8) quem invoca a equidade deve revelar uma consciência correta;
- 9) quem reclama a equidade também com equidade deve proceder;
- 10) quando os princípios da equidade favorecem ambas as partes, prevalece, então, a lei, em sentido estrito;
- 11) se os preceitos do direito-equidade, favorecem igualmente ambas as partes, dar-se à preferência à primeira em ordem de tempo, desde que, bem entendido, não exista disposição de lei, nem solução de direito comum a aplicar-se à espécie, pois, em caso contrário, terá aplicação a norma estatutária ou a de direito comum;

12) o direito-equidade deve respeitar a lei.

A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

É preciso que a tutela jurisdicional seja o meio apto a atender às necessidades decorrentes de cada situação da vida, isto é, de direito substancial.

Para que haja correspondência entre o jurídico, o social e o político, as pessoas devem ter fácil acesso à justiça e ter para si garantidas duas finalidades básicas do sistema jurídico: o poder de reivindicar seus direitos e de resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Portanto, os meios postos à disposição das partes devem demandar o provimento social ou resistir à pretensão ajuizada, para que obstáculos de cunho econômico, cultural ou político sejam afastados.

ACESSO À JUSTIÇA

A idéia de acesso à justiça evoluiu paralelamente na passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno. No início, a participação do Estado não ia além da declaração formal dos direitos humanos.

Os problemas reais dos indivíduos não chegavam a penetrar no campo das preocupações doutrinárias em torno do direito processual. Nesse século, todavia, o coletivo ou o social passou a ser a tônica da política governamental e legislativa em todos os países do mundo civilizado, mesmo naqueles em que a ideologia se rotulava de capitalista e liberal ou neoliberal. A política constitucional deixou, então, de atuar como simples tarefa de declarar direitos, tal como prevalecera nos séculos XVIII e XIX. As cartas contemporâneas, refletindo a consciência social dominante, voltaram-se para a efetivação dos direitos fundamentais. O

Estado Social de Direito pôs-se de braços com a tarefa nova de criar mecanismos práticos de operação dos direitos fundamentais.

O processo tem, sobretudo, função política no Estado Social de Direito. Deve ser, organizado, entendido e aplicado, como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, assegurando a todos o pleno acesso à tutela jurisdicional, que há de se manifestar sempre com atributo de uma tutela justa.

Para determinar as duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos, segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos

Dessa magnitude do direito à tutela jurisdicional, ressaltada a importância do instrumento de atuação da Justiça, o processo, e a garantia de seus predicamentos, também alcançada em nível de direito fundamental: o direito ao devido processo legal, na possibilidade de uma completa e efetiva defesa diante de qualquer juízo.

PROCESSO JUSTO

Há uma insatisfação no meio social com a pouca eficiência do Poder Judiciário para cumprir a tarefa de fazer justiça. Neste sentido, o devido processo legal, ou o processo justo, é o que se espera, como meio de fazer com que o Poder Judiciário possa desempenhar a contento a garantia constitucional que lhe foi atribuída.

O justo é um valor que, embora não se defina, é alcançável por todos. A função do processo é fazer justiça. Processo justo é aquele que realiza a composição da lide que satisfaça a concepção média da sociedade em torno do justo.

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O contraditório é a garantia de participação, em simetria paridade das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, que são interessados, ou seja, os sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.

Sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Aspecto relevante ao acesso à justiça é a condição socioeconômica daqueles que necessitam ou desejam ingressar em uma demanda judicial para requerer seus direitos, encontram seu maior obstáculo no pagamento de custas prévias e de honorários advocatícios e eventualmente do pagamento dos honorários periciais, dentro de um contexto de um país de terceiro mundo, onde 67,91% da população possuem renda familiar na faixa de cinco salários mínimos.

As desigualdades econômicas e sociais serão reguladas de modo tal, que favoreçam a todos, prioritariamente aos demais desfavorecidos.

DIREITO À INFORMAÇÃO

A democratização da Justiça, na verdade, deve passar pela democratização do ensino e da cultura, e mesmo pela democratização da própria linguagem, como instrumento de intercâmbio de idéias e informações.

DIREITO COMPARADO

INGLATERRA

O modelo inglês vem de uma democracia que, historicamente, sempre esteve na vanguarda, de modo que não seria um exagero afirmar que o sistema de atendimento da CABs (Citizens Advice Bureaux- Sistema de Atendimento ao cidadão na Grã-Bretanha- cuja atividade é assessorar gratuitamente o cidadão sobre seus direitos em geral) é uma síntese dessa evolução da cidadania do país da Carta Magna.

BUSCANDO SOLUÇÕES PARA TRANSPOR BARREIRAS

ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS CARENTES

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer no inc. LXXIV do art. 5º: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O termo integral aplicado reforça a posição colocada anteriormente, propiciando ao interessado todos os instrumentos jurídicos necessários antes, durante e posteriormente ao processo judicial e mesmo extrajudicial, bem como acompanhamento dos processos administrativos. O termo gratuito aliado ao integral estabelece que aquele que não possuir recursos suficientes será isento de todas as despesas que se fizerem necessárias para efetivo acesso à justiça

JUIZADOS ESPECIAIS

A Lei nº 9.099/95 de 26.09.1995 criou os juzizados especiais cíveis de pequenas causas, trazendo uma simplificação procedimental.

As experiências brasileiras em relação ao juizado especial cível mostraram-se extremamente positivas, desafogando o foro comum daquelas ações de menor valor

econômico que não exigiam, e nem admitiam, os formalismos oriundos do CPC. Estruturalmente, o processo comum e o especial não apresentam significativas diferenças entre si, ambos prevêm a petição inicial, audiência de conciliação, instrução com provas, debates e sentença.

O acesso a esses juizados independe de custas, taxas e despesas. Além de democratizá-lo, a gratuidade contribui para a celeridade; esse privilégio, porém, não se estende à fase recursal.

O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE APLICADO AO PROCESSO

A efetividade do processo tem de ser entendida não como um fim em si, mas como um postulado necessário para viabilizar-se a efetivação dos demais ramos jurídicos, uma vez que é preciso que as normas sejam aptas ao conceder ao litigante tudo aquilo que ele teria direito se não houvesse tido resistência.

A EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO

O processo de execução foi delineado, tendo em vista obrigações de dar, desenvolvendo complexo procedimento para execução das prestações.

Atualmente, porém, crescem as lides concernentes às obrigações de fazer; uma porque a economia moderna se concentra no setor terciário, onde as trocas de prestações de fazer substituíram as trocas de coisas; as duas pelo incremento dos chamados novos direitos, quais sejam, os direitos transindividuais, referentes à proteção da criança e adolescentes, de consumidores, do meio ambiente etc., direitos estes que impõem a coletividade indeterminada de indivíduos e ao Estado uma série de prestações de fazer.

Para Cândido Rangel Dinamarco⁸, a modalidade clássica de tutela das obrigações de fazer era a conversão a perdas e danos. O dogma da intangibilidade da vontade humana, caro, sobretudo ao pensamento jurídico romano-germânico, tornava tímidos os avanços do Direito Processual nessa seara. A doutrina aos poucos, foi adicionando formas de se tornar mais efetiva a tutela das obrigações de fazer.

Valeu-se, para tanto, da distinção entre o resultado das obrigações de fazer e a atividade que constitui o próprio fazer, assentando que, embora não se pudesse coagir o devedor à atividade pactuada, poder-se-ia, indiretamente, conseguir resultado semelhante àquele que adviria dessa atividade.

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER NO BRASIL

DIVERSOS SIGNIFICADOS DO TERMO OBRIGAÇÃO

Obrigação significa toda espécie de vínculo ou sujeição da pessoa, qualquer que seja a sua fonte ou causa, ou o seu conteúdo. Vem do vocábulo latino *obligare* (*ob* = *ligare*). Um velho texto, atribuído a Florentino, jurisconsulto do período clássico do Direito Romano, texto adotado nas Institutas de Justiniano (3,13, PR.): *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, no qual a relação entre credor e o devedor é caracterizada como um *vinculum iuris*, tendo, por conteúdo, uma prestação (*alicuius solvendae rei*), e por sua natureza intrínseca a coercibilidade (*necessitate adstringimur*).

No direito civil a obrigação pode significar:

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Manual das pequenas causas, cit., p. 150-151

- 1) Em num sentido mais geral, toda limitação da liberdade imposta pela ordem jurídica, em virtude da qual uma pessoa deve praticar ou abster-se de praticar certos fatos;
- 2) No sentido mais restrito, que é o próprio ou técnico, a relação jurídica autônoma, de caráter patrimonial, em virtude da qual uma pessoa (devedor) fica adstrita para com outra (credor) a uma certa prestação;
- 3) Em sentido ainda mais restrito, a situação jurídica do devedor, isto é, como sinônimo de dívida, embora esta expressão se empregue geralmente para exprimir as obrigações de dinheiro;
- 4) Em outro sentido igualmente restrito, a situação jurídica do credor, isto é, como sinônimo de crédito ou direito de crédito;
- 5) Quanto ao sentido particular, o título ou documento em que se contém a situação jurídica do devedor, temos, então, que a obrigação é um vínculo jurídico, autônomo e patrimonial, estabelecido entre duas ou mais pessoas, em virtude do qual uma, ou mais que uma, fica adstrita para com outra ou outras a uma certa prestação.

Os elementos estruturais necessários e constantes da obrigação são o vínculo entre dois sujeitos, que assegura a um deles o direito de exigir uma prestação, consistente num dar, fazer ou não fazer, prestação esta apreciável economicamente.

O direito obrigacional prevê a possibilidade das obrigações que têm por objeto a realização de um ato, ou sua abstenção, as chamadas obrigações de fazer ou não fazer.

Para sua efetivação, o legislador viu por bem adequar especificamente uma hipótese de provimento jurisdicional, uma vez que diferentemente das obrigações que consistem na entrega de alguma coisa, não há a possibilidade do constrangimento do devedor em sua realização, sob pena de se atentar contra sua liberdade individual.

Contudo, inúmeras eram as situações que impunham um grande prejuízo ao credor que, detentor de um título, não encontrava meios de impor a sua satisfação, vindo a resolver-se a obrigação em perdas e danos.

Assim, o legislador acabou por positivar uma hipótese de execução específica, na qual encontra o credor, bem como o judiciário, hipótese de coagir o devedor no cumprimento da obrigação, sem, contudo, atentar contra sua liberdade individual, mas atingindo-lhe em seu patrimônio, inserindo-lhe no texto do art. 461 do Código de Processo Civil.

OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

OBRIGAÇÕES DE FAZER

Nas obrigações de fazer o devedor promete um determinado comportamento através do qual ele tanto pode praticar um ato, como realizar um serviço; obriga-se ele à prestação de um fato ou um ato, seu ou de terceiro, perante o credor. De tal atividade humana, lícita e possível, deve resultar um proveito, uma vantagem.

A obrigação de fazer é uma obrigação positiva, pela qual o devedor compromete-se a prestar uma atividade humana qualquer, podendo ser do próprio devedor ou de terceiro, lícita e vantajosa ao seu credor.

O cumprimento forçado da obrigação de fazer implica em atentado contra a liberdade individual.

Pontes de Miranda ensina que se incluem como obrigações de fazer a prestação de serviço, de trabalho, de conservação ou guarda de coisa, de prestar informações, a de comunicar, a de concluir contrato ou outro negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu, a de prestar contas.

Grande importância tem as obrigações de fazer inseridas nos contratos de prestação de serviços dentre os quais entendem incluídos “(a) serviços de função pública (telefonia,

eletricidade, segurança, educação e justiça); (b) serviços de infra-estrutura (assistência, gestão financeira, assessoramento, consultoria, hotelaria, limpeza, transporte, informáticos) e (c) serviços profissionais (profissionais liberais, médicos, advogados, dentistas, artistas, escritores, construtores)”.

Verifica-se, portanto, que podem ser material ou imaterial. No primeiro caso, entende-se que a materialidade se reduz ao fato de ser uma obrigação realizável pelo devedor quanto por terceiro, caso este venha a inadimpli-la. É o caso da construção de um muro, que se não realizada, poderá ser feita por terceiro, à custa do devedor.

As imateriais são também chamadas personalíssimas, ou seja, estão relacionadas às qualidades individuais de quem se obriga, seja por suas aptidões, intelectuais ou artísticas, não esta o credor obrigado a aceitar sua realização por terceiro, caso em que poderá ser fixada multa diária até a realização do ato, ou resolver-se-á em indenização.

Se o descumprimento se der por impossibilidade do cumprimento, poderá resolver-se pura e simplesmente, quando o devedor não concorrer com culpa para o descumprimento, ou poderá ainda implicar em perdas e danos, quando de ato culposo do devedor.

Já em caso da recusa no cumprimento, a situação se modifica. Sendo personalíssima, seja em razão de seus predicados, seja em razão da confiança depositada pelo credor (como nos casos típicos de contratação de determinado médico ou advogado), poderá haver o pagamento de indenização em caso de recusa voluntária. Em não sendo personalíssima, existe a hipótese de se realizar por meio de terceira pessoa a obrigação, exigindo-se o ressarcimento dos prejuízos do devedor original.

Para tanto requererá o credor a citação do devedor para o cumprimento da obrigação, sob pena de o credor requerer, nos próprios autos que seja executada por terceiro, sob as expensas do devedor, ou mesmo, antes da propositura do feito, designar-se terceiro a realização do ato, para posterior ressarcimento, hipótese este contemplada expressamente pelo

atual Código Civil, sendo necessário, contudo, a existência de um conjunto probatório (contratos, notificações, orçamentos, recibos, fotos, etc).

Também é necessário se mencionar a obrigação de prestar declaração de vontade, nos casos em que há um contrato preliminar e o devedor, muito embora comprometido a outorgar um contrato definitivo, recusa-se em fazê-lo, quando então se permite a execução coativa do pré-contrato, cumprindo-se a declaração de vontade pelo magistrado.

Quando a prestação da obrigação de fazer se tornar impossível de ser cumprida, sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação; contudo, se houver culpa daquele, responderá por perdas e danos, conforme art. 248 do CC. Contudo, o Código de Processo Civil admite a exigência do cumprimento da obrigação de fazer, como demonstram os arts. 461 e 632 a 638.

Expressa esse referido art. 461 do CPC que quando se tratar de obrigações de fazer ou não fazer o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou assegurará o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Com isso, só haverá conversão em perdas e danos se o autor assim preferir ou se for impossível a tutela específica ou o resultado correspondente, conforme §1º daquele dispositivo.

OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER

As obrigações de não fazer consistem numa prestação negativa, isto é, num comportamento de abstenção de um ato pelo devedor, o qual normalmente ele poderia praticar, porque lhe seria permitido por lei.

A obrigação de não fazer constitui-se em abstenção, como é a obrigação de fazer, no prisma negativo, razão pela qual se entende que os princípios reguladores são comuns a ambas as espécies.

Esclareça-se que o objeto da prestação deve ser juridicamente possível, posto que se impossível, sequer possuiriam proteção jurídica a reconhecer tal negócio como existente. Ainda, há que se atentar que a licitude não se restringe apenas a ausência de impedimento ou proibição legal, mas também a qualquer restrição à liberdade individual, como a obrigação de não casar, de não professar determinado culto ou religião, obrigações de natureza conflitante aos fins da sociedade, e repugnadas pelo Direito que as considera imorais ou anti-sociais.

Da mesma forma, alerta Pontes de Miranda para a confusão comumente ocorrida entre a obrigação de não fazer e a renúncia ao direito de fazer. Explica que se A e B concordam em que B não venda a casa vizinha a de A, e B vende a terceiro, a venda é válida, pois jamais houve renúncia ao direito, mas apenas obrigou-se a não fazer aquele ato, razão pela qual resolve-se a questão em perdas e danos.

O descumprimento caracteriza pela prática do ato ao qual se obrigou o devedor a se abster, durante certo tempo ou ilimitadamente, autorizando o devedor a exigir o desfazimento do ato pelo devedor, sob pena de ser desfeito as expensas deste, devendo o culpado ainda o pagamento de indenização por perdas e danos, ou seja, faculta-se ao credor exigir a reposição do status quo ante. Pode ainda não optar pelo desfazimento do ato, ou mesmo, pode ser impossível o desfazimento do ato, caso em que cabe o pedido de perdas e danos.

Se o descumprimento resultar de impossibilidade da abstenção sem culpa do devedor, por exemplo, em decorrência de uma ordem judicial ou legal, resolve-se a obrigação.

Havendo culpa, o pagamento de indenização será devida a indenização e a reposição de coisas ao estado original.

MODALIDADES DE EXECUÇÃO

É programado o processo de execução para proporcionar ao credor a satisfação efetiva de seu direito subjetivo, mediante resultados práticos que correspondam à prestação

descumprida pelo devedor, ou que a compensem por equivalentes econômicos. Os atos de satisfação específica, porém, nem sempre são praticáveis pelos agentes do judiciário. Por isso, às vezes, os atos da execução forçada se limitam a realizar a prestação. Nesse sentido, pode-se falar em:

- a) execução própria, que visa resultados materiais satisfativos, diretamente por obra dos agentes executivos estatais; e
- b) execução imprópria, cujos atos não compreendem a realização direta da satisfação do direito subjetivo do credor, mas apenas exercem coação para levar o devedor a adimplir.

Na execução própria, pode acontecer:

- a) a execução específica, mediante entrega do bem devido, in natura;
- b) a execução sub-rogatória, quando se proporciona algo diverso ao credor, mas que equivalha, em sentido prático, à prestação devida, ou que, pelo menos, indenize a falta da prestação específica.

A reforma do art. 461 do Código de Processo Civil se fez com o evidente e confessado propósito de imprimir “novo ritmo e nova eficiência ao processo de execução”, no caso das problemáticas obrigações de fazer e não fazer⁹.

O procedimento inovado da execução se caracteriza pela preocupação de proporcionar, sempre que possível, a execução específica, e, para tanto, são previstos:

- a) medidas sub-rogatórias, as mais variadas, cuja prática imediata, pode até dispensar a *actio iudicati*, proporcionando, ainda dentro do processo de conhecimento, a imediata satisfação do direito do credor;
- b) a “astreinte” — multa diária aplicável, de ordinário, após a sentença, ou antecipadamente, nos casos de relevância da pretensão e do risco de frustração da

⁹ 12 GRINOVER, Ada Pellegrini. *ob. cit.*, p. 29.

- sentença, caso se tenha de aguardar o trânsito em julgado da condenação. Aqui, o procedimento executivo para exigir a multa, será o das execuções por quantia certa;
- c) quando as medidas sub-rogatórias não puderem substituir totalmente a actio iudicati, o juiz poderá servir-se delas para simplificar ou amoldar o complexo procedimento normal das execuções de fazer às peculiaridades do caso concreto;
- d) além da multa, vários meios de apoio podem ser empregados no reforço da tutela específica, utilizáveis tanto na antecipação de tutela como na execução normal após a coisa julgada; meios estes aplicáveis de forma mandamental, de modo a dispensar, a seu respeito, o rito da actio iudicati.

DO CUMPRIMENTO DA EXECUÇÃO COMPULSÓRIA

O art. 878 do CC preceitua: “na obrigação de fazer, o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente.” A infungibilidade decorre da própria natureza da prestação, quando o fato não pode ser realizado senão por aquele que se obrigou.

Sendo a obrigação de natureza fungível, podendo ser executada por terceiro, o credor é livre para determinar sua execução à custa do devedor, em havendo recusa ou mora, ou pedir indenização por perdas e danos (art. 881, CC).

DAS PERDAS E DANOS

São os prejuízos, os danos, causados ante o descumprimento obrigacional. O dano circunscreve-se ao detrimento econômico. Toda vez que alguém sofrer diminuição no seu patrimônio, estará experimentando um prejuízo, sofrendo um dano, que, para existir

juridicamente no direito brasileiro, deve representar uma redução no acervo dos bens materiais.

A idéia de dano surge, portanto, das modificações de estado de bem-estar da pessoa, que vem em seguida à diminuição patrimonial ou perda de qualquer de seus bens originários ou derivados, extrapatrimoniais ou patrimoniais.

A CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal é um pacto acessório, com regulamentação prevista pelo CC brasileiro (arts. 916 a 927), em que as partes, por convenção expressa, determinam àquele que descumprir obrigação contratual, uma pena ou multa no caso de mora (cláusula penal moratória) ou de inadimplemento (cláusula penal compensatória).

A principal finalidade da cláusula penal é reforçar o vínculo obrigacional, com estímulo ao adimplemento contratual através de medida coercitiva ou intimidativa, tendo como finalidade subsidiária a função de pré-liquidar danos justificando tal subsidiariedade ao fato de que nem sempre há correspondência exata entre o prejuízo sofrido pelo credor e cláusula penal.

As funções da cláusula penal são:

- 1) reforçar a obrigação principal, estimulando ou melhor, forçando o devedor a cumpri-la, pontualmente, devido à sanção para o caso de incorrer em mora;
- 2) liquidar previamente a indenização pela mora;
- 3) punir o atraso no cumprimento da obrigação;
- 4) reforçar o direito ao ressarcimento do dano resultante da mora.

DAS CONSEQUÊNCIAS DA INEXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

O art. 879 do CC diz: “se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos”.

TEORIA DO INADIMPLEMENTO

O CC capitulou o problema do inadimplemento no art. 1056 da seguinte forma: “não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devido, responde o devedor por perdas e danos”.

Primeiramente, temos: “não cumprida a obrigação”, isto é, o inadimplemento é completo, donde dever-se apurar a existência ou não, de culpa imputável ao devedor para que dele possamos exigir, ou não, as perdas e danos pelo prejuízo conseqüente.

Em segundo lugar temos no artigo em estudo “ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devido”, que representa o cumprimento incompleto da obrigação, cumprimento defeituosos que, por certo, acarreta prejuízo ao credor, cujo montante será pelo devedor inadimplente.

INADIMPLEMENTO POR CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O ART. 1.058 do CC assim dispõe: “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não os houver por eles responsabilizados, exceto nos casos dos artigos 955, 956 e 957”; parágrafo único: “o caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.”

DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI PROCESSUAL CIVIL QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

Thereza Alvim¹⁰ doutrina que o art. 461 do CPC, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.952, de 1994, leva à conclusão de que, para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, a resposta diversificada é a tutela específica. Hoje está integrada em nossa cultura a idéia de que a tutela específica não fere a dignidade da pessoa humana.

O art. 461 do CPC, em seu *caput*, prevê: “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado equivalente ao adimplemento”.

EXECUÇÃO ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER FUNGÍVEIS E INFUNGÍVEIS

Dilvanir José da Costa¹¹ sintetiza as regras de execução das obrigações de fazer e não fazer da seguinte maneira:

- 1) obrigações *intuitu personae*, se pela convenção ou pelas circunstâncias, o ato deve ser praticado pelo próprio devedor, o credor não é obrigado a aceitar a prestação de um terceiro (art. 878 CC);
- 2) prestação infungível: por outro lado, se a prestação é infungível e só o devedor pode realizá-la, não se pode obrigá-lo ao cumprimento *in manu militari*, havendo recusa do devedor, não se pode exigir dele a prestação pessoal por meio de coação física ou corporal, resolve-se pela conversão da prestação em perdas e danos;
- 3) prestação fungível: execução por terceiro ou opção por perdas e danos;

¹⁰ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461 do CPC. RePro, n. 80, ano 20, p. 103 et seq., out./dez. 1995.

¹¹ COSTA, Dilvanir José das A execução das obrigações de dar, fazer e não fazer no direito brasileiro e no direito comparado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n134, p. 201-202.

4) impossibilidade da prestação: impossibilitando-se a prestação sem culpa do devedor, extingue-se a prestação sem culpa do devedor, extinguindo-se a obrigação de fazer.

Ada Pellegrini Grinover¹², ao analisar o regime de tutela específica das obrigações de fazer, prevista no art. 461 do CPC, é enfática em afirmar que: “o art. 461 aplica-se a todas as obrigações de fazer e não fazer, fungíveis e infungíveis, com a observação de que a tutela específica das obrigações de prestar declaração de vontade continua subsumida ao regime próprio dos arts. 639/641 do CPC, que não sofreram alterações.

EXECUÇÃO ESPECÍFICA NO DIREITO COMPARADO

Darcy Bessone¹³ deixa claro que foi Pothier quem primeiro acenou de forma clara para os novos rumos, prestigiando a fórmula promessa de vente vaut vent, destinada a significar o beneficiário de uma promessa de venda se achava habilitado a transformá-la em venda, invocando o ministério do juiz.

A tutela específica está mais dimensionada nos artigos 1.143 e 1.144 do Código Civil Francês, que prevêm a possibilidade de realizar a obrigação de fazer ou de não fazer independentemente da vontade do devedor.

DIREITO ITALIANO

Dispõe o art. 2.932 do Código Civil Italiano: “se aquele que se obrigou a concluir um contrato não adimplir a obrigação, a outra parte, supondo que seja possível e que não seja excluído do título, pode obter uma sentença que produza os efeitos do contrato não cumprido”.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini, Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. RePro, n.79, ano 20, p. 70.

¹³ POTHIER, Robert Joseph. Apud BESSONE, Darcy. Da compra e venda: promessa & reserve de domínio. 3 ed. São Paulo:Saraiva, p. 101-102.

LINEAMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

Para Marcelo Lima Guerra¹⁴ o código civil brasileiro admite a prevalência da tutela específica, em relação àquela de cunho ressarcitório, tanto nas obrigações de dar, como de fazer ou de não fazer fungível. É que para tais obrigações a lei permite o emprego de meios sub-rogatórios, como ocorre, notadamente, com o art. 881 do CC, que autoriza o credor, nas obrigações de fazer fungíveis, a obter o cumprimento por terceiro, à custa do devedor.

Segundo Tito Fulgêncio¹⁵, no que tange às obrigações infungíveis, “bastaria somente a simples recusa em cumprir a prestação a que estava obrigado, para implicar a solução da obrigação em perdas e danos”.

AÇÃO COMINATÓRIA

O código de processo civil de 1939 em seu art. 999 disciplinava com os esforços mais significativos de garantir a prioridade da tutela específica também de obrigações de fazer infungíveis, com o reconhecimento, ainda que bastante limitado, no início, do poder do juiz de impor medidas coercitivas, traçando regra geral para execução das obrigações de fazer e não fazer.

O art. 1.005 dispõe, para o caso de obrigação que só pode ser executada pelo devedor pessoalmente, que o juiz fixe cominação pecuniária, mas não podendo esta exceder o valor da prestação, é claro que é apenas fixação antecipada, e talvez parcial, das perdas e danos.

A multa prevista no referido art. 1.005 não poderia ser considerada medida coercitiva, seguindo a orientação consagrada pelo Código Civil, de não permitir o uso, pelo órgão

¹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo:RT, P.149 et seq.

¹⁵ FULGÊNCIO, Tito. Do direito das obrigações:das modalidades das obrigações(art. 863-927) Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 129

jurisdicional, de qualquer meio coercitivo pelo juiz, para induzir o devedor a cumprir a obrigação.

TUTELA ESPECÍFICA DO ART. 461 DO CPC

Humberto Theodoro Júnior¹⁶ ao comentar o art. 461 do CPC, teceu as seguintes ponderações no âmbito das obrigações de fazer e não fazer: “1) o pressuposto da concessão da tutela, liminarmente ou mediante justificação prévia, é a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Uma vez concedida, a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, a critério do juiz, através de decisão fundamentada; 2) as providências de reforço da exequibilidade da sentença, relativa às obrigações de fazer, visam garantir a execução específica da prestação devida pelo réu. Podem as medidas ser impostas na sentença final ou em caráter liminar, conforme as circunstâncias da causa”.

A TUTELA ESPECÍFICA NA LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre a defesa do consumidor, veio consagrar:

- 1) a tutela específica ou providência que assegure o resultado prático equivalente, na execução das obrigações de fazer e não fazer;
- 2) a conversão em perdas e danos dessas obrigações somente por opção do credor por impossibilidade da tutela específica ou do resultado prático correspondente;
- 3) a indenização sem prejuízo da multa;
- 4) a possibilidade de tutela liminar;
- 5) a imposição de multa diária ex officio na decisão liminar ou na sentença;

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil anotado. Rio de Janeiro: Forense, p. 196.

- 6) outras medidas visando à tutela específica ou o resultado prático equivalente (busca e apreensão de pessoas e coisas, desfazimento de obra, impedimento de obra nociva e requisição de força policial).

Carlyle Popp¹⁷ diz que: “no art.84 do CDC é clara a preocupação com a tutela específica, a divisão legal é realizada no caput e em cinco parágrafos, possuindo evidente inspiração aperfeiçoada no art. 11 da Lei de Ação Civil Pública”.

O objetivo da presente regra é privilegiar a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente, em perdas e danos.

INCIDÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER OU NÃO FAZER NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

É largo o âmbito de descumprimento de obrigação de fazer e não fazer na relação consumerista. O relacionamento de consumo, formatado a partir da revolução industrial e decorrente da produção massificada de bens, também atingiu o campo da especialização dos serviços, inclusive aos que se associam a venda de produtos.

Assim, é comum encontrar-se lides relativas ao cumprimento específico de oferta anunciada, ou de entrega do produto ou prestação do serviço conforme o anunciado. Ainda, é assaz corriqueira a determinação de abstenção de condutas tendentes a violação dos direitos do consumidor como a inscrição indevida de dados em cadastro de restrições ao crédito, a proibição da colocação em mercado de produtos com alta periculosidade ou nocividade, dentre outras.

Para tanto o art. 844 do Código de Defesa do Consumidor, previu a execução específica para as obrigações de fazer (e foi repetido posteriormente pelo art. 461 do CPC), de modo que foram estabelecidas regras visando a reforçar a efetividade da tutela jurisdicional,

¹⁷ POPP, Carlyle. Execução de obrigação de fazer: tutela substitutiva da vontade nas obrigações negociais de fazer juridicamente infungíveis. Curitiba: Juruá, p. 178-179.

prevendo novas providências a serem adotadas para assegurar o cumprimento das determinações expedidas. Há a possibilidade da combinação de diversos pedidos simultaneamente, como de natureza mandamental (por exemplo, com a abstenção de propaganda enganosa ou abusiva), cominatória (promoção de contrapropaganda), cautelares (retirada do produto do mercado) e ainda condenatória (indenização), entre outros.

Destaca-se no âmbito deste estudo a ocorrência de ordens de caráter mandamental determinando um comportamento de ação ou abstenção, a ser observado sob pena de caracterização de desobediência ao juízo.

Fixado no art. 84 do CDC e repetido pelo art. 461 do CPC, verifica-se que o principal objetivo da astreinte em sede consumerista é assegurar o cumprimento específico da obrigação, de modo a desestimular o fornecedor-devedor a optar pelo simples descumprimento e eventual responsabilidade por perdas e danos posto que esta, numa economia de massa, poderá ser vantajosa economicamente, eis que tal responsabilização passa ser calculada como risco eventual, computado dentro da margem de custo do produto ou serviço, em flagrante desrespeito à boa-fé.

Por esta razão o § 1º estabelece que a conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o consumidor, ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, retirando da esfera de subjetividade do fornecedor a possibilidade de opção pela alternativa que lhe seja mais apazível.

Outro ponto a ser observado é que mesmo quando redundar em indenização, o § 2º, ao se referir ao art. 287 do CPC, incorporou a fixação da astreinte ao sistema processual de consumo, para o fim de assegurar a soberania do juízo, resguardando a autoridade, de forma que a indenização ocorrerá conjuntamente ao pagamento de sanção pelo descumprimento do mandamento judicial.

No § 4º do mesmo artigo, evidencia-se que é possível a antecipação de tutela inerente ao poder do magistrado, independentemente de pedido do autor, se o mesmo entender suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento de sua obrigação. Assim, permite que o juiz proceda, em cada caso concreto, com equilíbrio entre o direito e a execução para sua realização, que deverá demonstrar proporcionalidade e compatibilidade à situação concreta apresentada.

Contudo, dúvidas, surgem quando verificado em um caso concreto a possibilidade de que a oferta de um determinado produto ou serviço seja suspensa via tutela antecipada, por ter causado dano especificamente em um consumidor, cuja prova do dano será feita em momento posterior do processo e que mesmo poderá chegar a não restar demonstrada.

Marinoni esclarece em tais casos, que: “Evidenciado o ilícito praticado e sua probabilidade, e restando apenas o dano para ser demonstrado, o juiz deverá conceder imediatamente a tutela antecipada de remoção e a tutela antecipada inibitória, sem que tenha que pensar em ‘fumus boni iuris’ ou em ‘periculum in mora’. É que essa modalidade de tutela antecipatória exige direito evidente e não apenas direito provável, ou direito que ainda dependa de produção de prova”.

Assim, poderá o juiz proibir a fabricação ou o comércio de determinado produto evidenciado como perigoso ou nocivo à saúde do consumidor, independentemente de sua decisão quanto aos outros pedidos do processo (por exemplo, indenização).

Finalmente, cumpre ainda mencionar que há a possibilidade prevista pelo art. 102 do Código de Defesa do Consumidor de ação inibitória coletiva, tendo por legitimados os descritos no art. 82 do mesmo Código (concorrentemente, MP, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, entidades e órgão da administração pública direta ou indireta, ainda que despersonalizada, especificamente destinada a defesa do consumidor e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano que tenha por fim institucional a defesa dos

interesses protegidos pelo CDC), visando compelir o próprio Estado ao cumprimento de seu dever constitucionalmente estabelecido.

A sentença decorrente desta ação terá eficácia nitidamente mandamental, hipótese em que se procedente, deverá consubstanciar-se numa ordem para que a autoridade realize a providência objeto da demanda, inclusive sob pena de desobediência, em acordo com o artigo 330 do CP.

Assim, verifica-se que a tutela coletiva obriga ao fornecedor, ainda que pessoa jurídica de direito público, e contra a qual, igualmente, poderá ser aplicada a astreinte, nos mesmos moldes a que se aplica ao particular sempre que se fizer necessária a coação financeira como forma de viabilizar o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer.

MEDIDA LIMINAR EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ESPECÍFICA

O parágrafo 3º do art. 461 do CPC estabelece a possibilidade de ser antecipada a tutela específica quando for relevante o fundamento da demanda e houver justificado receio da ineficácia do provimento final. A antecipação será concedida liminarmente ou mediante justificação prévia, podendo a qualquer tempo ser revogada ou modificada.

Entende José Eduardo Carreira Alvim¹⁸ que os pressupostos da medida liminar consistem: “1) na relevância do fundamento da demanda, e 2) no justificado receio de ineficácia do provimento final, já consagrados, aliás, pelo ordenamento jurídico, pois emprestam embasamento à antecipação de tutela na esfera mandamental.”

Os requisitos têm sido identificados, no processo cautelar, com o *fumus boni juris*, sendo este, no dizer de Enrico Tulio Liebman¹⁹, “a provável existência do direito a ser tutelado”.

¹⁸ CARREIRA ALVIM, J.E. Código de Processo Civil Reformado. Belo Horizonte:Del Rey, p. 162-163.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense.

DO PERICULUM IN MORA

Vittorio Gasparini Casari²⁰, diz que: “a expressão *periculum in mora* funciona como elemento para obtenção da prestação jurisdicional, é o interesse específico que justifica a emanção de qualquer medida cautelar”.

FUMUS BONI JURIS

Para Betina Rizzato Lara²¹, a expressão *fumus boni juris* significa “fumaça do bom direito, isto é, a existência de um direito aparente. O que se analisa verdadeiramente é se existe a chance de que o requerente da medida cautelar tenha êxito no processo principal ou de que o requerente da liminar tenha êxito no processo cautelar”.

Trata-se de tutela cautelar embutida no próprio processo cognitivo. Na verdade cuida-se de antecipação de tutela específica, dado que o conteúdo do provimento liminar é substancialmente idêntico ao que resultaria da sentença de mérito.

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 273 DO CPC

Aplicável a restrição do §2º do art. 273 do CPC: “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Trata-se de princípio de natureza constitucional, de manutenção de direito de contraditório e de ampla defesa, que estaria irremediavelmente comprometido se, por força da irreversibilidade da medida, ficasse consagrada a vitória, no plano prático, da parte autora.

Medida que antecipa tutela de obrigação de fazer e não fazer corre por conta do requerente, é mais uma razão para justificar a exigência de caução para garantia de ressarcimento de danos ou de despesas eventualmente decorrentes da revogação da medida e da conseqüente necessidade de reposição dos fatos ao estado anterior.

²⁰ CASARI, Vittorio Gasparini. *Introduzione allo Studio della tutela cautelare. Moderna: STEM/ Mucchi.*

²¹ LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil.* São Pulo: RT, v. XXVI, P. 102.

QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

Barbosa Moreira critica o termo tutela antecipatória por sustentar que a expressão não encontra amparo no direito positivado (que, de fato, não a utiliza) nem na gramática, visto que se por tutela se entende a “proteção dispensada ao litigante”, é intuitivo que ela não pode constituir o sujeito, mas apenas o objeto da antecipação. Como objeta o autor “a tutela não antecipa seja o que for; pode, isso sim, ser antecipada pelo juiz ou por decisão que este profira”.

Com efeito, genericamente, as terminologias tutela antecipada, antecipação da tutela, provimento antecipatório ou decisão antecipatória parecem mais adequadas, visto que só o provimento ou decisão efetivamente antecipam algo, no caso, a própria tutela pretendida, entenda-se esta como o tipo de proteção pedida ao Estado-juiz, ou como os efeitos práticos dessa proteção.

Contudo, não há como negar que o termo criticado pelo eminente processualista carioca já se difundiu no meio jurídico, consagrado que foi pela melhor doutrina, com um sentido próximo ao de provimento, freqüentemente utilizado na comparação com a tutela cautelar. A jurisprudência também faz uso da expressão, muito embora com menos freqüência que das demais.

AS DUAS ESPÉCIES DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, SUAS CARACTERÍSTICAS E AS DISTINÇÕES FRENTE À TUTELA CAUTELAR

Há duas espécies de antecipação de tutela no direito brasileiro: (1) a concedida contra o perigo de perecimento do direito (ou, nos termos da lei, de “dano irreparável ou de difícil reparação” ou de “ineficácia do provimento final”), denominada tutela antecipada de urgência

ou simplesmente tutela de urgência (que em muitos dispositivos legais aparece prevista sob o nomen juris de ‘liminar’), e (2) aquela concedida com fundamento não no perigo de perecimento do direito, mas na necessidade se redistribuir o ônus do tempo no processo quando o direito do autor se mostra incontroverso ou provável e, nesse caso, o réu abusa de seu direito de defesa, denominada de tutela antecipada de evidência ou tutela de evidência, por força do uso que vem consolidando Luiz Guilherme Marinoni, embora melhor se pudesse denominar tutela antecipada pura, dado que o fundamento da antecipação é tão-somente um juízo de valor sobre o próprio direito do autor. Como se vê, descabe falar de antecipação de tutela exclusivamente com um gênero das tutelas de urgência.

Resumidamente, pode-se dizer que a tutela de urgência encontra seus requisitos nos vários dispositivos legais que tratam das liminares (de regra o “relevante fundamento da demanda” e o “risco de ineficácia do provimento final”, como consta do §3º do art. 84 do CDC, aplicável à tutela dos interesses coletivos, e à tutela específica em geral, ou do art. 461 do CPC), e no art. 273, *caput*, e inciso I, do CPC, para todas as demais hipóteses. Já a tutela de evidência é regulada exclusivamente pelo art. 273 do CPC, constando seus requisitos do inciso II (combinado com o *caput*) e do §6º.

Uma outra importante característica distintiva é o tipo de cognição que se exige para concessão de cada uma das antecipações de tutela referidas, ensejando diferentes conseqüências quanto à duração do provimento no tempo. Enquanto para a tutela de urgência basta a cognição sumária fazendo com que aquela seja necessariamente provisória; a tutela de evidência, via de regra (ao menos no que se refere àquela concedida com base no §6º do art. 273) decorre de cognição exauriente e, por isso, tende a ser permanente.

Importa agora distinguir a tutela antecipada de urgência da tutela cautelar, também esta uma espécie de tutela de urgência de duração provisória e decorrente de cognição sumária. Cautelar é garantia, antecipação é satisfação. Equivale dizer, a tutela cautelar

destina-se a assegurar a viabilidade de um provimento final; é, pois, instrumental ao processo. A tutela antecipada, ao revés, é satisfativa, está relacionada à usufruição, pelo titular, do bem da vida em si ou à proteção desse mesmo titular frente aos riscos ou danos que venha a sofrer pela falta do bem ou pela impossibilidade de vir a usufruí-lo no futuro.

PRESSUPOSTOS PARA ANTECIPAR TUTELA COM BASE NO §3º DO ART 461 DO CPC

O art. 461 do CPC trata da concessão da tutela por liminar ou mediante justificação prévia, citado o réu. Supõe a lei dois requisitos para que tal ocorra: 1) relevância dos fundamentos e 2) risco de ineficácia do provimento final.

TUTELA EXECUTIVA

Para a efetivação plena das sentenças condenatórias proferidas em relação as obrigações de fazer ou de não fazer, o caminho tradicional oferecido pelo Código é a execução específica de fazer e de não fazer.

Os meios de coação objetivam alcançar a execução específica mediante atividade do próprio devedor, caracterizam-nos, contratualmente, a estipulação da cláusula penal, a fixação de multa para o caso de inadimplemento etc. e, legalmente, as sanções pecuniárias exasperadoras que a lei autoriza sejam impostas, mesmo que não pactuadas, genericamente chamadas de astreintes.

Envolvendo um estudo de fundo consistente na relação entre direito material e direito processual, observa-se uma aparente contradição entre esses ramos do Direito. Se de um lado o direito material restringiu-se em estipular, conforme a fungibilidade da obrigação e a culpa do devedor, uma responsabilização por perdas e danos, de outra parte, o ordenamento processual deu preferência ao exato cumprimento da obrigação, pois assegura a tutela

específica ou um resultado semelhante ao adimplemento, inclusive possibilitando o uso de medidas coercitivas, tais como as astreintes, para chegar no cumprimento da prestação. Dessa forma, há indícios de que o estatuto processual dedicou maior proteção ao credor, buscando assegurar o exato cumprimento da obrigação.

ASTREINTES

As astreintes correspondem, a multas cominatórias, cuja finalidade primordial é a de promover a efetividade de alguma decisão judiciária, sendo-lhes afastada qualquer natureza indenizatória.

Destarte, as multas periódicas vêm associadas ao instituto do contempt of court, considerando que o descumprimento de ordens judiciais importa insubordinação à autoridade da decisão e não só lesão ao credor. Bem assim, chama-se atenção para esta dupla finalidade das astreintes, proporcionar a satisfação do direito do credor e garantir a autoridade das decisões judiciais.

Da sua natureza cominatória e instrumental, ou seja, de forçar o adimplemento da obrigação principal, resulta a sua cumulatividade com esta, vez que existe para pressionar a cumprir, não para substituir o adimplemento. Desse modo, o pagamento das multas periódicas não extingue a obrigação descumprida nem dispensa o obrigado de cumpri-la.

Sendo assim, tendo como função primordial vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa, além de garantir a autoridade das decisões judiciais, devem as astreintes incidir a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância em cumprir o decisum.

Neste sentido, a lição de Nelson Nery Júnior in “Código de Processo Civil Comentado”: “Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz”.

A astreintes é nobilíssimo instrumento na incansável luta pela efetividade do processo e pela concretização do objetivo maior da nossa República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, respeitante de preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana.

SENTENÇAS QUE CONDENAM A PRESTAR OBRIGAÇÃO DE FAZER EM SENTENÇA MANDAMENTAL

Nem todas as sentenças emanadas de um processo de conhecimento, que sujeite o réu a adotar uma determinada conduta, consistente em uma obrigação de fazer ou não fazer, serão, necessariamente, condenatórias, de tal sorte que a execução do julgamento dará origem a um processo autônomo para cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer.

Nosso código limita o campo das execuções de fazer e não fazer ao direito das obrigações (livro II, título II, capítulo III), referindo-se, nos arts. 632 e 642, novamente às obrigações de fazer e aos obrigados a uma abstenção.

MULTA COMO DESESTÍMULO À RECALCITRÂNCIA DO EXECUTADO: ATUAÇÃO SOBRE A VONTADE

As multas diárias podem ser impostas pelo juiz independentemente do pedido do autor, sempre buscando o oferecimento de tutela específica. Diz a lei, a propósito da multa e de sua graduação: “se for suficiente ou compatível com a obrigação fixando-lhe prazo razoável para cumprimento da obrigação.”

A multa contratual e a imposta pelo juiz, conquanto tenham o mesmo objetivo, diferenciam-se no que tange à sua estrutura e a sua função imediata. A multa contratual é o mecanismo de direito material; já a multa que o juiz impõe é um mecanismo processual destinado a garantir a efetividade da ordem emitida pelo órgão jurisdicional”.

A MULTA E A TUTELA ESPECÍFICA QUE IMPÕE UM FAZER FUNGÍVEL

A inibitória pode implicar em ordem a um fazer fungível. A doutrina brasileira, posterior à reforma de 1994, tem admitido o uso da multa no caso de prestação fungível, como se infere das recentes lições de Ada Pellegrini Grinover²² e Carreira Alvim²³. O art. 461 é voltado a permitir a efetividade da tutela específica, independentemente da prestação devida. Lembre-se que o art. 461, no seu § 4º, afirma que o juiz poderá, na sentença ou na tutela antecipatória, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação.

A MULTA DIÁRIA PREVISTA NO §4º DO ART. 461 DO CPC

A sanção pecuniária disciplinada no §4º do art. 461 do CPC, tratada por multa diária é um dos principais meios executivos à disposição do órgão jurisdicional para alcançar a efetividade da decisão inibitória.

Através da multa diária, impõe-se ao sujeito passivo a ameaça de ser obrigado a pagar um valor pecuniário determinado, acumulável diariamente, em caso de recalcitrância no cumprimento da ordem judicial.²⁴

De outro ângulo, representa um contra-estímulo²⁵ à violação da decisão judicial. Se o réu poderia obter vantagens com a prática do ato antijurídico, em desobediência à ordem

²² “Os ordenamentos processuais cunharam um sistema de sanções pecuniárias, representativas das medidas coercitivas, concebidas para induzir o devedor a cumprir espontaneamente as obrigações que lhe incumbem, principalmente as de natureza infungível” (Ada Pellegrini Grinover, Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. Reforma do Código de Processo Civil, cit., p. 255- 256).

¹⁶ “Se o que se busca por meio da multa é atuar sobre a vontade do devedor, constringendo-o psicologicamente a cumprir o preceito, resultando em proveito do credor, não vejo por que não possa a sanção pecuniária ser cominada também às obrigações de fazer fungíveis, pelo só fato de poder tal obrigação ser executada por terceiro”(J.E. Carreira Alvim, Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 176).

²⁴ Sobre o conceito de sanção pecuniária ou multa diária, v. João Calvão da Silva, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, p. 393 e SS.; Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale, p. 176; Marcelo Lima Guerra, Execução indireta, p. 188; Araken de Assis, Manuel do processo de execução, p. 420.

inibitória, a ameaça da sanção pecuniária tem por escopo retirar estas vantagens, demonstrando ao sujeito passivo que é mais interessante cumprir a ordem do que violá-la.

Pela imposição da sanção pecuniária pode-se alcançar a inibição do ato ilegal pela conduta do próprio réu, concedendo-se ao autor a tutela preventiva e específica de seu direito, sem a necessidade de se recorrer a meios sub-rogatórios que conduzam a resultado prático equivalente ao adimplemento. É a forma mais econômica e eficaz de outorgar ao autor tudo aquilo que ele tem direito de conseguir.

NATUREZA JURÍDICA

A multa diária é um meio de constrangimento decretado pelo juiz, destinado a determinar o comportamento do réu no sentido de obedecer à ordem judicial.²⁶

A imposição da multa diária tem por função dar maior eficácia ao processo, além de preservar a autoridade do juiz e o prestígio da justiça.²⁷

Todos os resultados que garantam a realização integral do direito consagrado pelo ordenamento jurídico, são de interesse do Estado, primordialmente. É do dever do Estado assegurar a eficácia de suas decisões, dever este consagrado constitucionalmente.

Possui a multa cominatória caráter público e processual. A tutela de uma obrigação processual, inconfundível com a de direito material que é causa do litígio, operada pela aplicação da multa cominatória fica clara se atentarmos ao fato de que o pagamento dos valores derivados da incidência das astreintes em nada afeta o direito substancial da parte.²⁸

²⁵ Barbosa Moreira, A tutela específica do credor nas obrigações negativas, Revista Brasileira do Direito Processual 20, p. 71.

²⁶ O STJ já se manifestou nesse sentido, por meio de sua 4ª T., no julgamento de REsp 123.645/BA, DJU 10.12.1998.

²⁷ Sobre a questão, remetemos o leitor ao Capítulo 1, item 1.1, deste trabalho, onde o tema é melhor tratado.

²⁸ Cândido Dinamarco, Execução civil, p. 102: "A boa compreensão do objetivo com que instituídas as astreintes no direito brasileiro leva a excluir o absurdo de considerá-las substitutivas da própria obrigação, considerando-se extinta esta quando pagas aquelas".

O art. 287 do CPC, deixa explícito em sua redação que a multa diária é “para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela”.

A aplicação da multa diária deve realmente possuir potencialidade de influenciar a vontade do réu e determinar a sua conduta no sentido desejado pela ordem judicial. Assim é que se revelará incabível a aplicação da multa cominatória em que o réu for pessoa insolvente, ou de poucos recursos.

Se a violação já estiver definitivamente consumada, não haverá mais razão para se impor multa cominatória, já que não mais se encontra alcançável a tutela específica do direito, irremediavelmente violado.²⁹

A imposição de multa diária consiste basicamente em uma condenação para o futuro, de caráter pecuniário.³⁰

Trata-se de decisão condenatória para o futuro porque impõe ao réu, desde logo, sanção para o caso de futura violação da obrigação de cumprir a ordem judicial. Mesmo sem que tenha ocorrido a violação da obrigação, já fica prevista e estabelecida a sanção correspondente, outorgando-se ao autor da demanda um título executivo, de natureza judicial, idôneo a fazer surgir atividade executiva tendente a cobrar os valores referentes à multa.³¹

Advertindo-se o réu previamente sobre as conseqüências a que estará sujeito em caso de violação da obrigação de atender ao comando judicial, aumentando-se a coerção psicológica sobre o sujeito passivo para que a atenda.

Tem por objeto de prestação o pagamento de soma em dinheiro, recaindo sua execução sobre os bens do devedor, e não sobre sua pessoa.

²⁹ Araken de Assis, Manual do processo de execução, p. 426.

³⁰ João Calvão da Silva, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, p. 397. Kazuo Watanabe também reconhece a natureza condenatória da decisão impositiva da multa diária, sem afirmar, contudo, que se trata de condenação para o futuro, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, Reforma do Código de Processo Civil, p. 43. Pontes de Miranda afirma se tratar de uma “condenação eventual”, querendo com isso expressar a mesma idéia de condenação para o futuro, Comentários ao Código de Processo Civil, T. XIII, p. 325.

³¹ Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale, p. 181-182.

FIXAÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA

Pedido e imposição “ex officio”, por se tratar de medida afeta ao poder jurisdicional, tendente a assegurar a efetividade do processo, a imposição de multa cominatória ao réu independe de pedido explícito da parte autora.³²

Momento de imposição, no que concerne ao momento de imposição de multa cominatória, o legislador não foi feliz na sua redação do citado dispositivo legal. De sua letra pode se pensar que a fixação só pode ocorrer nas duas ocasiões apontadas, isto é, no ato de concessão da liminar, ou na prolação da sentença de procedência, quando a possibilidade é mais extensa.

No entanto pode ocorrer de o juiz conceder a medida liminar pleiteada, mas não impor, na mesma ocasião, a multa pecuniária. Acaso se revele a recalcitrância do réu no atendimento à ordem, e revelando-se ainda possível a tutela inibitória do direito alegado em juízo, pode e deve o magistrado, por meio de nova decisão interlocutória, impor a multa cominatória ao réu.

Fixação de prazo para cumprimento deverá o magistrado fixar prazo razoável para o cumprimento do preceito.

É ato que fica ao critério do juiz, que deverá levar em consideração a natureza da obrigação e a urgência da tutela pretendida, a fim de avaliar a compatibilidade da fixação de prazo para cumprimento do preceito.

Não constando da decisão qualquer referência a prazo para o cumprimento da ordem, nela não haverá nada de irregular. Não tendo sido estipulado prazo para atendimento do

³² Nesse sentido, v. acórdão do STJ, proferido no REsp 201.378/SP, por meio do qual se afirmou que as astreintes podem ser fixadas pelo juiz de ofício, sendo irrelevante o fato de o réu ser pessoa jurídica de direito público.

preceito jurisdicional, o seu cumprimento deverá ser imediato, sendo obrigatório a partir do momento da intimação da decisão, podendo a multa incidir a partir desta data.

A obrigação imposta ao réu pela liminar ou sentença pode ser complexa, praticamente impossível de ser realizada de imediato, hipótese em que a dilação de prazo mostra-se inarredável.

Valor da multa cominatória: tendo-se em vista a finalidade coercitiva da multa cominatória é que deve ser atribuído o seu montante.

A análise da capacidade econômica do réu é fundamental.^{33 34} O magistrado não deve ficar com receio de fixar a multa em valor muito elevado, pensando no pagamento, pois o objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas sim obrigá-lo a cumprir a ordem judicial. Por isso, a multa deve ser significativamente alta.

Multa diária e multa fixa: apesar de o dispositivo legal que prevê a multa cominatória só se referir à multa diária, este não é o único caráter temporal que a mesma pode assumir.

Mas ao tratar-se de violações instantâneas, que consumam a lesão do direito em um único ato, a aplicação diária da multa cominatória mostrar-se absolutamente incompatível e inadequada.

Naqueles casos em que a violação é instantânea, só será compatível a imposição de multa fixa, ou seja, de multa incidente em um único momento de violação à ordem.³⁵

E justamente por incidir em um único momento, o valor da multa fixa será, em regra, mais elevado do que se fosse imposta multa diária.

³³ Nesse sentido, ver Carreira Alvim, Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual, p. 115-116; Eduardo Talamini, ob. Cit., p. 154; Marcelo Lima Guerra, Execução indireta, p. 191-193; Luiz Guilherme Marinoni, Tutela inibitória, p. 175-176.

³⁴ Neste sentido existe previsão expressa do Código de Processo Civil e Comercial argentino, em seu art. 37, última parte: "Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias, compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan SUS mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones cominatórias a terceros, em los casos em que La ley lo establece. Las condenas se graduarán em proporción AL caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder".

³⁵ Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Tutela inibitória, P. 177.

MODIFICAÇÃO E REVOGAÇÃO DA MULTA

A possibilidade de modificação do valor da multa cominatória: pode ocorrer que a multa cominatória inicialmente fixada pelo juiz não surta os seus efeitos inibitórios, em razão de verificada recalcitrância do réu ao cumprimento da ordem. Abre-se, então, a possibilidade de o magistrado majorar, por decisão interlocutória, o valor dado inicialmente à multa, buscando com isso dar-lhe maior força coercitiva e alcançar a prestação do réu.

É possível a diminuição do valor da multa, se for verificado, por exemplo, o cumprimento parcial da ordem, ou que ela se tornou, por alguma razão, desnecessariamente excessiva.

Com a reforma do CPC promovida pela Lei 10.444/2002 é que se fez constar em seu art. 461, §6º deste artigo, que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

A modificação do valor da multa deve estar suficientemente fundamentada na modificação da situação fática que a enseja,³⁶ e a verificação de sua insuficiência ou excessividade assim pode ser considerada.³⁷

Modificação do valor após o trânsito em julgado: nem mesmo o trânsito em julgado da decisão que tenha fixado a multa cominatória em determinado valor impede a sua posterior modificação, na fase de execução do julgado.

O valor da multa poderá ser alterado, independentemente de provocação da parte interessada, para que melhor se adapte ao novo contexto do litígio e para que melhor surta os efeitos inibitórios.

Não ocorre aqui violação à coisa julgada, mas apenas e mais uma vez, adequação do decisum à situação fática atual. Isto é possível em virtude da aplicação da cláusula rebus sic

³⁶ Marcelo Lima Guerra, Execução indireta, p. 196; Eduardo Talamini, Tutelas mandamental e executiva *latu sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, §3º, do CPC, p. 154.

³⁷ Thereza Alvim, A tutela específica do art. 461, do CPC, P. 110.

stantibus de que se reveste a decisão na parte que fixa o valor da multa diária.³⁸ Então essa multa pode ser alterada retroativamente, conforme entendimento do STJ.

Revogação da multa cominatória: os arts. 461 do CPC e 84 do CDC também não tratam da possibilidade de revogação da multa cominatória. No entanto, a análise de sua natureza e regime não permite outra conclusão, senão a afirmativa.

Se no transcorrer do processo o magistrado verificar que a multa anteriormente fixada não é mais instrumento hábil para se alcançar a tutela inibitória pleiteada, deve revogá-la, pois sua incidência deixa de possuir a causa que lhe dá sustentação.

EXIGIBILIDADE E COBRANÇA DE MULTA

Momento de incidência e de exigibilidade: a imposição de multa cominatória tem por função precípua resguardar a efetividade do processo. A multa cominatória tem eficácia a partir do momento em que o cumprimento do comando judicial, ao qual se relaciona, passa a ser devido. Em regra, este momento é o da intimação da medida liminar ou da sentença de procedência não submetida ao efeito suspensivo da apelação.

É possível que o dever de cumprimento da ordem judicial não coincida com a intimação da mesma, é que o §4º do art. 461 permite ao juiz fixar prazo razoável para o cumprimento do preceito, quando então a pena pecuniária só ganha eficácia após transcorrido o lapso temporal determinado.

Em todo caso, os valores da multa passam a ser devidos desde o momento em que for constatado o não cumprimento do preceito judicial pelo réu, podendo, desde logo, ser cobrado

³⁸ Nelson Nery Junior, Código de Processo Civil comentado, nota 12 ao art. 461, p. 911; Marcelo Lima Guerra, Execução indireta, p. 195-196; Thereza Alvim, A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil, P. 110.

judicialmente em execução definitiva, sem que haja a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da eventual sentença de procedência.³⁹

Ação adequada para cobrança: no que diz respeito à cobrança judicial dos valores devidos em virtude da incidência da multa pecuniária, é pacífico em doutrina e jurisprudência que o meio adequado é a execução por quantia certa, fundada em título executivo judicial, regulada pelo art. 475- J e SS. do CPC.⁴⁰

A titularidade do crédito decorrente da multa: questão que se revela importante analisar é a concernente à titularidade do crédito decorrente da multa, que possui direta influência na legitimidade ativa de sua execução.

Mesmo no direito francês, no qual existe expressa previsão legal destinando os valores da multa cominatória ao autor da demanda, tal disciplina não é isenta de críticas. Argumenta-se que tal procedimento, se não pode ser caracterizado como enriquecimento ilícito ou sem causa, configura-se, ao menos, como um enriquecimento injusto do autor.⁴¹

A pressão psicológica que a multa exercerá sobre o réu será tanto maior quanto for a possibilidade de que o crédito dela derivado seja rápido e rigorosamente executado, não existindo melhor garantia para que isto ocorra do que colocando nas mãos da parte que tem interesse imediato no atendimento da ordem judicial o direito ao crédito e a legitimidade para executá-lo.⁴²

³⁹ Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), p. 367; William Santos Ferreira, Tutela antecipada no âmbito recursal, p. 186.

⁴⁰ Entre outros, ver Eduardo Talamini, Tutelas mandamental e executiva *latu sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, §3º, do CPC, p. 159; Marcelo Lima Guerra, Execução indireta, p. 205.

⁴¹ François Chabas, Astreinte, apud Marcelo Lima Guerra, Execução indireta, p. 122-123.

⁴² Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, p. 258

A MULTA POR ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Ato atentatório ao exercício da jurisdição é a criação de embaraços à efetivação das ordens judiciais ou o seu não cumprimento com exatidão, independentemente de serem decisões antecipatórias ou finais, ficando o responsável sujeito ao pagamento de multa de até 20% do valor da causa.

Diferentemente do que se passa com a multa diária prevista no §4º do art. 461, a multa prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC representa uma sanção que deve ser aplicada quando já tiver ocorrido o desrespeito à ordem judicial, ou na terminologia empregada pelo legislador, sempre que ficar caracterizada a prática de ato atentatório ao exercício de jurisdição. É nítida, portanto, a sua natureza punitiva.⁴³

O valor da multa dependerá da avaliação a ser realizada pelo magistrado sobre a gravidade da conduta do responsável. Esta gravidade está intimamente ligada com a eficácia da decisão. Isto é, acaso a desobediência ou embaraço tenha tornado impossível o atendimento posterior da ordem, em tempo hábil e de forma suficiente para satisfazer o direito nela reconhecido, o ato atentatório ao exercício da jurisdição terá tido uma maior gravidade do que aquele que ainda permite a realização eficaz da decisão e a tutela do direito por ela protegido.⁴⁴

A multa pelo ato atentatório poderá variar entre 1 a 20% do valor da causa, sendo este o teto máximo fixado pelo legislador para as condutas de maior gravidade. A multa de que ora se trata não é progressiva, isto é, não tem os seus valores cumulados dia a dia pela desobediência contínua.

⁴³ Neste sentido, José Rogério de Cruz e Tucci, Lineamentos da nova reforma do CPC, p. 28.

⁴⁴ Neste sentido é a opinião de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil, p. 30-31.

O ato atentatório ao exercício da jurisdição pode ser um único ato isolado, ou consistir em atos contínuos ou repetidos, mas a multa será uma só para a desobediência ou embaraço caracterizado em face de determinada ordem judicial, significando isto que os valores fixados pelo juiz ao impor a multa do parágrafo único do art. 14 não se multiplicarão pelas vezes que a desobediência a esta ordem for praticada.

Ao impor a multa, deverá o magistrado fixar o prazo para seu pagamento, prazo este que só começará a correr após o trânsito em julgado da decisão, seja ela de procedência ou improcedência.

O contraditório e a ampla defesa sobre o ato atentatório ao exercício da jurisdição poderão ser adequadamente concretizados pelas vias recursais.⁴⁵

Sendo a multa imposta na sentença, o recurso apropriado será, evidentemente, o de apelação. Sendo fixada através de decisão interlocutória, acreditamos que a via adequada seja a do recurso de agravo de instrumento.

DESCABIMENTO DA PRISÃO COMO MEDIDA COERCITIVA

A prisão do réu que se recusa a cumprir a ordem judicial não pode ser realizada, esse é o entendimento majoritário.

MEDIDAS DE APOIO NA CONSECUÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

O alvo dessas medidas continua sendo a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, que são as medidas fim; as tendentes a tornar possível esse resultado, elencadas de forma exemplificativa no parágrafo 5 do art. 461 do CPC, são meras medidas meio.

⁴⁵ Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC, p. 38; José Rogério Cruz e Tucci, Delineamentos da nova reforma do CPC, p. 29-30.

O USO DA TUTELA INIBITÓRIA NO BRASIL: A RELEVÂNCIA DO ART. 461 DO CPC

A tutela inibitória constitui uma tutela específica. O art. 461 do CPC permite que o juiz, ao conceder a tutela específica (final ou antecipatória), imponha multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor. O art. 461, portanto, é a base, no Código de Processo Civil, da tutela inibitória, pois não só permite ao juiz dar ordens, como também admite que o juiz, de ofício, imponha multa diária visando ao adimplemento.

O direito à adequada tutela jurisdicional, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República, corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A tutela inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na dignidade da pessoa humana e que se empenha em realmente garantir, e não apenas em proclamar, a inviolabilidade dos direitos da personalidade.

O PODER DECISÓRIO DO JUIZ E O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

Se o juiz está autorizado, em face de uma ação inibitória, a conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento, ele está submetido ao princípio da necessidade e, desta forma, impedido de conceder uma tutela que, embora apropriada para fazer cessar o ilícito, mostre-se excessiva em relação ao réu, por ser viável o uso de um meio capaz de trazer um menor gravame à sua esfera jurídica.

O PODER DECISÓRIO DO JUIZ E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Há um direito à adequada tutela jurisdicional constitucionalmente garantido. O art. 461 do CPC constitui uma resposta à necessidade de uma efetiva tutela das obrigações de

fazer e de não fazer, na medida em que o juiz pode conceder a tutela específica ou o resultado prático equivalente ao adimplemento, demonstrando uma inegável intenção de viabilizar a tutela efetiva e adequada dos direitos e, de ofício, fixar a multa ou determinar as chamadas medidas necessárias, que consagram não só a possibilidade do deferimento da tutela de remoção do ilícito (executiva) no lugar da tutela inibitória (mandamental) e vice-versa, mas também a autorização para a conversão de uma obrigação em outra em nome da efetividade da tutela dos direitos.

TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO-FAZER

JURISDIÇÃO

O termo jurisdição, que etimologicamente significa expressão ou dicção do direito, provem da fusão dos termos latinos juris (direito) e dictionem (do verbo dicere: ato de dizer ou expressão).

Chiovenda conceitua a jurisdição como "a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva"⁴⁶.

Dinamarco define a atividade jurisdicional como a realização de uma "função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos".⁴⁷

⁴⁶ Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, Vol II, Ed. Bookseller, 3ª ed., p. 08.

⁴⁷ Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, Vol. I, Ed. Lumen Juris, 7ª ed., p. 309.

Em complemento aos conceitos de Chiovenda e Dinamarco, Alexandre Freitas Câmara, enfatizando as três funções da atividade jurisdicional (cognitiva, cautelar e executiva) relativamente ao direito material, aduz ser a Jurisdição "a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática".⁴⁸

TUTELA JURISDICIONAL

Com a criação e instituição do Estado de Direito vem conseqüentemente a vedação da autotutela, proibindo qualquer pessoa utilizar-se de suas próprias mãos para realizar a efetividade de seus direitos.

Na existência de uma possibilidade de utilização de justiça privada pessoal seriam geradas intranquilidade e comprometimentos a vida social, trazendo conseqüências no resultado prático, fazendo com que nem sempre quem possua o direito seja a parte vitoriosa.

Sempre quando do surgimento de conflito de interesses, o direito disposto deve ser amparado pelo ordenamento jurídico e a justiça que deve vir à tona é aquela que emerge dos valores sociais, expressados na Constituição Federal e nas Leis, não devendo a nenhum momento ser acostados nos interesses e forças dos próprios sujeitos dos conflitos.

É o resultado prático alcançado por quem tenha razão. Quem depois do processo tem razão, pode obter um determinado resultado prático que é denominado tutela jurisdicional.

Marinoni⁴⁹ encara o significado do termo tutela jurisdicional sob dois enfoques: o da técnica processual – "conjunto de meios processuais estabelecidos para que o resultado do

⁴⁸ Idem, p. 70

⁴⁹ Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Específica, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 61

processo possa ser obtido"; e o da efetividade ou eficácia do processo - o resultado que o processo proporciona no plano do direito material" (tutela jurisdicional stricto sensu).

É o produto do processo.

Existe uma acepção mais ampla de tutela jurisdicional, que seria o conjunto das regras processuais para efetivar um direito. Nosso enfoque está voltado ao resultado prático a quem tenha razão, ou seja, a efetividade real do processo.

A tutela jurisdicional não se confunde com direito de demandar ou direito à administração da justiça decorrente do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), o qual por sua vez não se difere substancialmente do direito de petição exercido pelo particular perante a autoridade administrativa (art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal), de natureza incondicional; nem tampouco com o direito à prestação jurisdicional - condicionado à existência de certos requisitos (condições da ação) cuja presença é aferida pela análise da relação de direito material assim como deduzida pelo autor (teoria da asserção), que se realiza com o pronunciamento judicial definitivo que soluciona o conflito de interesses trazido a juízo, quer seja ele favorável ao demandante ou ao demandado⁵⁰.

O processo como instrumento de efetivação da atividade jurisdicional deve ter como objetivo a realização prática do direito material aplicável ao caso sub judice. Em caso de improcedência da ação, tal desiderato é alcançado tão-somente pela declaração de inexistência da relação de direito material a ser tutelada. Contudo, na hipótese de procedência da ação tal

⁵⁰ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, Ed. Malheiros, 2ª ed., passim.

fim só é alcançado quando o provimento jurisdicional objeto do processo produz no mundo fático os efeitos almejados pelo autor ao deduzir sua demanda⁵¹.

Nesse sentido, podemos falar que a tutela jurisdicional só é obtida pelo vencedor da demanda (seja ele autor ou réu) e consiste na hipótese de procedência da ação, na entrega ao demandante do bem da vida por ele postulado (pedido mediato).

Nesse sentido, Dinamarco⁵²: “Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição”.

CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Preventiva é a tutela jurisdicional que tem por objetivo evitar a prática ou a consumação do ilícito ou do dano. Visa impedir a consumação ou a ocorrência do ilícito ou do dano. A tutela preventiva é, inclusive, garantida constitucionalmente.

A tutela repressiva é a tutela para punir, recompor o ilícito ou o dano, para reprimir ou para reparar o dano. Ela é posterior ao ilícito ou ao dano, é punitiva, sancionadora.

Não são tutelas que se contrapõe, uma não é o oposto da outra, elas convivem.

Tutela da urgência é a tutela da situação de perigo. Sempre que se obtém uma proteção por uma situação de perigo, tem-se uma tutela de urgência.

⁵¹ Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I, Ed. Malheiros, 4ª ed., p. 104-108.

⁵² Idem, p. 104-105.

Tutela da evidência é a tutela dos direitos que se apresentam em juízo com mais clareza que outros. Tutela da evidencia é a tutela do direito que tem um lastro probatório robusto.

Os direitos que se apresentam mais claramente em juízo devem ser tratados de forma diferente daqueles que exigem perícias.

Acontece que, em vários momentos, o legislador permite tutela antecipada, e, quase sempre, para conceder a tutela antecipada tem que se provar o perigo e a verossimilhança (urgência e evidência).

Mas, nem sempre, a urgência e a evidência se apresentam conjuntamente.

A tutela antecipada pelo abuso do direito de defesa é uma tutela de evidência, pois tem que se provar a verossimilhança e o abuso de direito de defesa. Não é necessário provar o perigo. É uma tutela antecipada só da evidência, pois para haver urgência tem que haver perigo.

A produção antecipada de prova é uma tutela de urgência, pois na produção antecipada de prova só há urgência, pois só é preciso demonstrar o perigo. Até mesmo porque, tanto não há evidência, que eu quero produzir a prova.

TUTELA ESPECÍFICA

Atento à necessidade de aparelhar o processo de mecanismos preordenados à obtenção do resultado prático equivalente à situação jurídica que se verificaria caso o direito material tivesse sido observado espontaneamente pelo "devedor" através da realização da conduta (dever de fazer, não fazer e de dar coisa certa diversa de dinheiro) imposta pelo direito material, o legislador, que já havia, na época da edição do Código de Defesa do Consumidor

(Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), instituído a tutela específica do direito do "credor" de exigir o cumprimento dos deveres de fazer ou não fazer decorrentes de relação de consumo (art. 84), inseriu no ordenamento processual positivo, por meio da alteração do art. 461 do Código de Processo Civil operada pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, a tutela específica para o cumprimento dos deveres de fazer ou não fazer decorrentes das relações de direito material não consumerista. Mais recentemente, a Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, que acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 461-A, estendeu a aplicação dos mecanismos instituídos para a obtenção da tutela específica para solução de conflitos de interesses que tenham como objeto a entrega de coisa que não seja dinheiro.

Doravante o termo tutela específica será utilizado para indicar o resultado a ser obtido no plano do direito material proporcionado pelo provimento jurisdicional que aplica a sanção, "determinando" o cumprimento in natura do dever imposto ao demandado pelo ordenamento, mediante a utilização de mecanismos processuais preordenados para tal fim.

DA NATUREZA DA SENTENÇA QUE CONCEDE A TUTELA ESPECÍFICA

DA CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS

A doutrina tradicional classifica a sentença definitiva que concede a tutela jurisdicional postulada pelo demandante proferida no processo de conhecimento em três espécies, a saber:

A) sentenças meramente declaratórias - A sentença meramente declaratória "... é a que contém apenas o accertamento da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou autenticidade ou falsidade de documento", cuja função é debelar a "crise de certeza" acerca da relação de direito material deduzida em juízo pelo autor.

B) sentenças constitutivas - Além do acertamento da relação de direito material deduzida em juízo, a sentença constitutiva é apta, por si só, independentemente do comportamento posterior do réu ou de providências a serem adotadas pelo juiz, a produzir no plano material a criação, modificação ou extinção da relação ou situação jurídica que vigeria caso o direito violado fosse observado espontaneamente pelo demandado, aplicando a sanção respectiva.

C) sentenças condenatórias - A sentença condenatória, além de declarar, como o fazem as sentenças meramente declaratórias e as constitutivas, a existência da relação material afirmada pelo demandante que lhe confere o direito a uma prestação a cargo do demandado, lhe "autorizam o desenvolvimento de atividades práticas para satisfazer tal direito ('aplicam a sanção' – na concepção de Liebman).

É de anotar que tal critério de classificação leva em consideração a eficácia (assim entendida como aptidão para produzir os efeitos pré-determinados pelo ordenamento) preponderante das três espécies de sentenças. As sentenças constitutivas também são dotadas de eficácia declaratória – estabelecem a certeza acerca de existência do direito material afirmado pelo autor –, ao passo que as condenatórias, além de promoverem o acertamento da relação de direito material (eficácia declaratória), também possuem aptidão para – não imediatamente, independentemente de qualquer atividade do réu ou do juízo – produzirem uma alteração no plano material.

O mesmo se diga em relação à sentença meramente declaratória de nulidade de ato ou negócio jurídico, porquanto, embora declare a invalidade do negócio ou ato jurídico, se este produziu efeitos jurídicos, o provimento que declarar a sua ineficácia terá o condão de desconstituir as relações jurídicas dele decorrentes.

Ao proferir uma sentença de mérito favorável ao demandante, o juiz, nos casos em que os efeitos no plano do direito material de referido provimento implicarem na modificação, criação ou supressão de uma determinada situação ou relação jurídica - pouco importando que esses efeitos se produzam, via de regra, imediatamente, após o trânsito em julgado do *decisum merita*, como ocorre nas sentenças constitutivas e nas declaratórias de nulidade de negócio ou ato jurídico, ou demandem, como nas sentenças condenatórias, cujo objeto constitui-se na declaração de existência da relação de direito material deduzida em juízo (eficácia declaratória) e na atribuição ao demandante do poder de exigir do Estado-juiz (na mesma relação processual ou em outro processo, instaurado especificamente para tal fim) a realização de atos materiais tendentes à efetiva satisfação do direito subjetivo decorrente da relação de direito material judicialmente reconhecida, acarretando, via de consequência lógica, a extinção desta (o que se dá com o exaurimento do seu objeto – obtenção da prestação devida e modificação do status jurídico das partes) -, além exercerem a função de declarar "a vontade concreta da lei", aplicarão a sanção prevista pelo direito ao descumprimento de suas normas, impondo "a medida estabelecida pelo ordenamento para reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da inobservância".

Nas sentenças constitutivas e nas declaratórias de nulidade de negócio ou ato jurídico, a sanção a ser imposta pelo provimento jurisdicional de mérito consiste na criação, modificação (sentenças constitutivas positivas ou modificativas) ou extinção (sentenças constitutivas negativas e declaratórias de nulidade de negócio ou ato jurídico) da situação jurídica contrária ao interesse do demandante.

Já nas sentenças condenatórias que tenham como objeto o cumprimento de uma obrigação de pagar certa soma em dinheiro, a sanção consiste na atribuição ao credor do poder de exigir do Estado-juiz, mediante a instauração da relação processual executiva, a

prática de atos materiais sub-rogatórios da vontade do devedor consistentes na invasão de sua esfera patrimonial para extrair, através da expropriação de parte de seu patrimônio (cujo produto será revertido, até o limite do crédito do demandante, para o pagamento do credor), a satisfação do seu direito, obtendo-se dessa forma o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação.

No caso das sentenças definitivas proferidas nas demandas que tenham por objeto a imposição da sanção correspondente ao descumprimento de um dever de fazer, não fazer ou de dar coisa diversa de dinheiro (tutela específica), os artigos 461 do Código de Processo Civil estabelecem, segundo a sistematização doutrinária adotada no presente estudo, explícita ou implicitamente, vários meios sancionatórios, os quais podem ser divididos em dois grupos: os meios de coerção indireta e os meios de sub-rogação da atividade do "devedor".

A partir de Pontes de Miranda, parte da doutrina pátria tem adicionado à classificação tradicional das sentenças duas outras espécies: a sentença mandamental e a executiva lato sensu.

Para os adeptos da classificação quinária, as sentenças mandamentais são "aquelas que têm por fim obter, como eficácia preponderante, 'que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa'. Seria de sua essência, pois, conter uma ordem para que se expeça um mandado, donde a designação "sentença mandamental".

Já a sentença executiva lato sensu é aquela que "traz em seu dispositivo a determinação de imediata atuação de meios de sujeição (sub-rogatórios), independentemente de novo processo e sem a necessária submissão a um modelo procedimental rígido e preestabelecido". Difere-se da sentença mandamental "porque seu conteúdo não é uma ordem para o réu cumprir, mas a autorização para o órgão judicial executar (satisfazer o direito

independentemente da vontade do devedor), dentro do próprio processo em que proferidas (exemplos: ações de despejo, reintegração de posse, demarcação, divisão, prestação de contas)".

Para os doutrinadores que aplicam a teoria da classificação quinária das sentenças (v.g Marinoni, Talamini) à tutela específica, o provimento de mérito que veicular o comando sancionatório através de um mecanismo de coerção indireta tem natureza mandamental, ao passo que a sentença que aplica a sanção mediante a utilização de meios de sub-rogação da atividade do "devedor" seria executiva *latu sensu*.

No entanto, entendemos que, tanto a categoria das sentenças mandamentais quanto a das executivas *latu sensu* se amoldam perfeitamente à espécie das sentenças condenatórias, não havendo nenhuma utilidade prática na subdivisão pretendida, que, aliás, carece de cientificidade, eis que a classificação quinária não adota o mesmo critério ao diferenciar a natureza dos provimentos jurisdicionais, porquanto classifica as sentenças meramente declaratórias, as constitutivas e as condenatórias tendo em vista o seu conteúdo, ao passo que os provimentos "mandamentais" e os "executivos *latu sensu*" são classificados com base na forma procedimental pela qual os efeitos materiais decorrentes da sentença são concretizados na prática.

A sentença que concede a tutela específica, quer veicule um comando sancionatório preventivo, restitutivo ou ressarcitório pela forma específica, terá sempre natureza condenatória, eis que, além de declarar a existência da relação material afirmada pelo demandante, que lhe confere o direito a uma prestação a cargo do demandado, "autorizam [àquele] o desenvolvimento de atividades práticas para satisfazer tal direito ('aplicam a sanção' – na concepção de Liebman), quer através de mecanismos de coerção indireta, quer por intermédio de meios de sub-rogação da atividade do "devedor".

DOS MECANISMOS PROCESSUAIS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

Da análise do art. 461 e parágrafos do Código de Processual pode-se inferir que os mecanismos predispostos pelo ordenamento processual para aplicação da sanção, ou seja, os meios processuais tendentes à obtenção do resultado prático idêntico ou equivalente ao cumprimento do dever de ação ou omissão imposto ao "devedor" pelo direito material - ou melhor, a técnica processual instituída para a efetiva tutela do direito do demandante - são os seguintes:

- a) meios de coerção indireta;
- b) meios de sub-rogação da atividade do "devedor".

Dos Meios de Coerção Indireta

Também denominados por Talamini de mecanismos indutivos negativos, são aqueles que "prestam-se a influenciar psicologicamente o sancionado, para que ele mesmo adote a conduta pretendida pela ordem jurídica. Busca-se induzir o comportamento do sujeito, mediante a ameaça de um mal caso ele desrespeite um comando".

O nosso sistema processual civil conhece dois meios de coerção para o cumprimento dos deveres de natureza material, a multa e a prisão civil; sendo certo que para compelir o "devedor" ao cumprimento dos deveres processuais há previsão de outros mecanismos, como, por exemplo, a proibição de falar autos até a purgação do atentado (artigo 881 do Código de Processo Civil).

Relativamente aos deveres de fazer ou não fazer, que se constitui no objeto do nosso estudo, o artigo 461, parágrafo quarto, do Código de Processo Civil, prevê somente a multa como mecanismo de coerção indireta da vontade do "devedor".

MEIOS SUB-ROGATÓRIOS

O artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil aduz que para "a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial".

As medidas sub-rogorárias previstas no dispositivo legal acima transcrito não são taxativas, podendo o juiz adotar o mecanismo mais consentâneo com a obtenção do resultado prático equivalente que teria se verificado em caso de adimplemento espontâneo do "devedor".

Tais mecanismos devem ser aptos a estabelecer (nos casos de descumprimento de um dever de fazer) ou restabelecer (nos casos de descumprimento de um dever de não-fazer) a situação fática que vigeria se o ordenamento jurídico fosse observado espontaneamente pelo "devedor".

Na escolha do meio sub-rogorário para a obtenção da tutela específica, o juiz deverá aplicar subsidiariamente a regra do artigo 620 do Código de Processo Civil, segundo a qual "quando, por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor" (princípio da menor onerosidade possível).

Isso significa que a medida a ser aplicada deverá ser ao mesmo tempo (a) a mais adequada à obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento, e (b) a que imponha o menor prejuízo possível ao "devedor".

MULTA PROCESSUAL

NATUREZA E CABIMENTO

Acerca da multa como meio de coerção indireta, Marinoni ensina que:

“A multa referida nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC possui o visível objetivo de garantir a efetividade da sentença e da tutela antecipatória, fazendo com que a ordem de fazer ou de não fazer nelas contidas sejam efetivamente observadas.”

A multa presente em tais normas, desta forma, é apenas um meio processual de coerção indireta voltado a dar a efetividade "as ordens do juiz; não tem ela, como é óbvio, qualquer finalidade sancionatória ou reparatória. A multa é um meio de coerção indireta que tem por fim propiciar a efetividade das ordens de fazer e de não fazer do juiz, sejam elas impostas na tutela antecipatória ou na sentença.

Se a multa não atinge seus escopos, não levando o demandado a adimplir a ordem do juiz, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai ao réu inadimplente. Neste momento, é certo, acaba por possuir a mera feição de sanção pecuniária; entretanto tal feição, assumida pela multa justamente quando ela não cumpre seus objetivos, é acidental em relação à sua verdadeira função e natureza.

O parágrafo 2º do artigo 461 do Código de Processo Civil confirma tal assertiva ao aduzir que "a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa".

Para que cumpra a sua finalidade intimidatória, a multa não pode ser imposta em valor que não seja suficiente para convencer o réu a adimplir. Isto porque, dependendo do valor estabelecido para a multa, pode ser "conveniente ao réu suportá-la para, livremente, praticar o ato que se deseja ver inibido".

Talamini assevera que:

“A multa deverá ser combinada toda vez que se evidenciar sua utilidade, ainda que mínima, para influenciar a vontade do réu. Vale dizer: sempre que a multa revelar-se suficiente ou compatível com a obrigação, segundo a fórmula adotada no art. 461, § 4º. Só ficara descartado o emprego da multa quando esta revelar-se absolutamente inócua ou desnecessária, em virtude das circunstâncias concretas.”

Tal mecanismo processual pode constituir-se em instrumento de efetivação da sanção preventiva, restitutória ou ressarcitória em forma específica, sendo que sua imposição pode dar-se por requerimento do demandante ou ex officio.

Quadra ressaltar que inexistente óbice quanto à fixação de multa para o cumprimento dos deveres de fazer ou não fazer a cargo das pessoas jurídicas de direito público, "não se olvidando da "possibilidade de a multa ser cominada diretamente contra a pessoa do agente público, e não contra o ente público que ele representa – a fim de a medida funcionar mais eficientemente como instrumento de pressão psicológica".

PERIODICIDADE DE INCIDÊNCIA

A multa poderá incidir diariamente (art. 461, § 4º) ou pode ser estipulada em um valor fixo com "um único momento de incidência".

A multa diária só exerce a sua função quando for cominada para compelir o "devedor" a cumprir um dever de fazer ou não fazer cuja "violação não se exaure em um único momento"; ou, nas hipóteses em que for possível a reiteração do ato ilícito cuja abstenção constitui-se em um dever do demandado, para que se evite a repetição do ilícito.

Isso porque, a cominação de multa com periodicidade diária de incidência não se revela adequada a evitar "violações de natureza instantânea", ou seja, aquelas que decorrem do descumprimento de um dever de não fazer cuja remoção dos seus efeitos (restituição ao status quo ante) se mostra inviável do ponto de vista prático (v.g. a violação indevida da intimidade de uma pessoa através da exibição de programa televisivo ofensivo à sua imagem). Isso porque "nos casos em que, inobservado o dever torna-se, ato contínuo, impossível a consecução específica do direito material que lhe é correlato, a multa por dia de descumprimento não se revela um instrumento eficaz para a realização da tutela específica (mesmo porque o meio coercitivo só pode incidir enquanto viável o cumprimento voluntário do dever).

O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos deveres de fazer que consistem numa conduta que só será útil e eficaz ao titular do direito se realizada na "oportunidade exata". Talamini dá o exemplo de uma "obrigação de prestar um serviço em um evento específico", aduzindo que "em hipóteses como essas, a cominação de multa por dia de descumprimento carece de sentido, pois ou ocorre o cumprimento do dever de fazer, na exata ocasião em que haveria de ocorrer, ou torna-se, de imediato, impossível o resultado específico".

Nos deveres de não fazer cuja violação possa ser repetida, a multa diária terá como função inibir o réu a reiterar a conduta comissiva indevida.

Já no que concerne aos deveres de não fazer passíveis de "violação de natureza instantânea", a multa diária poderá ser utilizada para a obtenção do ressarcimento em forma

específica, exercendo uma coação psicológica no devedor a fim de que desfaça os efeitos do ato cuja prática deveria ter se absterido.

Ainda quanto à periodicidade da multa, nada obsta que o juiz ao conceder a tutela específica opte por cominar uma multa que incida sobre unidades de tempo superiores a um dia (semana, quinzena, mês, etc.) ou inferiores (horas, minutos), "desde que consentânea com as circunstâncias concretas"

VALOR DA MULTA

O art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil prescreve que o valor da multa deverá ser fixado tendo em conta a sua suficiência e compatibilidade como mecanismo de prevenção do ilícito e/ou restituição do status quo anterior à transgressão da norma, ou seja: se o valor fixado é o bastante para influenciar o réu a adimplir e se mostra adequado – proporcional - à espécie de prestação exigida.

Assim como o juiz pode impor ex officio a multa e determinar a periodicidade de sua incidência - de acordo com as necessidades do caso concreto –, também pode alterar o valor inicialmente fixado, reduzindo-o nos casos em que se mostrar incompatível (rectius: inadequada) por exigir do réu um sacrifício desproporcional ao benefício que vier a auferir o autor com o adimplemento; ou quando se revelar insuficiente para influenciar o comportamento do demandante tendente à realização da conduta devida.

Acerca do tema em foco Talamini aduz que:

“Obviamente, também essa atividade não fica subordinada ao mero arbítrio do juiz, sendo, por igual, controlável mediante recurso. A modificação do valor terá de estar fundamentada na mudança dos fatos que haviam ensejado sua definição originária. Por

exemplo, o cumprimento de uma parte do comando judicial poderá ensejar sua diminuição. Da mesma forma, a persistência do demandado em descumprir-lo é elemento fático bastante para autorizar seu aumento” (não se exaurem nesses dois exemplos, evidentemente as hipóteses de eventos autorizadores da alteração do valor da multa).

Por aumento da multa, a fim de torná-la adequada aos fatos novos, há de se entender inclusive sua ampliação em valores reais – e não apenas sua atualização monetária. Pode-se cogitar, até, de a própria decisão originária veicular, desde logo, previsão de aumento progressivo no valor real diário da multa, conforme persista o descumprimento.

A alteração do valor da multa pode ocorrer inclusive após o trânsito em julgado da sentença, sem que tal fato importe violação da coisa julgada. Isso porque, em sendo a coisa julgada delimitada pela providência jurisdicional postulada pelo demandante, que nas demandas veiculatórias da tutela específica têm natureza condenatória, autorizando o autor a exigir o resultado prático idêntico ou equivalente ao que teria sido obtido com o cumprimento espontâneo do dever, a imposição de multa constitui-se em um meio de execução do comando sentencial.

LIMITES TEMPORAIS DA MULTA

O juiz, ao determinar ao demandado que realize a conduta devida (prática ou abstenção de determinado ato), sob pena de multa de incidência diária ou fixa, deverá, consoante prescreve o artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, estabelecer um "prazo razoável para cumprimento do preceito".

Após o decurso do prazo concedido pelo juiz ao demandado para o cumprimento do seu dever, a multa passa a incidir, tendo como termo final o momento (a) em que ocorrer o

cumprimento da "obrigação"; (b) em que a prestação devida se tornar juridicamente ou materialmente impossível; e (c) em que o autor requerer a conversão do procedimento tendente ao cumprimento específico do dever inadimplido para o procedimento que objetiva a obtenção do equivalente pecuniário ao restabelecimento ou estabelecimento - quer se trate de dever de não-fazer ou fazer – da situação vigente em caso de adimplemento espontâneo.

Talamini leciona que:

“Persistindo o réu no desatendimento do comando judicial e, posteriormente, tornando-se jurídica ou materialmente inviável que conduta sua atinja o resultado específico, deixa de incidir a multa, do momento da ocorrência da impossibilidade em diante. Evidentemente, o demandado arcará com todas as conseqüências civis (custeios de eventuais providências sub-rogatórias; indenização pelas perdas e danos) e, eventualmente, penais da sua desobediência. Arcará, por igual, com o crédito decorrente do período em que a multa incidiu, que não permanecerá devido, como não será abatido do valor da indenização por perdas e danos (art. 461, § 2º), nem do montante necessário ao custeio da eventual produção de resultado prático equivalente. Apenas, a partir da impossibilidade, a multa, que não tem diretamente finalidade reparatória ou punitiva, e não é meio de pressão aplicável ao pagamento de indenização pecuniária, não mais incidirá.”

EXIGIBILIDADE DA MULTA

No nosso entendimento a multa só poderá ser exigida após o trânsito em julgado da sentença que julgar procedente a ação de cumprimento dos deveres de fazer ou não fazer, pouco importando se foi imposta em sede de antecipação de tutela ou na própria sentença, ainda que pendente de recurso recebido no efeito meramente devolutivo.

Isso porque, o artigo 12 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) prescreve textualmente que "a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento". Ora, a disciplina referente ao momento em que a multa pode ser exigida adotada pela Lei de Ação Civil Pública é extensível também à antecipação de tutela do art. 461 do Código de Processo Civil, eis que ocupando a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais um "patamar hierárquico superior" à da tutela dos direitos meramente individuais – posição justificada pela opção do legislador pela adoção de mecanismos jurisdicionais diferenciados que possibilitam uma proteção mais efetiva dos direitos metaindividuais – é vedada a utilização de mecanismos processuais que estabeleçam situações processuais passivas que impliquem desvantagens ao demandante para além das previstas para a tutela dos interesses metaindividuais.

Na hipótese de o dever - para cujo cumprimento foi imposta ao demandado a multa – vier a ser, posteriormente a sua cominação, reconhecido como inexistente (v.g. pela não confirmação na sentença da antecipação dos efeitos da tutela específica; pelo provimento do recurso de agravo de instrumento ou apelação interposto pelo réu; julgamento de procedência da ação rescisória, etc.), o crédito decorrente da incidência da multa será automaticamente desconstituído.

Portanto, podemos concluir que a exigibilidade da multa cominada para o caso de descumprimento do preceito se sujeita a uma condição suspensiva, cujo implemento consiste no trânsito em julgado da sentença de mérito que acolher o pedido do autor (evento futuro e incerto). Mas, uma vez exequível a decisão cominatória da multa, a sua incidência retroagirá ao momento em que restar caracterizada a mora do demandante em cumprir o ato comissivo

ou omissivo determinado pelo juiz, ou seja, depois de expirado o prazo razoável concedido pelo magistrado.

BENEFICIÁRIO DA MULTA

Muito embora inexista regra específica, é assente o entendimento jurisprudencial e doutrinário segundo o qual o demandante – caso tenha lhe sido concedida a tutela jurisdicional específica em caráter definitivo – é o titular do direito de crédito decorrente da incidência da multa.

Tal entendimento se fundamenta na própria função institucional da multa, qual seja: mecanismo de pressão psicológica tendente a influenciar o comportamento do réu, de maneira que ocorra o cumprimento voluntário do dever que lhe foi imposto. Ora, se a multa fosse devida ao Estado ou a um fundo especial como o tratado pela Lei nº 7.347/85 o seu grau de coercibilidade (aptidão para exercer a coação) seria sensivelmente reduzido, haja vista que o Estado não teria o mesmo interesse que teria o demandante em cobrá-la. Além do que, é sabido que a Fazenda Pública não detém a estrutura operacional necessária a uma célere recuperação dos seus créditos.

Poder-se-ia objetar, quanto à legitimidade do demandante para executar o valor correspondente à incidência da multa, que a função de tal medida coercitiva restaria desvirtuada – passando a multa a ter caráter indenizatório e punitivo -, ante a possibilidade de o seu valor superar o equivalente monetário do dever descumprido, ou o valor da indenização devida, em caso de cumulação da tutela específica com o pedido indenizatório, ou quando houver conversão em perdas e danos. No entanto, apesar dessa possibilidade, faz-se mister que se tenha em mente, ao pensar na legitimidade para a cobrança da multa, a necessidade de se sopesar, sob o enfoque da efetividade da função jurisdicional (art. 5º, XXXV, da

Constituição da República), através da ponderação de valores. Ou seja, cumpre sopesar se o benefício auferido pelo ordenamento processual com a instituição da multa em favor do autor deve prevalecer sobre o prejuízo decorrente da quebra do princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa e que está positivado em nosso ordenamento – artigo 884 do Código Civil de 2002. Concluo que o benefício deve prevalecer sobre o eventual prejuízo, porquanto a entrega da tutela jurisdicional – que deve ser célere e efetiva – ao titular do direito material constitui-se em uma garantia fundamental que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, circunstância que impõe ao sistema processual a tolerância de eventuais inconvenientes decorrentes das vicissitudes da aplicação prática de certos mecanismos processuais.

Ademais, o montante devido pela incidência da multa decorre de ato imputável ao próprio réu, que ao se recusar a cumprir o comando judicial, assumiu o os riscos provenientes de sua deliberada conduta.

Convém ressaltar, ainda, pela conveniência prática de se conferir ao demandante o crédito decorrente da aplicação da multa, em virtude da possibilidade das partes transacionarem, podendo o demandante abrir mão do recebimento da multa em contrapartida à realização da prestação do demandado, circunstância viabilizadora de uma solução mais célere do conflito de interesses.

MEIOS SUB-ROGATÓRIOS

O artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil aduz que para "a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias tais como a imposição de [omissis], busca e apreensão, remoção de

peças e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial".

As medidas sub-rogatórias previstas no dispositivo legal acima transcrito não são taxativas, podendo o juiz adotar o mecanismo mais consentâneo com a obtenção do resultado prático equivalente que teria se verificado em caso de adimplemento espontâneo do "devedor".

Tais mecanismos devem ser aptos a estabelecer (nos casos de descumprimento de um dever de fazer) ou restabelecer (nos casos de descumprimento de um dever de não fazer) a situação fática que vigeria se o ordenamento jurídico fosse observado espontaneamente pelo "devedor".

Na escolha do meio sub-rogatório para a obtenção da tutela específica, o juiz deverá aplicar subsidiariamente a regra do artigo 620 do Código de Processo Civil, segundo a qual "quando, por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor" (princípio da menor onerosidade possível).

Isso significa que a medida a ser aplicada deverá ser ao mesmo tempo (a) a mais adequada à obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento, e (b) a que imponha o menor prejuízo possível ao "devedor".

DA TUTELA ANTECIPADA

Para garantia da efetividade da tutela específica, o legislador conferiu ao juiz o poder/dever de antecipar os efeitos do provimento jurisdicional favorável ao demandante, através da aplicação dos meios coercitivos ou sub-rogatórios tendentes à obtenção do

resultado específico, desde que presentes os requisitos catalogados no artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil.

O dispositivo legal supramencionado instituiu como requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela perseguida pelo autor consubstanciada na condenação do requerido no cumprimento de um dever de fazer ou não fazer, a ser objeto de um provimento jurisdicional definitivo, o *fumus boni juris*, ou seja, a relevância do fundamento da demanda, e o *periculum in mora*.

O primeiro requisito pode ser definido como a probabilidade de existência da relação de direito material que reclama a tutela específica. Tal requisito não se difere da "verossimilhança das alegações mediante prova inequívoca" exigida pelo artigo 273, I, do Código do Processo Civil e do *fumus boni juris* do processo cautelar.

No que se refere ao *periculum in mora*, tal pressuposto reside no risco de ineficácia do provimento final concessivo da tutela específica, isto é, a ocorrência de uma situação fática – advinda do comportamento, provável ou efetivo, do réu; de fatores naturais ou do decurso do tempo – que possa vir a impossibilitar a obtenção do resultado prático equivalente ao cumprimento espontâneo do dever imposto pelo ordenamento.

SÍNTESE

Atualmente a tutela das obrigações de fazer e não fazer, no direito processual brasileiro, apresenta-se com as seguintes características:

A execução específica é a prioridade do sistema; o credor somente será remetido para o equivalente econômico (perdas e danos) se for impossível chegar-se à prestação devida, ou se for opção sua;

A sistemática inovadora instituída pelas medidas coercitivas e sub-rogorias do art. 461 se insere no plano das tutelas diferenciadas, e como tal, convive com a execução tradicional das obrigações de fazer e não fazer. Às vezes a elimina, outras vezes a complementa e reforça;

Possibilidade de usar medidas satisfativas em caráter de antecipação de tutela pode dar ao processo feito interdital; conhecimento e execução podem ocorrer numa única relação processual, eliminando a *actio iudicati* (execução de sentença por outra ação)⁵³ ;

Astreintes podem ser impostas para reforço da sentença, caso em que incidirão após a coisa julgada e já no bojo da execução forçada; podem, também, ser aplicadas como parte do expediente de antecipação de tutela, tornando-se exigíveis de imediato, antes mesmo da sentença definitiva⁵⁴;

⁵³ “Todas as medidas de apoio previstas no § 5º, do artigo examinado, podem e devem ser tomadas no processo de conhecimento, visando forçar o cumprimento da tutela específica pelo réu. Exemplificativamente, se é movida ação para que uma fábrica não polua o ambiente, pode o magistrado mandar cessar essas atividades, até mesmo usando da força policial. Se for necessário o desfazimento de uma obra, o juiz pode, no processo de conhecimento, mandar demoli-la” (ALVIM, Thereza. *ob. cit.*, p. 109).

⁵⁴ A multa pode ser aplicada em tutela antecipatória; “contudo, imposta a multa e não sendo cumprida a obrigação, esta só poderá vir a ser cobrada em execução por quantia certa” (ALVIM, Thereza. *ob. cit.*, p. 109).

A antecipação de tutela figura como mecanismo importante para alcançar a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, mas não assume a categoria de liminar manejável discricionariamente pela parte e pelo juiz. Como medidas satisfativas, estão sujeitas aos requisitos gerais do art. 273 do CPC que devem ser conjugados com os do art. 461; ou seja, como reforço da execução de sentença são adicionáveis, sem maiores exigências ao procedimento executivo comum; mas como antecipação de tutela, somente as condições especiais arroladas no art. 273, especialmente o perigo de dano grave e de difícil reparação e a necessidade de preservar-se a reversibilidade, podem autorizar a quebra do contraditório e a agressão patrimonial antes da exaustão da ampla defesa, e da formação da coisa julgada.

Há, na verdade, uma teoria geral a ser observada em todas as tutelas de urgência, sejam cautelares, sejam antecipatórias, e principalmente nestas últimas. Não se altera o devido processo legal, sem que razões sérias e excepcionais o exijam e justifiquem;

A tutela específica é proporcionável à parte não só pela realização exata da prestação a que se obrigou o devedor, como também por meio de outras providências que, no efeito prático, produzam resultado equivalente; quer isto dizer que, antes de submeter o credor a aceitar o equivalente econômico, deve-se tentar obter resultados práticos que, mesmo não sendo exatamente a prestação devida, a ela se equiparem;

A aplicação das medidas de cunho sub-rogatório e coercitivo autorizados pelo § 5º do art. 461 do CPC se dá por meio de procedimento mandamental, isto é, por ordem do juiz exequível de plano, inclusive com apoio de força policial, se necessário; não se sujeitam tais providências, ao procedimento normal das execuções forçadas⁵⁵;

⁵⁵ A inovação mais importante instituída pela Lei n. 8.952 foi a consubstanciada no art. 273 que permite ao juiz adiantar, a requerimento da parte, os efeitos da tutela pretendida em qualquer processo de conhecimento desde que preenchidos os requisitos legais, elencados no mesmo artigo” (ALVIM, Thereza. *ob. cit.*, p. 106).

O caráter mandamental, porém, aplica-se às medidas de apoio e não à sentença final condenatória; esta será executada normalmente, após a coisa julgada, segundo o procedimento adequado à prestação imposta pela condenação; não poderá, então a sentença ser imediatamente posta em execução, se a apelação for interposta com o duplo efeito legal; em outros termos: o art. 461 autorizou medidas cautelares e antecipatórias, a serem exigidas do réu sob forma mandamental, mas não tornou a sentença final provimento de ação mandamental fora do alcance normal dos efeitos da apelação e capaz de autorizar sempre a execução provisória antes do julgamento do referido recurso;

As medidas do art. 461, § 5º, são enunciadas em caráter exemplificativo, de sorte que o juiz pode lançar mão de outros expedientes não previstos expressamente em lei, desde que necessários e compatíveis com a execução a ser implementada; a escolha e delimitação do alcance da medida coercitiva ou sub-rogação deverão dar-se dentro dos padrões ditados pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; só se deferirão, nessa ordem de idéias, medidas necessárias e que não submetam o devedor a constrangimentos injustificáveis, diante do objetivo da tutela específica;

A aplicação da multa diária pode ocorrer de ofício, ou a requerimento da parte; mas as medidas do § 5º do art. 461 só se deferem a requerimento da parte. Em se tratando de medidas excepcionais, de caráter satisfativo, somente quando a lei as tenha autorizado expressamente, como se fez em relação às astreintes (§ 4º), é que se terá o juiz como autorizado a tomá-las ex officio.

CONCLUSÃO

É indispensável um sistema especial de tutela, em que se faça o uso da tutela preventiva, aquela que é posta em prática antes mesmo da lesão ao direito, a fim de inibi-lá ou fazê-la cessar logo de início; adote-se a antecipação da tutela, até porque, se para ser utilizada a tutela preventiva, não se poderá esperar até o fim do processo para que só então ela seja empregada; se imponham ordens ao réu, assistidas da cominação de sanções idôneas e capazes de convencer o réu a cumprir o que deve.

O Código tinha antes uma estrutura que previa sentença condenatória obtida em processo de conhecimento seguida de execução de obrigação de fazer e não fazer, como não supria estas necessidades, instituíram-se as normas do art. 461 do CPC.

A decisão antecipatória de tutela do art. 461 §3º do CPC e a sentença final, proferidas com amparo no art. 461, veiculam ordem para o demandado. Há determinação direta para que o réu cumpra o fazer ou não fazer, objeto do dever tido como aceitável.

O mandamento desse ato é absolutamente diferente da comunicação do preceito executivo, estabelecida no procedimento de execução das obrigações de fazer e não fazer.

Na esfera do processo executivo, cita-se o devedor a fim de satisfazer a prestação (arts. 632 e 642 CPC), contudo, fica desde logo estabelecido que, não satisfeita a obrigação no prazo assinado pelo juiz, nada mais restará senão a via do cumprimento por terceiro à custa do devedor ou a da indenização por perdas e danos (arts. 633 e 643 CPC).

O sistema instituído pelo art. 461 CPC visa ao exato resultado que se teria caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. A cientificação desse ato ao demandado não constituirá, então mera oportunidade para cumprir. Trará ordem, revestida de autoridade estatal, para que cumpra.

Confere a lei amplos poderes ao órgão jurisdicional para a consecução da tutela específica ou resultado correspondente, em relação a qualquer obrigação de fazer ou não fazer (art. 461, §5º). O não atendimento desta ordem pelo réu caracteriza crime de desobediência prevista no art. 330 do CP, poderá haver prisão penal em flagrante do réu desobediente, observados os pressupostos constitucionais e processuais penais. Não se trata de prisão civil, que é vedada para esse caso.

No art. 461 §3º do CPC, esta prevista a tutela antecipada que se submete ao mesmo regime geral: requisitos, provisoriedade, fundamentação da decisão que a concede, recorribilidade.

A ordem judicial será acompanhada de mecanismos coercitivos (art. 461, §4º do CPC). É autorizada expressamente imposição de multa diária, até de ofício, para o caso de descumprimento do comando judicial. Não tem caráter reparatório. A lei faz referência à suficiência e compatibilidade da multa com a obrigação (art. 461, §4º do CPC). A determinação do valor da multa pelo juiz não é ato discricionário, impassível de controle. O julgador há de estabelecê-lo levando em conta, sempre, aqueles dois parâmetros, da suficiência e compatibilidade. O valor da multa inicialmente estabelecido poderá ser alterado para mais ou para menos, em decisão motivada, conforme variem as circunstâncias concretas.

No art. 461, §5º do CPC é permitido ao juiz determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requerimento de força policial. Os mecanismos sub-rogatórios e coercitivos poderão ser utilizados simultaneamente.

O provimento antecipatório do art. 461, § 3º contém eficácia executiva autorizando a tomada de providência destinada à obtenção do resultado prático equivalente, independentemente da participação do réu.

Consta do art. 461, § 1º que a transformação da originária obrigação de fazer e não fazer em obrigação de pagar quantia certa é posta em segundo plano à absoluta excepcionalidade: só haverá conversão em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

A sentença será efetivada no próprio processo já instaurado. Há um regime único de realização concreta da tutela das pretensões a deveres de fazer e não fazer.

Estabeleceu-se no art. 461- A, caput e §2º como regra geral a eficácia executiva da sentença que imponha o cumprimento de dever de entrega de coisa. No próprio processo em que defere a tutela antecipada ou final, o juiz adotará as providências para que ela seja efetivada: não cumprindo o dever no prazo fixado, expedir-se-á em favor do autor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se trata de coisa móvel ou imóvel. A constatação tem relevância prática sob vários aspectos: por exemplo, a efetivação da sentença executiva independe de nova demanda e não abre para o executado a possibilidade de interposição de embargos.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução: Luis Afonso Heck. In: Revista de Direito Administrativo, v. 217 (jul-set 1999), p. 55-79.
- _____, Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. SILVA, Zilda Hutchinhson Schild (trad.). São Paulo: Landy, 2005.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas. Temas de direito processual*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. *A influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 11a. ed, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1.
- CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2917>>. Acesso em 18 dez. 2005.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na administração pública. Revista trimestral de direito público v. 1.*
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____, *A reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____, *Execução civil.* São Paulo: Malheiros, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada.* São Paulo: Saraiva, 1994.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____, *Tutela de segurança e tutela da evidência.* São Paulo: Saraiva, 1996.
- GOMES JR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Coletivo.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta.* São Paulo: RT, 1998.
- LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública.* 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.* 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva.* 4ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____, *Tutela cautelar e tutela antecipatória.* São Paulo: RT, 1994.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 9ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Tomo I: Ação, Classificação e Eficácia. Atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Antecipação de tutela*:
- NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor*. Direito do consumidor, v. 1.
- _____, *Código de Defesa do consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- POPP, Carlyle. *Execução de obrigações de fazer*. Curitiba:Juruá, 1995.
- PROTO Pisani, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2ª Ed. Napoli: Jovene Editore, 1996.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte geral das obrigações*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Vol. 2.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5a ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: *Participação e Processo*. GRINOVER, DINAMARCO e WATANABE (Org.). São Paulo: RT, 1988, pp. 98-113.
- _____, *A ‘plenitude de defesa’ no processo civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo, Saraiva, 1993.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória*. São Paulo: RT, 2007.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liminares: alguns aspectos polêmicos. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: RT, 1995.

_____, Curso avançado de processo civil v. 2- processo de execução/ Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier. – 9ª Ed., atual. E ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O ‘contempt of court’ na recente experiência brasileira. In: Revista de Processo n. 119 (jan/2005), pp. 35-59.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª Ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1999.

_____, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)*. In: *Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____, *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. In: *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença*. MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.