

FLÁVIA VOIGT MIRANDA

**EXECUÇÃO DA SENTENÇA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO
FAZER NO ARTIGO 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

CURITIBA

2006

FLÁVIA VOIGT MIRANDA

**EXECUÇÃO DA SENTENÇA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO
FAZER NO ARTIGO 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
graduação como bacharel em Direito, no Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Edson Ribas Malachini

**Co-orientador: Prof. Mestre Manoel Caetano
Ferreira Filho**

CURITIBA

2006

*Agradeço a todos que, direta
ou indiretamente, contribuíram para
a concretização deste trabalho; em
especial, agradeço a duas pessoas
pela fundamental atenção
prestada, Dalila Aparecida Voigt
Miranda e Alexandre Mettegang
Diener.*

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 PRINCÍPIOS	3
2.1 DO ACESSO À JUSTIÇA.....	3
2.2 DA EFETIVIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	7
3 A EFICÁCIA DAS SENTENÇAS NO PROCESO DE CONHECIMENTO	13
3.1 AS CLASSIFICAÇÕES DAS SENTENÇAS	13
3.1.1 A Classificação Ternária.....	13
3.1.2 A Classificação Quinária	13
3.2 AS CINCO ESPÉCIES DE TUTELA E AS RESPECTIVAS FORMAS DE EFETIVAÇÃO.....	16
4 DAS REFORMAS PROCESSUAIS NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER	21
4.1 AS RAZÕES DE INTRODUÇÃO DA NOVA VIA DE TUTELA	21
4.1.1 Da Necessidade de Execução Específica	21
4.1.2 A Insuficiência do Sistema Original do Código de Processo Civil de 1973	23
4.2 DAS RECENTES ALTERAÇÕES	25
4.2.1 Da Lei nº 8.952/1994.....	25
4.2.2 Da Lei nº 10.444/2002.....	28
4.3 A SUPRESSÃO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR NA NOVA VIA DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA <i>EX ART.</i> 461 DO CPC	33
4.4 A EXTENSÃO DO REGIME DO ART. 461 DO CPC ÀS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA DE COISA: O ART. 461-A DO CPC.....	36
5 AS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER NO ART. 461 DO CPC	40
5.1 A ACEPÇÃO LEGAL DE “OBRIGAÇÕES” NO ART. 461 DO CPC	40
5.2 DELIMITAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER	42
5.2.1 As Obrigações de Fazer e a Diferença com as Obrigações de Dar	42
5.2.2 As Obrigações de Não Fazer	43
5.3 A (IN)FUNGIBILIDADE DAS PRESTAÇÕES DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER.....	43
6 O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER OU DE NÃO FAZER NO ART. 461 DO CPC	48
6.1 O SENTIDO, NO ART. 461 DO CPC, DE TUTELA ESPECÍFICA E RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE	48
6.2 A EFICÁCIA MANDAMENTAL DE PROVIMENTOS <i>EX ART.</i> 461 DO CPC	49
6.3 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA <i>EX ART.</i> 461, §3º DO CPC.....	52
6.3.1 Generalidades	52
6.3.2 Pressupostos.....	53
6.3.3 Hipóteses de Cabimento	55
6.3.4 Momento da Antecipação	59

6.3.5	Necessidade de Requerimento	60
6.3.6	Revogabilidade.....	61
6.3.7	Recorribilidade	62
6.3.8	Reversibilidade.....	63
6.4	OS MECANISMOS PROCESSUAIS PARA EFETIVAÇÃO DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONCESSIVOS DA TUTELA <i>EX ART.</i> 461 DO CPC	65
6.4.1	Os Mecanismos Processuais Previstos nos §§ 4º e 5º do Art. 461 do CPC para Obtenção da Prestação <i>In Natura</i> da Obrigação: os Meios Coercitivos e a “Tutela Específica”; os Meios Sub-rogatórios e o Resultado Prático Equivalente.....	65
6.4.2	A Possibilidade de Conjugação de Mecanismos Sub-rogatórios com os Coercitivos: Emprego Cumulativo e Sucessivo	68
6.4.3	Os Mecanismos Processuais Previstos pelo Art. 461 e a Atividade Jurisdicional Executiva	70
6.5	A EXECUÇÃO INDIRETA: A MULTA COMINATÓRIA PREVISTA PELOS §§ 4º E 5º, DO ART. 461 DO CPC	72
6.5.1	Finalidade.....	72
6.5.2	Campo de Aplicação	73
6.5.3	Momento da Cominação	75
6.5.4	Critérios para Fixação do Valor Inicial da Multa	76
6.5.5	Revisibilidade do Valor da Multa	78
6.5.6	Recorribilidade do Valor da Multa	80
6.5.7	Termo Inicial da Incidência da Multa	80
6.5.8	Termo Final da Incidência da Multa	81
6.5.9	Destinatário do Crédito Decorrente da Incidência da Multa	82
6.5.10	Momento de Exigibilidade e a Via para Exigir o Crédito Resultante da Multa	82
6.6	A EXECUÇÃO POR SUB-ROGAÇÃO: OS MEIOS SUB-ROGATÓRIOS DO §5º DO ART. 461 DO CPC.....	84
6.6.1	Finalidade.....	84
6.6.2	Campo de Aplicação	85
6.6.3	Momento de Aplicação.....	86
6.6.4	Os Meios Sub-rogatórios Exemplificados no §5º do art. 461 do CPC e os Limites na Determinação das Medidas Atípicas	87
6.7	A EXECUÇÃO GENÉRICA: A CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS.....	90
6.7.1	O Sistema Consagrado pelo §1º do Art. 461 do CPC	90
6.7.2	Hipóteses de Cabimento	90
7	CONCLUSÃO	94
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	101

RESUMO

O presente trabalho analisa os principais aspectos concernentes ao novo procedimento de execução da sentença relativa aos deveres de fazer e de não fazer, consagrado nos artigos 461 e 644 do Código de Processo Civil de 1973, pelas Leis nº 8.952/1994 e nº 10.444/2002. Tendo como fundamento os princípios do acesso à justiça e da efetividade da prestação jurisdicional, o legislador infraconstitucional introduziu, nos referidos dispositivos, a nova sistemática de tutela a esses deveres, superando a insuficiente tutela conferida pela redação original do Código de Processo Civil de 1973, bem como os dogmas da intangibilidade da vontade humana e da dicotomia existente entre processo de cognição e processo de execução. Apoiando-se em pesquisas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, discorre acerca do âmbito de aplicabilidade da nova sistemática, com análise dos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* por ela propiciados, bem como dos mecanismos processuais, coercitivos indiretos e sub-rogoratórios, que podem ser determinados *ex officio* pelo juiz, na mesma relação processual, visando a efetivação da tutela concedida a esses deveres, antecipadamente ou em sentença final. Constata-se, pois, a imprescindibilidade da nova via ex art. 461 do CPC à tutela dos deveres de fazer e de não fazer, por contemplar uma técnica processual célere, tempestiva, efetiva e atenta às necessidades concretas da sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Execução de Sentença; Arts. 461 e 644 do CPC; Obrigações de Fazer; Obrigações de Não Fazer.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a análise da nova sistemática de execução de sentença relativa aos deveres de fazer e de não fazer inserida pelo legislador infraconstitucional, através das Leis nº 8.952/1994 e nº 10.444/2002, no art. 461 do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.

Muito embora o assunto seja fascinante em toda sua extensão, por dizer respeito a uma aprimorada técnica de tutela jurisdicional que propicia, ao Estado-Jurisdicção, atender, com máxima efetividade, ao pedido de prestação jurisdicional pleiteada por titulares de deveres de fazer e de não fazer não fundados em título executivo extrajudicial, procura-se abarcar o tema a partir de um enfoque geral, destacando-se o exame dos principais aspectos com ele relacionados. Não se pretende, porém, exaurir todo seu conteúdo, em virtude da vasta gama de situações de direito substancial abarcadas pela tutela ex art. 461 do CPC, cujas peculiaridades ensejam a possibilidade de utilização de diversos instrumentos processuais adequados à proteção de cada caso concreto.

Diante da evolução da sociedade, os valores consagrados pelo Direito Processual Civil Clássico tornaram-se obsoletos. Por esta razão, sobretudo a partir da década de 90, a Ciência Processual Civil brasileira vem passando por sucessivas reformas, que alteraram substancialmente muitos de seus institutos, visando adequar o processo - instrumento de prestação da atividade jurisdicional do Estado – às necessidades sociais.

Diante disso, considerando que a preocupação central, no âmbito do Direito Processual Civil Contemporâneo, consiste na incessante busca pela concretização dos princípios do acesso à justiça e da efetividade da prestação jurisdicional, o estudo do tema em comento reveste-se de significativa importância, pois remete à função do processo civil na atualidade, qual seja, a de garantir a efetividade na realização do direito material, mediante tutela jurisdicional adequada, capaz de compatibilizar uma justiça célere e justa.

Através das alterações instituídas nos arts. 461 e 644 do CPC, pelas Leis nº 8.952/1994 e nº 10.444/2002, estabeleceu-se uma especial via de tutela aos deveres de fazer e de não fazer, que representa a superação da insuficiente e inadequada tutela conferida pela redação original do Código de Processo Civil de 1973.

Diante disso, analisar-se-á, no decorrer do presente trabalho, os motivos que ensejaram as reformas relativas à tutela dos deveres de fazer e de não fazer, bem como os princípios que nortearam o legislador infraconstitucional a introduzir a nova via.

Além disso, versará acerca das mudanças inseridas no art. 461 do CPC, que, em um primeiro momento, foram propiciadas pela Lei nº 8.952/1994 e, posteriormente, com o advento da Lei nº 10.444/2002, que aprimorou a via ex art. 461 do CPC, além de conferir nova redação ao art. 644 do CPC.

Com isso, passa-se ao exame do atual sistema de tutela jurisdicional consagrado no art. 461 do CPC, com redação conferida pela lei nº 10.444/2002, que implica na abordagem de diversas questões decorrentes deste dispositivo, tais como os princípios que o fundamentam, seu âmbito de incidência, viabilidade de sua utilização, possibilidade de sua operacionalização.

Além disso, de fundamental importância figura-se a análise dos mecanismos processuais contidos no mencionado dispositivo, que visam conferir a efetividade do direito reconhecido pela decisão judicial, bem como a pesquisa acerca da natureza do provimento jurisdicional que impõe o cumprimento de um dever de fazer ou de não fazer.

Nesta senda, confere-se maior destaque à análise da inovadora técnica processual consagrada no art. 461 do CPC, que consubstancia um sistema de prevalência à obtenção da prestação *in natura* para satisfação dos titulares de deveres de fazer e de não fazer. Destarte, a análise central versará acerca de diversos pontos concernentes aos provimentos mandamentais e aos mecanismos processuais que propiciaram não somente a obtenção do resultado específico do deveres de fazer ou de não fazer, mediante atividade do próprio réu ou através de terceiro, mas também a efetivação, na mesma relação processual, do direito reconhecido pela decisão judicial antecipatória ou pela sentença de mérito

Diante disso, o estudo que se passa a abordar diz respeito aos principais aspectos dessa nova sistemática de tutela aos deveres de fazer e de não fazer contemplada pelo art. 461 do CPC, que, indubitavelmente, representa um efetivo instrumento de prestação da atividade jurisdicional do Estado, um meio eficaz, célere e útil à realização do direito substancial, adequado às peculiaridades de cada caso concreto.

2 PRINCÍPIOS

2.1 DO ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXV, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, preceituando que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O Estado, ao proibir a autotutela privada, criou o direito fundamental de ação, do qual decorre o dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional.¹

NELSON NERY JÚNIOR leciona que o direito à tutela jurisdicional “quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.”²

Dessa forma, o mencionado autor analisa o direito à tutela jurisdicional sob a ótica do princípio do direito de ação. Alerta, ainda, que esta garantia não se confunde com o direito de petição (art. 5, inc. XXXIV, alínea a, da CF), sendo este o direito de reclamar, perante os poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder.³ Já o direito de ação é um direito público subjetivo, exercitável mesmo contra o Estado, em que este não pode se recusar a aplicar o direito objetivo ao caso concreto deduzido em juízo⁴. Além disso, salienta: “Como o objeto do direito público subjetivo de ação é a obtenção de tutela jurisdicional do Estado, deve entender-se por realizado o direito subjetivo de ação, assim que pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor.”⁵

No mesmo sentido, FREDIE DIDIER JR. destaca que quando a lei fala em exclusão de lesão ou ameaça de lesão, refere-se, “na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça”, eis que o direito de ação não se vincula à efetiva procedência da alegação, ou seja, independe do reconhecimento da

¹ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso a justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 108, out./dez., 2002, p. 23.

² NERY JÚNIOR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94.

³ Id.

⁴ Ibid., p. 96.

⁵ NERY JÚNIOR, op. cit., p. 97.

procedência do pedido do autor deduzido em juízo. Isto posto, conclui que o direito de inafastabilidade da jurisdição é “um direito abstrato à decisão judicial *tout court*”.⁶

Importante enfatizar que o art. 5º, XXXV da CF não abarca somente as hipóteses de lesão, como também os casos de ameaça a direito, conforme bem destacado por ALEXANDRE DE MORAES:

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação jurisdicional requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.⁷

FREDIE DIDIER JR. corrobora com esse entendimento, chamando atenção para a grande evolução que representou a inclusão, pela atual ordem constitucional, da garantia da tutela jurisdicional da ameaça de lesão a direito, o que não existia na ordem anterior, eis que, com a eleição do direito à tutela jurisdicional ao patamar de garantia constitucional, “constitucionalizou-se a tutela preventiva, a tutela de urgência, a tutela contra o perigo, legitimando ainda mais a concessão de provimentos antecipatórios e cautelares. A Constituição é clara ao prescrever a tutela reparatória e a tutela preventiva.”⁸

Durante muito tempo, o direito à inafastabilidade da jurisdição foi identificado como a garantia formal do dever do Estado de prestar justiça, pelo que essa garantia abarcava apenas o direito de ação e do juiz natural. Entretanto, há que se superar essa visão restrita e ter em vista o que hoje se coloca como tutela jurisdicional qualificada, ou seja, uma tutela jurisdicional rápida, efetiva e adequada.⁹

Por sua vez, a tutela adequada refere-se à garantia de prestação jurisdicional estatal “adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução. Ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material. É de onde se extrai, também, a garantia do devido processo legal. E daí se retira o princípio da adequação da tutela jurisdicional.”¹⁰

⁶ DIDIER JR., **Notas sobre a garantia constitucional...**, p. 23.

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 105.

⁸ DIDIER JR., op. cit., p. 27.

⁹ Ibid., p. 28.

¹⁰ Id.

Nesta senda, emerge a necessidade de criação, pelo Legislativo, de um procedimento adequado às particularidades do direito material, no intuito de garantir ao seu titular exatamente o que tem direito de obter. E ainda, criação com observância dos princípios da expressa previsibilidade e anterioridade, para conferir legalidade e legitimidade à decisão judicial.¹¹

O entendimento da doutrina brasileira moderna aponta no sentido de que a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional não se refere tão-somente à possibilidade de ingresso em juízo através do exercício do direito de ação, mas inclui também o direito de acesso a uma ordem jurídica justa, que possibilite a obtenção de uma decisão rápida, justa e útil.

Para viabilizar a acessibilidade de todos à Justiça, é necessário que o Estado assegure não apenas uma igualdade formal, mas uma real igualdade dos jurisdicionados perante a lei¹², o que leva à inserção do processo civil no contexto sócio-econômico.¹³

DEILTON RIBEIRO BRASIL leciona que “(...), o direito à tutela da jurisdição, instrumentalizado pelo devido processo legal, não consiste no ‘mero acesso à jurisdição’, mas na possibilidade de uma ‘completa’ e ‘efetiva’ defesa diante de qualquer juízo, (...)”.¹⁴

Pode-se afirmar, portanto, que é dever do Estado assegurar a real igualdade de participação das partes (demandante ou demandado) em juízo, propiciando-as meios aptos a afastarem os concretos obstáculos de natureza econômica, cultural e política, como os custos do processo, a desinformação e as restrições à legitimidade ativa.¹⁵

MARINONI sintetiza o princípio constitucional do acesso à justiça da seguinte forma:

Melhor é falarmos, então, em acesso à ordem jurídica justa; acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições

¹¹ Ibid., p. 29-30.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 20-21.

¹³ Ibid., p. 23.

¹⁴ BRASIL, Deilton Ribeiro. **Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 50.

¹⁵ Ibid., p. 48.

sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.¹⁶

Diante disso, o referido autor destaca que o acesso à ordem jurídica justa significa focalizar a jurisdição, sob a ótica de seus escopos no âmbito do Estado Democrático de Direito e, o processo, enquanto instrumento da jurisdição, como um meio apto a cumprir seus fins, mediante um julgamento justo.¹⁷

Dessa forma, os escopos do processo devem coincidir com os fins do Estado, eis que este é o instrumento da prestação da atividade jurisdicional e se justifica como uma contraposição que o Estado proporciona aos cidadãos diante da proibição da autotutela. Ainda, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, pode-se dizer que o escopo-síntese do processo é fazer justiça.¹⁸

A partir da idéia central de justiça, a doutrina reporta-se à função do processo, instrumento do Estado-Jurisdição, em três planos: o jurídico, o político e o social. O escopo jurídico refere-se à aplicação, pela atividade jurisdicional, do direito objetivo ao caso concreto; ou ainda, o processo tem a função (no plano jurídico) “de servir de instrumento para realização do direito objetivo no caso litigioso”. No âmbito político, o processo representa a garantia das liberdades através da manifestação do poder jurisdicional do Estado. No plano social, tem-se o processo como um instrumento de busca pela pacificação social mediante uma sentença justa, ou seja, “seu objetivo social é o de contribuir para a pacífica convivência dos que vivem em um determinado Estado e para equilibrar as forças que se batem pela obtenção da justiça.”¹⁹

Logo, é possível afirmar que princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição é a síntese de todos os princípios processuais, pois os confere efetividade, garantindo, aos jurisdicionados, o direito à adequada e efetiva tutela jurisdicional, em consonância com a realidade social e as necessidades do direito material.²⁰

É por esta razão que o legislador infraconstitucional vem implementando, há mais de uma década, sucessivas modificações no Código de Processo Civil

¹⁶ MARINONI, **Novas linhas de processo...**, p. 24.

¹⁷ Id.

¹⁸ BRASIL, op. cit., p. 50-51.

¹⁹ Ibid., p. 51.

²⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 24.

Brasileiro de 1.973, visando concretizar o princípio do acesso à justiça, em suas múltiplas facetas.

Nesta esteira, impende destacar o grande avanço que as reformas relativas à tutela jurisdicional dos deveres de fazer e de não fazer representaram na busca pelo acesso à justiça. Conforme se constatará no desenvolvimento do presente trabalho, através de alterações inseridas, tanto no processo de conhecimento, quanto na forma de execução (cumprimento ou efetivação) das decisões prolatadas nas ações que tenham por objeto o cumprimento dos deveres de fazer e não fazer, consagrou-se a possibilidade de concessão e efetivação do provimento jurisdicional de maneira célere, tempestiva, justa, útil e efetiva, corroborando com a concretização da garantia constitucional do acesso à justiça.

2.2 DA EFETIVIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Uma das maiores preocupações da atualidade, no que concerne ao Poder Judiciário, gira em torno da busca pela efetividade do processo e, conseqüentemente, da investigação acerca de mecanismos processuais que possibilitem a concessão rápida, tempestiva e justa do provimento jurisdicional.

ADA PELLEGRINI GRINOVER observa que essa atual problemática – a efetividade do processo – tornou-se o tema central do processualista moderno, voltado à busca incessante por um “processo de resultados”, ou seja, processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, visando assegurar no plano concreto a utilidade das decisões.²¹

Diante disso, a problemática da efetividade do processo enfatiza uma visão instrumentalista do sistema processual com o direito material e com os valores sociais e políticos da nação.²²

Refere-se, em síntese, à tão comentada necessidade de tutelas diferenciadas, ou seja, que o sistema processual propicie tutelas adequadas às exigências do direito material e à realidade concreta. Ou ainda, nas palavras de GRINOVER, significa que “o processo deve buscar respostas diversificadas, de

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, n. 79, jul./set., 1995, p. 65.

²² Id.

acordo com as situações jurídicas de vantagem, asseguradas pelo direito material, de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida.”²³

De fato, desde que o Estado proibiu a autotutela, assumiu, inequivocadamente, o dever de oferecer, através do processo, soluções adequadas a todas violações ou ameaças aos direitos materiais.²⁴

Nesse sentido, cabe ao Estado, enquanto detentor do monopólio da jurisdição, disciplinar o processo de tal forma que possa ensejar o integral acesso à justiça, desenvolver mecanismos que confirmam efetividade e celeridade ao processo.

Diante disso, a doutrina aponta para uma visão instrumentalista que se deve ter da atual concepção do processo, segundo a qual o processo, enquanto instrumento de prestação da tutela jurisdicional, constitui um meio de realização dos fins do Estado-Juiz, qual seja, a resolução de conflitos, razão pela qual deve representar um mecanismo adequado às necessidades sociais e à tutela do direito material.²⁵ Sintetizando, “o processo não é um fim em si mesmo, mas meio de se alcançar um fim, resida este na atuação do direito objetivo, na tutela do direito (subjetivo) ou na satisfação de ambos.”²⁶

Com relação à instrumentalidade do sistema processual, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO distingue dois sentidos diversos: o negativo e o positivo. O negativo tem a função de alertar para as limitações funcionais do próprio sistema processual. É a visão da instrumentalidade como fator limitativo da importância do próprio sistema processual: “uma tomada de consciência de que ele não é um fim em si mesmo e portanto suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes”.²⁷ O sentido positivo da instrumentalidade refere-se à idéia de efetividade do processo, a qual é entendida como a capacidade de atingir plenamente os escopos que o legitimam, em todos os níveis: jurídico, social e político.²⁸

²³ Id.

²⁴ BOECKEL, Fabrício Dani de. Espécies de Tutela Jurisdicional. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 37, jul./set., 2005, p. 435.

²⁵ ALVIM, op. cit., p. 19.

²⁶ Ibid., p. 21.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 266.

²⁸ Id.

Nesta esteira, impende destacar que a tutela específica surgiu a partir desse sentido positivo da instrumentalidade, eis que visa propiciar a efetividade da prestação jurisdicional aos titulares de pretensões a deveres de fazer ou de não fazer.

A instrumentalidade, em seu caráter negativo, revela o sistema processual como fator da contenção das distorções e exageros decorrentes da sacralização das formas e burocratização dos ritos.

Diversamente da concepção consagrada na fase de autonomia do processo civil, a visão atual do processo não remete a um instrumento que se justifica por si só. Atualmente, a instrumentalidade das formas do processo existe em razão das funções que o sistema processual deve cumprir perante o direito substancial, a sociedade e o Estado, um instrumento de efetivação das garantias constitucionais.²⁹

Sendo assim, para preencher os atuais escopos do processo, figura-se imprescindível um Sistema Processual que esteja aparelhado de mecanismos aptos a tutelar adequadamente as situações jurídicas substanciais, visando a obtenção, pela atividade jurisdicional, de um resultado efetivo na composição da lide.³⁰

Nesse contexto, revelou-se a insuficiência do Sistema Processual Civil Clássico, pautado em valores liberais, cujos institutos constituem verdadeiros óbices à efetividade da tutela jurisdicional.

Durante muito tempo, o legislador, preocupado em consagrar valores típicos de um Estado preocupado em garantir tão-somente o “devido processo legal”, em detrimento de um processo justo, tempestivo e efetivo, privilegiou a segurança jurídica em detrimento da efetividade.³¹

Diante desses valores, construiu-se o Sistema Processual Civil Clássico alicerçado no dogma-princípio do formalismo dos atos processuais (formas pré-determinadas), com vistas a garantir tão-somente um processo desenvolvido de forma regular e legal.³²

Não somente isso, houve a universalização do processo de conhecimento como forma ordinária de prestação da tutela jurisdicional.

²⁹ Ibid., p. 268-269.

³⁰ ALVIM, op. cit., p. 20.

³¹ BOECKEL, op. cit., p. 435.

³² ALVIM, op. cit., p. 22.

Na busca por certeza e segurança jurídica, consagrou-se um processo de conhecimento em que a tutela jurisdicional era prestada somente ao final, excetuando os procedimentos especiais, com a sentença de mérito proferida somente após uma ampla instrução e cognição exauriente. Pela mesma razão, atrelou-se a possibilidade de execução civil à existência de título executivo.³³ Vale ainda ressaltar que a execução provisória dos efeitos da sentença era tolhida pelo grande número de recursos ordinários, que possibilitavam a execução provisória somente ao final do julgamento destes.³⁴

Com evolução da sociedade, a alteração do papel do Estado, percebeu-se a insuficiência do Sistema Processual Clássico e inadequação de seus institutos para conferir uma prestação jurisdicional célere, tempestiva, justa e efetiva, exigida pelas atuais necessidades de tutelas diferenciadas dos direitos materiais.

Sobretudo a partir da década de 90, a preocupação do legislador brasileiro e das construções doutrinárias passou a centrar-se na tendência universal de busca pela efetividade do processo e a conseqüente necessidade de compatibilização deste valor com o da segurança jurídica.³⁵

Para possibilitar a efetividade na prestação da tutela jurisdicional, necessário se fez a superação das sólidas bases dogmáticas sobre a qual foi construída a o Direito Processual Civil enquanto Ciência, balanceando o dogma do procedimentalismo e o princípio do formalismo, com vistas à utilizar a instrumentalidade das formas à serviço do resultado do processo.³⁶

Essa necessidade da sociedade contemporânea é sabidamente sintetizada por FABRÍCIO DANI DE BOECKEL na seguinte passagem:

Para viabilizar que a efetividade da jurisdição alcançasse estágio equivalente àquele em que a segurança jurídica já se encontrava, foi indispensável a criação de novas técnicas, de mecanismos capazes de proporcionar a concessão da tutela em menor tempo e também de assegurar maior identidade entre o resultado do processo e a situação que decorreria da obediência espontânea à ordem jurídica material. Em contrapartida, igualmente foram concebidos mecanismos destinados a assegurar que a preocupação em evitar os transtornos gerados pela demora do processo e ainda viabilizar a prestação de tutela específica não acarretassem insegurança jurídica. O processo assumiu verdadeiramente sua condição de instrumento capaz de proporcionar a realização concreta do direito material, procurando oferecer tutela adequada às mais variadas situações protegidas, em abstrato, pelas normas

³³ DINAMARCO, **A instrumentalidade ...**, p. 242-243.

³⁴ ALVIM, op. cit., p. 26.

³⁵ BOECKEL, op. cit., p. 435.

³⁶ ALVIM, op. cit., p. 25.

jurídicas de direito substancial. A necessidade de alteração do instrumento diante das modificações ocorridas no plano do direito material, ao qual efetivamente aquele deveria servir, tornou-se evidente.³⁷

Não há que se olvidar, portanto, que a preocupação central do Sistema Processual Contemporâneo diz respeito à garantia da efetividade do processo, no sentido de que o resultado do processo, o provimento jurisdicional, deve ser útil ao interessado, garantindo-o o bem da vida por ele buscado, através da produção, no mundo fático, das conseqüências práticas almeçadas pelo interessado.³⁸

ADA PELLEGRINI GRINOVER lembra que o próprio conceito de tutela específica, qual seja, tutela jurisdicional que tem por objetivo de proporcionar ao credor o exato resultado prático que atingiria em caso de adimplemento voluntário da obrigação, e a preferência que o sistema processual conferiu a esta sobre todas as demais, ajusta-se perfeitamente à idéia de efetividade do processo e utilidade das decisões judiciais.³⁹

Foi com base nessas premissas que o Código de Processo Civil Brasileiro foi submetido a sucessivas modificações iniciadas há mais de uma década. Com a Lei nº 8.952/1994, o legislador conferiu nova redação ao art. 461 do CPC, na qual estabeleceu a prioridade pela concessão da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer em detrimento da conversão pelo equivalente em pecúnia, fornecendo meios para efetivação do provimento jurisdicional, antecipatório ou final, no próprio processo de conhecimento. A lei nº 10.444/2002 alterou a redação do art. 644 do CPC, estabelecendo que a sentença relativa às obrigações de fazer e de não fazer serão cumpridas de acordo com o art. 461 do CPC, observando, subsidiariamente, as regras relativas à execução por título extrajudicial (arts. 632 e ss. do CPC).

Conforme restará demonstrado no presente estudo, as reformas processuais acima mencionadas contribuíram, de forma inequívoca, para a celeridade e

³⁷ BOECKEL, op. cit., p. 436.

³⁸ ALVIM, op. cit., p. 24.

³⁹ GRINOVER, op. cit., p. 66.

efetividade da tutela dos deveres de fazer e não fazer, em consonância com a atual tendência do processo civil contemporâneo.

3 A EFICÁCIA DAS SENTENÇAS NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

3.1 AS CLASSIFICAÇÕES DAS SENTENÇAS

3.1.1 A Classificação Ternária

Antes de entrar propriamente na abordagem do tema em si, impende fazer uma abordagem acerca da temática relacionada à eficácia das sentenças na doutrina brasileira, cujo entendimento divide-se em duas correntes, quais sejam, a fundada na tradicional classificação trinária das sentenças e a embasada na classificação quinária, criada por Pontes de Miranda.

De acordo com a classificação trinária ou tripartida, as ações e sentenças podem ser de três espécies: declaratória (positiva ou negativa), constitutiva (positiva ou negativa) e condenatórias. Para os adeptos desta classificação, não se distinguem dessas três classes, as sentenças mandamentais e a executivas, enquanto classes autônomas, atribuindo-as natureza das sentenças condenatórias, das quais divergem tão-somente quanto à forma de execução, quanto ao procedimento de efetivação.⁴⁰

3.1.2 A Classificação Quinária

De acordo com a classificação quinária das ações e das sentenças de procedência, criada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, distinguem-se mais duas espécies de sentenças, além daquelas reconhecidas pela classificação tradicional, quais sejam, as sentenças mandamentais e as sentenças executivas.

PONTES DE MIRANDA, em sua obra, observa que a classificação trinária das sentenças já está superada, pois, além de não distinguirem as classes das sentenças mandamentais e executivas, não discerniam os pesos de eficácias da sentença:

⁴⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema da eficácia da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 112, out./dez., 2003, p. 9.

As classificações de ações de que usaram os juristas europeus estão superadas. Assim a classificação binária como a classificação ternária (ação declaratória, ação constitutiva, ação condenatória) não resistem às críticas e concorreram para confusões enormes que ainda hoje estalam nos espíritos de juristas, como também não viam que uma coisa é força de sentença (eficácia preponderante) e outra a eficácia imediata ou a mediata, sem se falar nas duas menores, com que se completa a constante da eficácia das ações e das sentenças.⁴¹

Dessa forma, outra importante contribuição da classificação quinária das ações e sentenças de procedência decorre de um dos pilares mais importantes da teoria quinária, qual seja, a eficácia múltipla da sentença, segundo a qual toda sentença não produz apenas um efeito ou eficácia; ao contrário, nela sempre se encontram reunidas todas as espécies de efeitos - declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo.⁴²

As cinco eficácias variam em graus ou pesos conforme a classe da sentença, os quais são representados pelos números 5, 4, 3, 2 e 1⁴³. A eficácia preponderante ou força da sentença é representada pelo peso 5; a eficácia imediata, peso 4; e a mediata, peso 3. Esses três pesos principais representados pelos números 5, 4, 3, somados aos valores atribuídos às cargas secundárias da decisão, representadas pelos números 2 e 1, sempre totalizam o valor constante "15".⁴⁴

É o que decorre da lição de PONTES DE MIRANDA:

Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente executiva.

(...)

A ação somente é condenatória porque preponderantemente o é. Ação condenatória é preponderantemente condenatória. Mais se pede condenar do que declarar, do que executar, do que constituir, do mandar. Não se há mister pedir, em ação nova, que se declare a relação jurídica a que se prende a condenação: já se declarou, na sentença, imediatamente. Mas precisa-se propor ação executiva, porque a carga de executividade é apenas de 3.⁴⁵

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO reconhece a grande importância desse tema para a doutrina processualista:

⁴¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de; ALVES, Wilson Rodrigues (Atualizador). **Tratado das ações**. tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 131-132.

⁴² MALACHINI, Edson Ribas. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas. **Separata Revista Forense**, n. 379, 2005, p. 90.

⁴³ Antes, Pontes de Miranda representava os pesos de eficácias contidos na sentença por asteriscos (*a*****), sendo que esse sistema ainda foi utilizado na 2ª edição dos Comentários ao Código de 1939. (MALACHINI, **As ações...**, p. 75, nota n. 57)

⁴⁴ MALACHINI, **As ações...**, p. 90.

Esta, a meu ver, uma das aplicabilidades mais claras de um dos pontos mais altos da teoria de Pontes de Miranda sobre as ações. Para ele, toda a sentença é um conjunto de eficácias não exclusivas, mas combinadas e correlacionadas necessariamente entre si que, apenas e tão-somente, preponderam umas sobre as outras. A força preponderante de uma sentença é a que lhe empresta o nome, uma sentença será condenatória, para Pontes, porque ela é preponderantemente condenatória. Apenas isto. Ela é também – e concomitantemente – declaratória, constitutiva, executiva e mandamental.⁴⁶

Assim, de acordo com a ordem dos pesos de eficácia da sentença, levando em conta a eficácia preponderante e a imediata, ter-se-á, por exemplo, a sentença **condenatória-declaratória**, como no caso de sentenças em “ação de cobrança de dívida”; a sentença **executiva-condenatória**, como a sentença do art. 641 do CPC, ou nas ações de reivindicação, de reintegração na posse, ou de “despejo por inadimplemento”; a sentença **constitutiva-executiva**, como a sentença das ações de nulidade; a **constitutiva-condenatória**, como nas ações de anulação; a sentença **declarativa-mandamental**, como a sentença de usucapião; a sentença **mandamental-declarativa**, como nas ações de mandado de segurança – em regra, ou nas ações de manutenção de posse.⁴⁷

Ademais, não somente a eficácia preponderante, como também a eficácia imediata pode ser exercida “imediatamente, no mesmo processo”, sendo que a eficácia mediata deve ser exercida em processo subsequente. Por exemplo, a sentença será tipicamente ou propriamente mandamental, quando a eficácia mandamental tiver peso 5. Porém, nas sentenças em que a eficácia mandamental tenha peso 4 (eficácia imediata), não obstante esta sentença não se enquadre na espécie tipicamente mandamental, a eficácia imediata mandamental pode ser exercida no mesmo processo, a exemplo do que ocorre nas espécies declaratória-mandamental, executiva-mandamental e constitutiva-mandamental.⁴⁸

Também a eficácia executiva pode ser exercida no mesmo processo, tanto quando constituir a eficácia preponderante da sentença, como nas ações executivas-condenatórias, com a eficácia preponderante (peso 5) é a executiva, a eficácia imediata (peso 4) é a condenatória, e a eficácia mediata (peso 3) é a declaratória, a exemplo das sentenças do art. 641 do CPC, das ações de

⁴⁵ MIRANDA, F. C. Pontes de, op. cit., p. 137-138.

⁴⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 113, jan./fev., 2004, p. 41.

⁴⁷ MALACHINI, **As ações...**, p. 90-91.

⁴⁸ Ibid., p. 92.

reivindicação, de reintegração na posse, ou de “despejo por inadimplemento”)⁴⁹ e das ações executivas *lato sensu* que seguem o procedimento previsto nos arts. 621 e seguintes do Livro II do CPC, como quando representar a eficácia imediata, a exemplo da sentença condenatória-executiva, como a sentença (ou decisão antecipatória) que impõe o cumprimento de entrega de coisa (art. 461-A, §2º), que também estabelecem um processo misto (ou sincrético).⁵⁰ Esse é o ensinamento bem demonstrado por MALACHINI:

Efetivamente, o mestre sempre ensinou que a execução, a efetivação, o cumprimento da sentença pode ser feito no mesmo processo não só quando a eficácia, a ser exercida, efetivada, seja preponderante (a força da sentença, em sua terminologia), como quando, sem ser tal, seja pelo menos imediata. A eficácia mediata é que deverá ser exercida em novo processo, como no caso típico da sentença que condena ao pagamento de quantia, que forma título executivo (Cód. de Proc. Civil, art. 584, I), objeto do processo do Livro II, Título II, Capítulo IV, art. 646 e seguintes, do Código de Processo Civil; nesse caso tem-se sentença com força condenatória, com eficácia declarativa imediata e eficácia executiva mediata.^{51 52}

Ademais, é justamente o que leciona PONTES DE MIRANDA: “Se a sentença condena, também declara, com peso de eficácia imediata ou mediata. Se a eficácia declarativa é imediata, tem-se de investigar qual a eficácia que vem depois: quase sempre é a executiva. Tudo se resume, portanto, em saber se a executividade é mediata, ou imediata; noutros termos, se a execução é nos próprios autos, por ser inclusa na sentença.”⁵³

3.2 AS CINCO ESPÉCIES DE TUTELA E AS RESPECTIVAS FORMAS DE EFETIVAÇÃO

As sentenças declaratórias destinam-se a “afirmar a existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica ou, excepcionalmente, de um fato. Seus efeitos consistem na eliminação de incerteza entre as partes.”^{54 55}

⁴⁹ Ibid., p. 90-91.

⁵⁰ Ibid., p.94-95.

⁵¹ Ibid.,p. 92.

⁵² Impende observar que, com o advento da Lei nº 11.232/2005, a sentença que condena ao pagamento de quantia certa passou a ser efetivada no mesmo processo.

⁵³ MIRANDA, F. C. Pontes de, op. cit., p. 146.

⁵⁴ TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). **Curso Avançado de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual., v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 261.

As sentenças constitutivas não só possuem o conteúdo declaratório, “como também dão atuação ao direito a uma transformação jurídica. Tais sentenças, por si sós e independentemente de qualquer atividade de efetivação posterior, constituem nova situação jurídica.”⁵⁶; como exemplo de sentença constitutiva, tem-se a que decreta a resolução do contrato ou a separação judicial, sendo certo que a eficácia constitutiva realiza-se por si só, a partir do trânsito em julgado.⁵⁷

Observa-se que as sentenças declaratórias e as constitutivas já produzem efeitos satisfativos por si sós. Assim, essas espécies de sentenças são suficientes para que a atividade jurisdicional de satisfação do titular do direito, seja efetivada, sem qualquer prática posterior de atos materiais.⁵⁸

É diferente o que ocorre com as sentenças condenatórias que demandam, para sua efetivação, o emprego de meios sub-rogatórios de execução. Os provimentos jurisdicionais condenatórios “declaram a existência do direito a uma prestação e determinam a sanção”⁵⁹, ou seja, para serem efetivados, necessitam de uma tutela complementar, a tutela executiva.

Importante destacar, pois, que a efetivação da sanção jurídica não constitui função da sentença condenatória, mas é característica da ação executiva que a segue. Ademais, a sanção jurídica não decorre da sentença, mas da norma jurídica.⁶⁰ Assim, essa espécie de sentença declara a existência do direito e autoriza o exercício da pretensão de exigir seu cumprimento forçado, ou seja, o exercício da tutela jurisdicional executiva.⁶¹ Dessa forma, o efeito característico da ação condenatória é o de servir de fundamento à execução.⁶²

Essa lição decorre do conceito de ação condenatória, formulado por PONTES DE MIRANDA:

⁵⁵ “(...) a tutela declaratória só pode se relacionar com a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica (excepcionalmente: falsidade de documento).” (OLIVEIRA, op. cit., p. 21)

⁵⁶ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 261.

⁵⁷ MALACHINI, **As ações...**, p. 85.

⁵⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema da eficácia da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 112, out./dez., 2003, p. 22.

⁵⁹ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 261.

⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Setenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 109, jan./março, 2003, p. 50.

⁶¹ *Ibid.*, p. 50-51.

⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença executiva?. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 114, mar./abr., 2004, p. 149.

A ação de condenação supõe que aquele ou aqueles a quem ela se dirige, tenham obrado contra direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (com-damnare). Não se vai até a prática jurídica do com-dano; mas já se inscreve no mundo jurídico que houve a danoção, de que se acusou alguém, e pede-se a condenação. À ação executiva é que compete, depois, ou concomitantemente, ou por adiantamento, levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico.⁶³

Além dessas três classes de sentenças, há as sentenças mandamentais e executivas, que, de acordo com a classificação quinária, não se enquadram como espécie de nenhuma das classes de sentenças da classificação tradicional, quais sejam, as sentenças declaratórias, as constitutivas e as condenatórias.

Como bem observa CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVERA, “em se cuidando de tutela mandamental ou executiva *lato sensu*, o ofício jurisdicional só se considera cumprido e acabado com a realização do direito reconhecido na sentença.”⁶⁴

De acordo com TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER, as tutelas executivas *lato sensu* são aquelas em que as decisões com eficácia executiva são efetivadas no mesmo processo em que foram proferidas, desnecessitando de processo autônomo de execução nos moldes do Livro II do CPC. Têm como conteúdo principal não uma ordem dirigida ao réu para que cumpra o preceito, mas uma autorização para que o órgão judicial execute a decisão, pelo que se distinguem dos provimentos mandamentais. Como exemplo, tem-se a ação de despejo, reintegração de posse, demarcação de terra, divisão e prestação de contas.⁶⁵

PONTES DE MIRANDA conceitua sentença executiva como

aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*). No definir títulos executivos e em apontá-los, o direito material reputa-os suficientes para o começo de execução (cognição incompleta). É comum às sentenças condenatórias que passam em julgado terem em si elementos de cognição completa para a execução, salvo *lex specialis*.⁶⁶

As decisões mandamentais, interlocutórias ou de mérito, são aquelas que contêm uma ordem dirigida ao réu para que cumpra o preceito jurisdicional, a qual deve ser atendida sob pena de imposição de medidas coercitivas, como a multa e a prisão civil, podendo o descumprimento até caracterizar crime de desobediência.

⁶³ MIRANDA, F. C. Pontes de, op. cit., p. 135.

⁶⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 22.

⁶⁵ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 261-262.

Esta ordem é efetivada no próprio processo de cognição em que a decisão foi proferida, não se vinculando a posterior processo de execução, como o que ocorre, por exemplo, no mandado de segurança, no *habeas corpus*, no interdito proibitório, na ação de manutenção na posse, na nunciação de obra nova etc⁶⁷, que constituem tutelas mandamentais concedidas por meio de procedimentos especiais, já contempladas, em caráter de exceção, pela redação original do Código de Processo Civil de 1973.

De acordo com PONTES DE MIRANDA, a “ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental.”⁶⁸

No entendimento de MALACHINI, a sentença mandamental constitui uma classe totalmente distinta da sentença condenatória, sendo esta entendida como aquela que condena o réu, pela prática de um ato ilícito, absoluto ou relativo, a sofrer um dano correspondente (*cum + damno*), realizando uma prestação. Ainda, nas ações e sentenças condenatórias tem-se que “a consequência típica – exclusivamente patrimonial – do descumprimento é sofrer o réu o procedimento de execução, com penhora de bens, alienação em hasta pública, busca e apreensão, imissão na posse, etc. (em novo processo ou, agora, em certos casos, no próprio processo de cognição – Lei nº 10.444/2002 e Cód. de Proc. Civil, art. 461-A).”⁶⁹ Já a sentença mandamental é “aquela que, por conter inequivocadamente uma ordem, tem como consequência de seu descumprimento a prática de infração penal (a do art. 330 do Código Penal, ou, eventualmente, outra)”, pelo que se distingue da classe de sentenças condenatórias.⁷⁰

MALACHINI adverte, ainda, que mandamentalidade não se confunde com executividade, com a eficácia executiva⁷¹ de uma decisão ou de uma medida por ela

⁶⁶ MIRANDA, F. C. Pontes de, op. cit., p. 135.

⁶⁷ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 261.

⁶⁸ MIRANDA, F. C. Pontes de, op. cit., p. 135.

⁶⁹ MALACHINI, **As ações...**, p. 89.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 63.

⁷¹ O autor leciona que a eficácia executiva pode decorrer de provimentos judiciais de diferentes naturezas: condenatória, mandamental ou executiva. (MALACHINI, **As ações...**, p. 81)

determinada, eis que nem sempre a decisão mandamental terá eficácia executiva, pode ter ou não.^{72 73}

⁷² MALACHINI, **As ações...**, 82.

⁷³ Um típico exemplo de decisões mandamentais desprovidas de eficácia executiva, são as proferidas nas ações cautelares típicas, como o arresto e o seqüestro. As decisões (antecipatória ou sentença) que as concedem não são executivas, pois não são satisfativas (“não executam mediante a imissão ou a reintegração na posse”). (MALACHINI, **As ações...**, p. 84)

4 DAS REFORMAS PROCESSUAIS NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

4.1 AS RAZÕES DE INTRODUÇÃO DA NOVA VIA DE TUTELA

4.1.1 Da Necessidade de Execução Específica

O art. 1.142 do Código Civil Napoleônico, dispondo que “toda obrigação de fazer e de não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor”, consagrou o clássico princípio da intangibilidade da vontade humana.⁷⁴

Durante séculos, por influência da tradição pandectista francesa, esse princípio constituiu verdadeiro óbice à efetivação das obrigações de fazer e não fazer por meio dos órgãos judiciários.⁷⁵

Em decorrência da dogmatização do princípio da intangibilidade da vontade humana, não se cogitava na possibilidade de atuação coercitiva, através dos órgãos judiciais, para transpor a resistência do obrigado e atingir o cumprimento das obrigações na forma específica. Diante disso, consagrou-se, a tutela das obrigações de fazer e de não fazer pelo equivalente pecuniário.⁷⁶

Entretanto, percebeu-se que a conversão da prestação específica da obrigação de fazer ou de não fazer em perdas e danos frustrava a expectativa do credor de obrigações de fazer ou de não fazer.⁷⁷

Somente após muita persistência de pensadores, como Chiovenda e Calamandrei, inovando acerca da forma de execução das obrigações de emitir declaração de vontade, que esse limite político à execução específica das obrigações de fazer e de não fazer foi sendo gradativamente superado.⁷⁸

No direito brasileiro, o processo de abertura à recepção da execução específica das obrigações de fazer e de não fazer iniciou-se a partir da influência

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, n. 79, jul./set., 1995, p. 66.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 150.

⁷⁶ GRINOVER, op. cit., p. 66.

⁷⁷ DINAMARCO, **A reforma do código...**, p. 151.

⁷⁸ GRINOVER, op. cit., p. 66.

que o trabalho desses pensadores exerceu sobre doutrinadores brasileiros, como Luiz Eulálio Bueno Vidigal e Sydney Sanches.⁷⁹

Significativo passo do ordenamento jurídico brasileiro veio com a previsão expressa, pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, da tutela específica das obrigações de prestar declaração de vontade, realizada através de uma sentença substitutiva da declaração não prestada, o que conduz à obtenção do resultado prático final equivalente ao adimplemento.⁸⁰ Tal previsão, antes da Lei 11.232/2005, correspondia à tutela prevista nos artigos 639, 640 e 641 do Código de Processo Civil de 1973; a referida legislação revogou estes artigos, reproduzindo suas redações, nos art. 466-B, 466-C e 466-A, respectivamente.

No que tange aos outros deveres de fazer infungíveis e aos deveres de não fazer, o Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 previu, em seu art. 302, XII, a ação cominatória, “que, dentre outras hipóteses, competia a quem, por lei ou convenção, tinha o direito de exigir de outrem que se abstinésse de ato ou prestasse fato dentro de prazo determinado.”⁸¹

No entanto, o Código de Processo Civil de 1973, instituído pela Lei nº 5.869, de 11.01.1973, extinguiu o procedimento especial previsto para a ação cominatória. A partir de então, as obrigações de fazer e de não fazer passaram a ser exigíveis, em regra, por meio do procedimento ordinário, excetuando algumas hipóteses de procedimentos especiais e cautelares.⁸²

Percebeu-se, pois, a necessidade de aprimorar as técnicas processuais do Código de 1973, para que proporcionassem meios imperativos para alcançar o cumprimento específico das obrigações de fazer e de não fazer; ou seja, propiciassem a concessão da prestação *in natura* da obrigação inadimplida, “seja prescindindo da vontade do obrigado”, através da imposição de meios subrogatórios, “seja motivando-a a optar pelo adimplemento”, mediante utilização de meios coercitivos, como as *astreintes*, que atuem sobre a vontade do devedor, para

⁷⁹ Id.

⁸⁰ Id.

⁸¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 60.

⁸² Id.

coagí-lo, através de pressão psicológica, ao cumprimento espontâneo do exato objeto da obrigação inadimplida.⁸³

4.1.2 A Insuficiência do Sistema Original do Código de Processo Civil de 1973

O sistema conferido pela redação original do Código de Processo Civil de 1973 revelava-se insuficiente e inadequado à tutela dos deveres de fazer e de não fazer, tendo em vista a impossibilidade de antecipação de tutela em razão da ausência de previsão legal, bem como em virtude da necessária correlação entre a sentença capaz de impor ao réu o cumprimento de uma prestação de fazer ou de não fazer, qual seja, a sentença condenatória e o processo de execução autônomo.

A via de tutela jurisdicional aos deveres de fazer ou de não fazer era concedida somente pela sentença final condenatória, obtida previamente em processo de conhecimento, seguida de processo autônomo de execução típico do Livro II do CPC. O processo não proporcionava ao titular do direito lesionado ou sob ameaça de lesão tudo e exatamente o que ele tinha direito de obter, ou, em outras palavras, era concedida uma tutela despida de efetividade.⁸⁴

Havia nítida separação entre o processo de cognição e o processo de execução. O primeiro destinava-se apenas ao exercício da atividade jurisdicional de cognição, onde o juiz limitava-se tão somente a conhecer e dizer o direito, a afirmar a existência ou inexistência do direito⁸⁵; voltava-se apenas a declarar o direito por meio da sentença de mérito condenatória, a qual, por sua vez, limitava-se a produzir efeitos no mundo jurídico, afirmando a existência do direito e condenando o vencido a cumprir a prestação que havia se obrigado. Caso não cumprisse a condenação, para concretizar o direito afirmado pela sentença, o vencedor teria que ajuizar processo autônomo de execução. A condenação, nos moldes tradicionais, não permitia a imediata satisfação do credor, eis que a necessária a atividade jurisdicional complementar e subsequente, qual seja, a atividade jurisdicional de execução, era exercida em outro processo, ensejado por iniciativa do vencedor.

⁸³ DINAMARCO, **A reforma do código...**, p. 151-152.

⁸⁴ TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). **Curso Avançado de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual., v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 262-263.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO observa que a sentença condenatória clássica produzia “pouquíssimos efeitos para fora do processo, limitando-se a produzir seus efeitos principais dentro e para o próprio processo, o principal deles é acarretar sua extinção (sempre o art. 463 do CPC).”^{86 87}

Não somente isso, em razão da ausência de previsão legal acerca da possibilidade de concessão da tutela antecipadamente a esses deveres, a satisfação do credor de deveres de fazer ou de não fazer dava-se somente após o longo e moroso procedimento de cognição previsto para tutela desses deveres. No processo de conhecimento da ação condenatória, a sentença somente era proferida após o exercício da ampla defesa pelo devedor, após longa instrução e cognição exauriente pelo juiz acerca do mérito da demanda. Em síntese, “não era possível a realização de um direito antes de ele ter sido declarado no processo de conhecimento.”⁸⁸

A sentença condenatória constituía, então, título executivo judicial, de acordo com o art. 584, I do CPC⁸⁹, possibilitando ao vencedor o exercício da pretensão executiva, mediante ajuizamento de um segundo processo para obter a prestação jurisdicional executiva. O procedimento executório da sentença somente se iniciava pela iniciativa do exequente, em autos que tramitava em apenso ao do processo de cognição, constituindo uma execução *ex intervallo*.

Então, nesse processo autônomo de execução, voltado somente “à realização concreta de uma sentença condenatória”⁹⁰, abria-se nova oportunidade de defesa ao então executado, através dos embargos do devedor, que suspendia o curso da

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 205.

⁸⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 113, jan./fev., 2004, p. 29.

⁸⁷ A Lei 11.232/2005 alterou a redação do *caput*, do art. 463 do CPC. De acordo com a nova redação, a sentença passou a ser o ato do juiz do qual decorre alguma das situações previstas no art. 267 ou no art. 269 do CPC, os quais, respectivamente, levavam à “resolução” do processo sem ou com julgamento de mérito, sendo que na primeira hipótese, não havia formação coisa julgada.

⁸⁸ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C., op. cit., p. 205.

⁸⁹ A Lei nº 11.232/2005 revogou o art. 584 do CPC e acrescentou o seguinte artigo que arrola os títulos executivos judiciais: “**Art. 475-N.** São títulos executivos judiciais: **I** – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; **II** – a sentença penal condenatória transitada em julgado; **III** – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; **IV** – a sentença arbitral; **V** – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; **VI** – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; **VII** – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.”

⁹⁰ BUENO, op. cit., p. 28.

execução da sentença. Somente após o julgamento dos embargos, é que se retomava o curso da execução para final satisfação do credor.

Contudo, aí não se limitavam os obstáculos à satisfação do credor. O processo de cognição tido como regra geral à tutela de deveres de fazer e de não fazer, não contemplava a possibilidade de prolação de sentença mandamental, por meio da qual o juiz emite ordem ao destinatário do provimento jurisdicional, para forçá-lo a executar a prestação determinada na sentença. Em face disto, o descumprimento do provimento jurisdicional não configurava crime de desobediência.

Nesse sentido, visando conferir uma tutela adequada e efetiva ao titular das pretensões de deveres de fazer e de não fazer, ou seja, a fim de proporcioná-lo “exatamente aquilo que ele obteria se não tivesse sido necessário o processo”⁹¹, implementou-se, através das reformas processuais de 1994 e 2002, uma nova via de tutela desses deveres no art. 461 do CPC, conforme se analisará no item subsequente.

4.2 DAS RECENTES ALTERAÇÕES

4.2.1 Da Lei nº 8.952/1994

A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994,⁹² tendo como fonte inspiradora o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, instituiu, no art. 461 do CPC,⁹³ uma estrutura especial de tutela das pretensões a deveres de fazer ou de

⁹¹ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 262.

⁹² A Lei nº 8.952/1994 alterou dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar, modificando os arts. 10, 18, 20, 33, 38, 45, 170, 172, 217, 219, 239, 242, 273, 296, 331, 417, 434, 460, 461, 800 e 805 e acrescentando o parágrafo único ao art. 46; o inciso IV ao art. 125; o §4º ao art. 162; e o §3º ao art. 172.

⁹³ DINAMARCO destaca, ainda, que o art. 84 do CDC, que disciplina as relações de consumo, foi um desdobramento aperfeiçoado do art. 11 da Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 24.07.1985, a qual dispõe acerca da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Segue a redação do referido art. 11: “**Art. 11.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.” (DINAMARCO, **A reforma...**, p. 151-152)

não fazer, que constitui uma reprodução quase que fiel àquele dispositivo.⁹⁴ É o que decorre da análise comparativa entre o art. 461 do CPC, em sua redação dada pela Lei nº 8.952/1994, e a redação do art. 84 do CDC, abaixo transcritas:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Se não relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Art. 461. 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 prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

O novo sistema contemplado pelo art. 461 do CPC conferiu absoluta prevalência à execução específica no cumprimento dos deveres de fazer ou de não fazer, relegando à excepcionalidade a conversão em perdas e danos, a qual, a teor do que dispõe o art. 461, §1º, somente é possível em caso de impossibilidade de execução específica ou por opção do credor.

⁹⁴ DINAMARCO, **A reforma...**, p. 151-152.

Para consecução da execução específica, ou seja, a obtenção da prestação *in natura* das obrigações de fazer e de não fazer, o legislador inseriu, no art. 461, mecanismos processuais, dentre os quais se destaca a previsão expressa da antecipação da tutela, além da possibilidade de imposição de medidas de coerção e de meios sub-rogatórios, no próprio processo de conhecimento, para efetivação da tutela concedida.

A previsão de antecipação da tutela para as ações de conhecimento que tenham por objeto deveres de fazer ou de não fazer possibilitou a proteção do direito antes do término do processo, bem como a efetividade do emprego da tutela preventiva.⁹⁵

Consagrou-se, pois, a possibilidade de concessão antecipada dos efeitos da tutela ao titular de deveres de fazer ou de não fazer inadimplidos, quando preenchidos os requisitos legais – conforme se analisará adiante, no Capítulo 5, item “5.3”, mediante decisão proferida com base em juízo de probabilidade e, portanto, provisória, para os casos de inutilidade do provimento jurisdicional quando concedido somente ao final da ação de cognição.

Também a previsão de mecanismos de coerção, mais especificamente a multa diária ou com outra periodicidade, contribuiu para a efetividade da tutela desses deveres, tendo em vista a imprescindibilidade de cominação de sanções idôneas e capazes de convencer o réu a cumprir o dever inadimplido, cuja realização foi determinada pela sentença ou decisão antecipatória.⁹⁶

Além disso, ampliou-se os poderes atribuídos ao juiz na condução do litígio, legitimando a possibilidade de determinação de ordens aos administradores, para que tomem as providências necessárias à efetivação do provimento, sob pena de restar caracterizado o crime de desobediência à autoridade estatal (art. 330 do CP).⁹⁷

Conforme restará demonstrado no decorrer deste trabalho, a partir do item “5.4”, do Capítulo 5, os mecanismos processuais previstos pelo art. 461 do CPC, propiciam a satisfação do credor, através de duas formas, quais sejam: a execução

⁹⁵ Tutela preventiva é aquela que visa inibir ou fazer cessar uma atividade lesiva, antes mesmo da ocorrência da lesão, do ilícito. (TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 262)

⁹⁶ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 262.

⁹⁷ Ibid., p. 262-263.

indireta, que não constitui atividade jurisdicional executiva propriamente dita, eis que consiste no cumprimento da sentença mediante atividade réu, através da imposição de multa cominatória, possibilitando a obtenção da tutela específica em sentido estrito; e a execução por sub-rogação, ou seja, o alcance do resultado prático equivalente, da prestação específica da obrigação inadimplida, através de autêntica atividade executiva que prescinde da colaboração ou vontade do réu, mediante determinação, ao oficial de justiça ou a terceiros, de meios sub-rogatórios. Ademais, a multa processual também pode ser determinada para a obtenção do resultado prático correspondente.

TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER afirmam que, no tocante ao procedimento de execução de sentença, a Lei nº 8.952/1994 inovou, na medida em que permitiu a efetivação do provimento jurisdicional que impõe, no processo de cognição, o cumprimento de deveres de fazer ou de não fazer, mediante decisão antecipatória de tutela ou sentença, no próprio processo em que foi proferido, não se instaurando mais o processo de execução autônomo, típico do Livro II do CPC, para execução desses provimentos jurisdicionais.^{98 99}

4.2.2 Da Lei nº 10.444/2002

Com o advento da Lei nº 10.444, de 07.05.2002^{100 101}, alterou-se a redação do art. 644 do CPC, no intuito de confirmar expressamente o novo sistema de execução de sentença, ou de decisão antecipatória de tutela, instituído pela reforma de 1994 – fato que se extrai da Exposição de Motivos daquela lei, conforme observam TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER.¹⁰²

⁹⁸ Ibid., p. 243.

⁹⁹ Vale ainda destacar a alteração ensejada pela Lei nº 8.953/1994 que inseriu a possibilidade de título executivo extrajudicial de obrigações de fazer. Antes dela, a execução das obrigações de fazer e de não fazer só podiam se fundar em título executivo judicial, não comportando título executivo extrajudicial para esses deveres. (TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 262)

¹⁰⁰ A Lei nº 10.444/2002 implementou as seguintes mudanças no Código de Processo Civil: alterou os arts. 273, 275, 280, 287, 331, 461, 588, 621, 624, 644, 659, 7474 e 814; acrescentou o §7º ao art. 273, o §3º ao art. 331, o §6º ao art. 461, o §2º ao art. 604, renumerando o seu parágrafo único para §1º, o §5º ao art. 659 e art. 461-A.

¹⁰¹ Dispõe o art. 5º da Lei nº 10.444/2002: “Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a data de sua publicação.”

¹⁰² TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 270.

Antes da reforma de 2002, o art. 644 do CPC preceituava: “Art. 644. Na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida. Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.”

Com a reforma da reforma, o art. 644 do CPC passou a conter a seguinte redação: “Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo. Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.”

Além dessa alteração, a Lei nº 10.444/2002 modificou a redação de alguns dos dispositivos do art. 461 do CPC, quais sejam: acrescentou a “multa por tempo de atraso”, dentre as “medidas necessárias” arroladas exemplificativamente no §5º do art. 461, destinadas à consecução da tutela específica ou do resultado prático equivalente; e acrescentou o §6º ao art. 461, autorizando expressamente a possibilidade de alteração, *ex officio* pelo juiz, do valor ou da periodicidade das *astreintes*, quando, diante dos critérios de suficiência e compatibilidade previstos pelos §4º do art. 461, caracterizar-se como insuficiente ou excessivo à efetivação da tutela específica em sentido amplo, concedida em decisão liminar ou sentença.

Essas últimas mudanças ensejaram a atual redação do art. 461 do CPC, a seguir transcrita:

Art. 461. 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 prático equivalente ao do adimplemento. (Alterado pela Lei 8.952/1994)

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Acrescentado pela Lei 8.952/1994)

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (Art. 287). (Acrescentado pela Lei 8.952/1994)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Acrescentado pela Lei 8.952/1994)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Acrescentado pela Lei 8.952/1994)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou 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. (Alterado pela Lei 10.444/2002)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Acrescentado pela Lei 10.444/2002)

Pois bem, com a alteração da redação do art. 644 do CPC, pela Lei nº 10.444/2002, alterou-se o procedimento de execução de sentença relativa às obrigações de fazer ou de não fazer que, de acordo com o *caput* do art. 644, é efetuado nos termos constantes dos dispositivos do art. 461 do CPC.

Da conjugação dos arts. 644 e 461 do CPC, extrai-se que, no cumprimento da sentença que impõe a prestação de deveres de fazer ou de não fazer, tem-se em vista a concessão da tutela específica, com a adoção de mecanismos que assegurem o cumprimento do provimento jurisdicional.

No intuito de conferir efetividade à tutela dos deveres de fazer e de não fazer, o legislador infraconstitucional introduziu no art. 461 do CPC, através das reformas de 1994 e de 2002, um sistema de prevalência à execução específica. Dessa forma, para propiciar a obtenção da prestação *in natura* da obrigação, houve a previsão da possibilidade de ações executivas *lato sensu* e mandamentais para tutela desses deveres, cujas sentenças sempre prescindiram de processo de execução autônomo para realização do direito por elas reconhecidos.

A sentença condenatória proferida com base no art. 461 do CPC passou a ser executada no mesmo processo não mais ensejando processo executivo autônomo, dispensando, pois, a instauração de formal processo executivo *ex intervallo*. Em face disto, TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER observam que, neste caso, deixou de existir a hipótese de título executivo judicial para esses deveres (art. 584, I do CPC).¹⁰³

Instaurou-se, portanto, um procedimento mais célere e efetivo, tendo em vista a possibilidade de imposição de meios sub-rogatórios no próprio processo em que a decisão foi proferida.

Em face disto, o novo procedimento de cumprimento da sentença nos moldes do art. 461 do CPC constitui uma via de tutela própria, que não se enquadra como espécie do processo de execução regulado pelo Livro II do CPC, tendo em vista

que, com a reforma, aquele processo passou a ter natureza mista, reunindo, de forma simultânea, cognição e execução.

Com relação à feição sincrética do processo ex art. 461 do CPC, ADA PELLEGRINI GRINOVER observa que “(...) a tutela específica prevista no art. 461 do CPC, quando aplicáveis as medidas sub-rogatórias de que trata seu §5º, compreende atividades jurisdicionais de cognição e de execução.” Por esta razão, esse processo adquiriu feição mista ou sincrética, concentrando a prática da atividade jurisdicional cognitiva e executiva na pessoa de um único juiz, numa mesma relação processual.¹⁰⁴

Acerca dessa mudança formal no procedimento de execução das sentenças,¹⁰⁵ possibilitada pelo art. 461, §5º, FLÁVIO CHEIM JORGE destaca: “Esse dispositivo bem demonstra que o legislador procurou fazer com que a própria efetivação da tutela (específica) seja feita no próprio processo de conhecimento, de modo a afastar a hipótese de execução *stricto sensu* (processos de execução *ex intervallo*) nos casos em que tais medidas do art. 461, §3º, §4º e §5º, sejam adotadas.”¹⁰⁶

Dessa forma, observa-se que, com a Lei nº 10.444/2002, passaram a coexistir duas vias distintas de tutela para efetivação dos deveres de fazer e de não fazer no ordenamento jurídico processual brasileiro: a execução pelo processo autônomo do

¹⁰³ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 243.

¹⁰⁴ GRINOVER, op. cit., p. 71.

¹⁰⁵ Com relação à mudança de procedimento ensejada pela Lei nº 10.444/2002, MALACHINI destaca: “Mudou apenas a forma de execução, que se tornou mais efetiva, com a realização no mesmo processo, sem a exigência da tradicional *actio iudicati* (“execução fundada em título judicial” – art. 741, *caput*, cf. art. 584, I); não a natureza da sentença, que, em caso de descumprimento de obrigação, sempre foi e é condenatória, em virtude do dano causado (*cum, damno*).” Leciona, ainda, que, assim como sucedeu com a sentença que impõe o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, a sentença prolatada conforme art. 461-A do CPC, continuou a ter natureza condenatória, mas sua eficácia executiva, que era mediata, passou a ser imediata, o que permitiu que fosse executada no mesmo processo, mediante a expedição de mandado de busca e apreensão, para coisa móvel, ou imissão na posse, em se tratando de coisa imóvel, conforme art. 461-A, §2º do CPC. (MALACHINI. **As ações...**, p. 93). No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA observa que a simples mudança de procedimento executivo, reunindo o exercício das atividades de cognição e execução no mesmo processo, não desqualifica as sentenças ex art. 461 do CPC como condenatórias: “Decerto, sublinhe-se, não é a sentença, por si só, que modifica o mundo fático em benefício do autor vitorioso: aqui, como em tantos outros exemplos apontados de sentenças executivas, é sempre necessária uma atividade jurisdicional complementar, e a circunstância de realizar-se essa atividade no mesmo processo ou em processo formalmente distinto não tem o magno relevo que se lhe pretende atribuir.” (MOREIRA, **Sentença...**, p. 159)

¹⁰⁶ JORGE, Flávio Cheim. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**: série processo de execução e assuntos afins. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 372.

Livro II do CPC (art. 632 e ss), destinada tão-somente à execução de pretensões de deveres de fazer ou de não fazer fundadas ou aparelhadas em títulos extrajudiciais, conforme art. 645 do CPC; e a nova via de tutela das pretensões a um fazer ou não fazer, destinada a conferir maior eficiência à tutela das obrigações (*lato sensu*) de fazer ou de não fazer, cuja prestação tenha sido determinada por sentença.^{107 108}

No mesmo sentido, segue a lição de BARBOSA MOREIRA, acerca das duas vias de tutela de pretensões a deveres de fazer ou de não fazer: “(...) o regime dos arts. 632 e segs., vale para as hipóteses de título executivo extrajudicial, ao passo que, se judicial o título, o respectivo cumprimento obedecerá ao disposto no art. 461, observando-se subsidiariamente as normas do correspondente capítulo do Título II do Livro II (art. 644, na redação da Lei nº 10.444).”¹⁰⁹

Assim, se o credor de deveres de fazer ou de não fazer tiver título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, II do CPC, pode exigir o cumprimento da prestação de acordo com os arts. 632 a 643 e 645 do CPC. Se não tiver, a via para exigir o cumprimento da prestação será mediante ação ordinária, nos moldes do art. 287, cuja sentença será executada de acordo com os arts. 461 e 644, observando-se subsidiariamente as regras relativas à execução por título extrajudicial.¹¹⁰ A ação ordinária prevista no art. 287 do CPC era chamada pelo Código de Processo Civil de 1939 de ação cominatória e seguia procedimento especial.¹¹¹

¹⁰⁷ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 242.

¹⁰⁸ O entendimento dominante é que essas duas formas de tutela abrangem não somente as obrigações propriamente ditas, mas todas as espécies de deveres que tenham por objeto a realização de uma atividade ou abstenção de uma conduta. Importante ainda destacar que muitas dessas pretensões são objetos de ações especiais de natureza mandamental, como mandado de segurança, *habeas corpus*, interdito proibitório, em que a efetivação das decisões não segue o procedimento de execução próprio do art. 632 e ss, do Livro II do CPC. (TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 242)

¹⁰⁹ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 261.

¹¹⁰ MALACHINI critica a terminologia adotada pela redação original do Código de Processo Civil de 1973 que, em seu Livro II, designou simplesmente de “execução”, tanto a ação executiva fundada em título executivo, judicial ou extrajudicial, promovida mediante processo de execução, típico do Livro II, como a ação de execução de sentença. Em face disto, destaca a distinção existente entre ação executiva, **processo de execução e execução da sentença, ou de decisão interlocutória de antecipação de tutela**, conforme arts. 273, 461, §3º, e art. 461-A, §3º. Ação executiva refere-se àquela fundada em título executivo judicial ou extrajudicial, que enseja a instauração do processo de execução típico do Livro II do CPC. Já a execução de sentença, diz respeito àquela feita no mesmo processo, *per officium iudicis*, sem a defesa por meio dos embargos do executado, que somente é compatível com o processo de execução do Livro II. (MALACHINI, Edson Ribas. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas. **Separata Revista Forense**, n. 379, 2005, p. 93)

¹¹¹ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 38. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 765.

Por fim, impende destacar que a Lei nº 11.232, de 22.12.2005 não promoveu nenhuma alteração na forma de cumprimento da sentença com base nos arts. 461 e 644 do CPC. Ao contrário, confirmou expressamente o procedimento consagrado pela Lei nº 10.444/2002, o que se extrai da redação do novo art. 475-I do CPC: “Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.”

Muito embora a Lei nº 11.232, de 22.12.2005¹¹² não tenha modificado a redação dos arts. 461 e 644 do CPC, eventuais alterações por ela ensejadas, que tenham relevância com algum aspecto do presente trabalho, serão comentadas ao longo da exposição.

4.3 A SUPRESSÃO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR NA NOVA VIA DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA EX ART. 461 DO CPC

De acordo com a nova redação conferida ao *caput* do art. 644 do CPC, pela Lei nº 10.444/2002, as decisões que impõem um dever de fazer ou de não fazer são cumpridas imediatamente no mesmo processo em que foram proferidas, não mais ensejando processo autônomo de execução, nos moldes do Livro II do CPC.

Por prescindir de processo autônomo de execução, a execução da sentença relativa às obrigações de fazer ou de não fazer ex art. 461 do CPC levou à supressão dos embargos do devedor, enquanto meio de defesa na fase executiva da sentença proferida com base no referido dispositivo. É o que destacam TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER: “Na medida em que a sentença é efetivada na própria relação processual em que é proferida, e não em subseqüente processo de execução, não há oportunidade para interposição de embargos do executado.”¹¹³

Também é esse o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça:

As decisões judiciais que imponham obrigação de fazer ou não fazer, ao advento da Lei 10.444/02, passaram a ter execução imediata e de ofício. Aplicando-se o disposto no art. 644-‘caput’, combinado com o art. 461, com a redação dada pela Lei 10.444/02, ambos do CPC,

¹¹² A Lei nº 11.232/2005 implementou as seguintes modificações no Código de Processo Civil: alterou os arts. 162, 267, 269, 463, 741 e 1.102-C; acrescentou os arts. 466-A a 466-C e art. 475-A a 475-R; revogou o inciso III do art. 520 e os arts. 570, 584, 588, 589, 590, 602 a 611, 639, 640 e 641.

¹¹³ TALAMINI; ALMEIDA; WAMBIER, op. cit., p. 270.

verifica-se a dispensa do processo de execução como processo autônomo. Se a nova sistemática dispensou a execução, é indubitosa a dispensa também dos embargos, não tendo aplicação o disposto no art. 738 do CPC. (STJ-2ª T., REsp 692.323, rel. Min. Eliana Calmon, j. 26.4.05, negaram provimento, v.u., DJU 30.5.05, p. 319)¹¹⁴

Essa supressão representou significativo passo à celeridade e efetividade do processo, tendo em vista, não existindo mais os embargos do devedor, não há mais suspensão do curso da execução da sentença, antes ensejada pela interposição daquela ação processual, daquele “processo de cognição incidente no curso do processo executivo, cujos autos são apensados ‘aos autos do processo principal’ (art. 736).”¹¹⁵

Conforme sensato entendimento do Ministro do Supremo Tribunal de Justiça Teori Zavascki, a impossibilidade de oposição de embargos na fase executiva da sentença ex art. 461, não representou uma mitigação ao princípio da ampla defesa:

No atual regime do CPC, em se tratando de obrigações de prestação pessoal (fazer ou não fazer) ou de entrega de coisa, as sentenças correspondentes são executivas ‘lato sensu’, a significar que o seu cumprimento se opera na própria relação processual original, nos termos dos arts. 461 e 461-A do CPC. Afasta-se, nesses casos, o cabimento de ação autônoma de execução, bem como, conseqüentemente, de oposição do devedor por ação de embargos. Todavia, isso não significa que o sistema processual esteja negando ao executado o direito de se defender em face de atos executivos ilegítimos, o que importaria ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Ao contrário de negar o direito de defesa, o atual sistema o facilita: ocorrendo impropriedades na prática dos atos executivos previstos no art. 461 do CPC, a defesa do devedor se fará por simples petição no âmbito da própria relação processual em que for determinada a medida executiva, ou pela via recursal ordinária, se for o caso. (STJ-1ª, REsp 780.678, rel. Min. Teori Zavascki, j. 6.10.05, negaram provimento, v.u., DJU 24.10.05, p. 222)¹¹⁶

O Ministro lembra que restou, ao devedor, na fase de execução da sentença ex art. 461 do CPC, uma espécie de defesa efetuada, na mesma relação processual, através de uma simples petição, que pode ser argüida contra certas impropriedades na prática dos atos executivos. É o que a doutrina costuma chamar de Exceção de Pré-Executividade.

Esta terminologia é criticada por MALACHINI, tendo em vista que, primeiramente, não se trata de uma defesa feita na fase pré-executiva, ou seja, não

¹¹⁴ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F. op. cit., p. 521.

¹¹⁵ MALACHINI, Edson Ribas. A defesa intraprocessual no processo de execução (“exceção de pré-executividade). In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda ALVIM. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 308.

¹¹⁶ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 521.

é feita previamente à fase executiva, mas no curso desta; ainda, o que se pretende defender através deste instituto não é a executividade, mas a não-executividade de certos atos; em terceiro lugar, porque esse instituto não se restringe à fase ou ao processo de execução, encontrando pertinência, também, no processo de cognição e no processo cautelar. Por estas razões, o referido doutrinador propõe a expressão “defesa intraprocessual” para melhor designar o instituto em comento.¹¹⁷

O Código de Processo Civil de 1973 não contém uma previsão específica acerca da defesa intraprocessual na fase ou processo de execução; trata-se de uma defesa supletiva, que “deve justificar-se por algum fundamento suficiente para: 1º) Tornar admissível outra forma de defesa que não a prevista na lei; 2º) mais: tornar dispensável o requisito da segurança ou garantia do resultado útil do processo executivo – de resto justificável por haver, em favor do exeqüente, o título executivo, que estabelece, até prova cabal em contrário, a presunção da existência do crédito.”¹¹⁸

Em face disto, MALACHINI leciona que o estatuto básico da defesa intraprocessual na fase ou processo de execução da sentença localiza-se no art. 303, II e III, c.c. art. 598 do CPC, que dispõem: “Art. 598. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.”; e “Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: (...¹¹⁹) II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.”

É a lição que se extrai dos seguintes excertos:

Toda a lógica da defesa intraprocessual no processo de execução está, a nosso ver, aí: nas duas hipóteses previstas no art. 303, II e III (c.c. o art. 598), não há preclusão para apresentação de “novas alegações” porque: (a) se compete “ao juiz conhecer delas de ofício”, não há nenhum sentido lógico em ser a parte atingida pela preclusão por não as ter formulado no momento processual em que o poderia ter feito – pela simples e boa razão de que o juiz não dependia de tal alegação para apreciar a questão, mas, ao contrário, era seu dever apreciá-la, independentemente de qualquer arguição; (b) se, “por expressa autorização legal”, as alegações “puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo” – *tollitur quaestio*: é a lei mesma que está a declarar que elas não dependem, para ser exercidas, de o serem em momento processual determinado.¹²⁰

¹¹⁷ MALACHINI, **A defesa intraprocessual...**, p. 307-308, nota n. 03.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 308.

¹¹⁹ “I - relativas a direito superveniente;”

¹²⁰ MALACHINI, **A defesa intraprocessual...**, p. 309.

Essa é a lógica irretorquível que fundamenta a possibilidade de alegação, imune à preclusão temporal, de matéria de conhecimento obrigatório do julgador, e que fez com que se impusesse, conquanto sem previsão específica na lei, sem qualquer possibilidade de recusa, a defesa intraprocessual no processo de execução, *ad instar* (art. 598) do que acontece – embora com muito menor percepção pelos agentes da realização do direito, e portanto com muito menos rumor! – no campo do processo de cognição, pela pura e simples aplicação do art. 303, II e III.¹²¹

Dessa forma, embora não seja mais possível a defesa do devedor por meio da ação de embargos, prevista no Título III do Livro II, nos arts. 736 a 747 do CPC, pois não mais se trata de processo de execução autônomo, é possível argüir, na fase executiva da sentença ex art. 461 do CPC, por meio da defesa intraprocessual, as matérias contempladas pelo art. 303, inc. II do CPC (matéria que compete ao juiz conhecer de ofício; matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz) e inc. III (matérias que podem ser alegadas a qualquer momento, em virtude de autorização legal).

4.4 A EXTENSÃO DO REGIME DO ART. 461 DO CPC ÀS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA DE COISA: O ART. 461-A DO CPC

Outra importante inovação ensejada pela Lei nº 10.444/2002 foi a instituição do art. 461-A do CPC, com a seguinte redação:

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

Através deste dispositivo, o regime de efetivação da tutela específica mediante *astreintes* e medidas de apoio constante do art. 461 do CPC, foi estendido às obrigações de entrega de coisa, restringindo o processo autônomo de execução,

¹²¹ MALACHINI, A defesa intraprocessual..., p. 312.

previsto nos art. 621, *caput*, e parágrafo único, 624, 627, §§1º e 2º, às hipóteses de obrigações fundadas em títulos extrajudiciais.¹²²

Assim, de acordo com o §3º do art. 461-A do CPC, nas ações que tenham por objeto entrega de coisa, pode o juiz determinar as providências previstas nos §§ 4º e 5º, do art. 461 do CPC, dentre as quais vale destacar-se a importância da aplicação da multa cominatória, sobretudo quando se tratar de coisa móvel que não foi encontrada para ser apreendida (art. 461-A, §2º).¹²³

A Lei nº 10.444/2002, ao incluir o art. 461-A ao CPC, estabeleceu que o provimento jurisdicional, antecipatório ou final, proferido conforme esse dispositivo possui, em regra, eficácia executiva, ou seja, o juiz determinará providências para efetivação da decisão no próprio processo em que foi proferida a decisão.¹²⁴

Portanto, as ações *ex art. 461-A* também são ações sincréticas, em que a execução é efetuada através da expedição de mandado executivo na mesma relação processual. Em face disto, não há espaço para oposição de embargos, “o que não equivale dizer que ao demandado está excluído o direito de se insurgir contra fatos ocorridos após a prolação da sentença. Nessas hipóteses, sua defesa poderia ser realizada por simples petição, a exemplo da exceção de pré-executividade.”¹²⁵ Dessa forma, a defesa intraprocessual, nos moldes expostos no item anterior, é cabível nas ações *ex art. 461-A* do CPC.

A exemplo do art. 461 do CPC, a sentença proferida com base no art. 461-A passou a ser efetivada no próprio processo em que foi proferida, independentemente de nova demanda e sem oportunidade para interposição de embargos à execução e embargos por benfeitorias; eventual indenização por benfeitorias deve ser pleiteada pelo réu na contestação.¹²⁶ Continuam cabendo, porém, embargos de terceiro, eis que este é um meio de defesa da posse ou de outros direitos decorrente de garantia real contra atos lesivos praticados por órgãos jurisdicionais em qualquer processo

¹²² TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER observam que a Lei nº 10.444/2002, através da instituição do art. 461-A do CPC, conferiu maior relevância à via de tutela do art. 461 do CPC, na medida que estendeu sua aplicação, no que couber, às obrigações de entrega de coisa. (TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 260)

¹²³ MALACHINI, Edson Ribas. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas. **Separata Revista Forense**, n. 379, 2005, p. 94.

¹²⁴ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 272.

¹²⁵ RODRIGUES NETTO, Nelson Rodrigues. Reflexões sobre a cumulação de execuções fundadas em títulos executivos judicial e extrajudicial. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 107, jul./set., 2002, p. 76.

¹²⁶ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 272.

em que o possuidor (ou detentor da garantia real) não se figure como parte; portanto, os embargos de terceiro não constituem um processo incidental à execução do Livro II.¹²⁷

Com relação às pretensões abrangidas pelo sistema instituído no art. 461-A do CPC, a eficácia executiva de seus provimentos aplica-se a todos os deveres de entrega de coisa. Portanto, esse regime abrange tanto as pretensões reais que não possam ser tuteladas por uma ação especial executiva *lato sensu*, como a ação de imissão de posse, de reivindicação, de reintegração de posse contra esbulho com mais de ano e dia, como também as pretensões meramente obrigacionais, a exemplo do inquilino que contrata um locador para assumir a posse do bem locado, mas não o entrega.¹²⁸

O art. 461-A, §3º do CPC prevê a aplicação subsidiária dos dispositivos constantes do art. 461 do CPC (§§1º ao 6º) à tutela das obrigações de entrega de coisa. Assim, é possível utilizar a eficácia mandamental e os mecanismos processuais coercitivos e sub-rogatórios típicos (multa cominatória e providências sub-rogatórias constantes do §5º) e atípicos previstos no art. 461 do CPC à tutela prevista no art. 461-A. Entretanto, tal aplicação não pode se dar de forma generalizada, mas apenas quando se justificar, o que não ocorre quando for simples e rápida a efetivação do mandado (de imissão na posse ou de busca e apreensão) expedido em favor do autor.¹²⁹

Isto porque se encontra no próprio art. 461-A a regra para efetivação da decisão concessiva (antecipatória ou sentença) da tutela específica, proferida com base no art. 461-A. Primeiramente, o juiz fixará prazo para que o réu cumpra o preceito, nos termos do art. 461-A, *caput*. Não cumprindo voluntariamente o preceito no prazo, ou seja, se o réu não entregar a coisa, via de regra parte-se para a expedição, em favor do credor, do mandado de busca e apreensão, quando se tratar de coisa móvel, ou de imissão na posse, em se tratando de coisa imóvel.¹³⁰

Desta forma, a aplicação dos dispositivos do art. 461 ao art. 461-A, dar-se-á, essencialmente, em três situações:

¹²⁷ Ibid., p. 272-273.

¹²⁸ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 272.

¹²⁹ Id.

a) na antecipação de tutela, quando houver extrema urgência na pronta obtenção do bem; b) em relação aos deveres instrumentais, como o de indicar onde a coisa móvel está, permitir-lhe acesso, fornecer informações necessárias para sua eventual desinstalação (deveres de fazer, na essência); c) nos casos em que a desocupação do imóvel ou a entrega do bem móvel se reveste de peculiaridade tais que a tornam tão complexa a ponto de ser difícil realizá-la sem a ajuda do réu.¹³¹

Ressalte-se, ainda, que o próprio dispositivo constante do art. 461-A, §3º do CPC já apresenta grande utilidade na tutela dos deveres cuja prestação figura-se complicada ou possui natureza mista (em que o fazer encontra-se vinculado com a entrega de bens).¹³²

¹³⁰ Ibid., p. 273.

¹³¹ Id.

¹³² TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 273

5 AS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER NO ART. 461 DO CPC

5.1 A ACEPÇÃO LEGAL DE “OBRIGAÇÕES” NO ART. 461 DO CPC

O *caput*, do art. 461 do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.444 de 07.05.2002, preceitua: “Art. 461. 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 prático equivalente ao do adimplemento.”

Uma leitura desatenta a este dispositivo legal poderia induzir ao entendimento de que somente as obrigações propriamente ditas estariam abarcadas pela tutela ex art. 461. Contudo, para delinear o âmbito de aplicabilidade da tutela consagrada no artigo 461, impende conceituar, antes, obrigação e dever jurídico.

Sob a ótica de seus elementos estruturais, obrigação é o vínculo que une dois sujeitos (sujeito ativo e sujeito passivo), que garante a um deles o direito de exigir uma prestação apreciável economicamente (objeto da obrigação), a qual consiste em um dar, fazer ou não fazer.¹³³

Em sentido técnico, a obrigação é caracterizada “pela instauração de prestações consistentes em condutas humanas devidas, originadas de negócios jurídicos, do regime de responsabilidade civil ou da rejeição ao enriquecimento sem causa.”¹³⁴ A obrigação em sentido estrito ou técnico decorre, pois, de atos de vontade das partes envolvidas.

Dever jurídico decorre da lei, de uma imposição legal, ou seja, “é a imposição jurídica de determinado comportamento ativo ou omissivo, passível de ser resguardado por sanção.” Ainda, o dever jurídico é imposto no interesse da coletividade, do Estado, de um ou de vários particulares, sendo que, portanto, nada tem a ver com o interesse do sujeito vinculado à imposição da conduta.¹³⁵

Observa-se, pois, que obrigação, em sentido técnico, possui uma aceção bem mais restrita que dever jurídico. Em verdade, a obrigação propriamente dita

¹³³ BRASIL, Deilton Ribeiro. **Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 86-87.

¹³⁴ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 126.

está contida no conceito de dever jurídico e constitui apenas uma das clássicas categorias de relação jurídica de direito privado, juntamente com as dos direitos reais, do direito de família e do direito de sucessão.¹³⁶

Diante disso, tem-se que o regime de tutela previsto pelo art. 461 do CPC é aplicável não somente às obrigações em sentido técnico, que se refere aos deveres jurídicos obrigacionais, mas estende-se a todos os deveres jurídicos que tenham por objeto a realização de uma atividade ou abstenção de uma conduta.¹³⁷

Aliás, esse é o entendimento consagrado pelas fontes inspiradoras do art. 461 do CPC – o art. 11 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que prevêm tutelas aplicáveis também aos direitos não obrigacionais, muito embora conste, nos respectivos textos legais, a expressão “obrigações”.¹³⁸

Ademais, o art. 461 do CPC - excetuando-se as vias especiais de tutela, como o mandado de segurança, o *habeas data*, o *habeas corpus*, o interdito proibitório, a manutenção de posse, etc. - é aplicável tanto aos deveres derivados de direitos relativos, obrigacionais ou não, como aos derivados de direitos absolutos, como os direitos reais, direitos da personalidade etc., públicos e privados.^{139 140}

Diante disso, figura-se oportuno destacar que, no presente trabalho, a expressão “obrigações”, deve ser entendida em seu sentido mais amplo, ou seja, como dever jurídico.¹⁴¹

¹³⁶ Ibid., p. 127.

¹³⁷ Id.

¹³⁸ Ibid., p. 128.

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ BARBOSA MOREIRA destaca que, do regime de execução de sentença do art. 461 “Fica ressalvado o caso das obrigações de emitir declaração de vontade.”¹⁴⁰ Isto porque, a estas obrigações, a própria sentença, uma vez transitada em julgado, já produz todos os efeitos da declaração de vontade não emitida, nos termos dos arts. 639 a 641 do CPC. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 206). Insta observar que os arts. 639, 640 e 641 foram revogados pela Lei nº 11.232/2005, cujas redações foram contempladas respectivamente pelos arts. 466-B, 466-C e 466-A do CPC.

¹⁴¹ TALAMINI, TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 129.

5.2 DELIMITAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

5.2.1 As Obrigações de Fazer e a Diferença com as Obrigações de Dar

As obrigações de fazer são aquelas cujo objeto constitui-se na prática de uma atividade pelo devedor, ou seja, uma conduta comissiva ou positiva.¹⁴² Para TALAMINI, “dever de fazer consiste na imposição prática de um ato estritamente pessoal ou exeqüível por outra pessoa.”¹⁴³

Nesta esteira, há que se diferenciar as obrigações de fazer das obrigações de dar, eis que ambas têm por objeto prestações positivas. CARREIRA ALVIM entende que a diferença entre essas espécies de obrigações reside no fato de que a prestação da obrigação de fazer recai sobre uma conduta positiva por parte do devedor; já a prestação das obrigações de dar recai sobre coisas.¹⁴⁴

TALAMINI destaca que para diferenciar os deveres de fazer dos deveres de dar (entregar coisa ou pagar), é preciso se averiguar qual dos aspectos da prestação (fazer, entregar, pagar) constitui o núcleo do interesse objetivo, ou seja: “Vai-se aferir – levando-se em conta as máximas da experiência (ou, eventualmente, dados técnicos) – se o cerne da prestação está (i) na entrega do bem (dinheiro, coisa) ao titular do direito, sendo-lhe meramente acessória a prestação do fato, ou (ii) se, ao contrário, esta na prestação do fato, sendo-lhe instrumental ou simples decorrência a entrega do bem.”¹⁴⁵

Acerca do tema, WHASHINGTON DE BARROS MONTEIRO leciona:

O *substractum* da diferenciação está em verificar se o *dar* ou *entregar* é ou não consequência do *fazer*. Assim, se o devedor tem de dar ou de entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entregá-la, se tem de realizar algum ato, do qual será mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer.¹⁴⁶

¹⁴² ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 53.

¹⁴³ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 132.

¹⁴⁴ ALVIM, op. cit., p. 54.

¹⁴⁵ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 134-135.

¹⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**.v. 4. 1ª parte. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 91.

5.2.2 As Obrigações de Não Fazer

As obrigações de não fazer são aquelas obrigações negativas que têm por objeto uma prestação negativa consistente em uma conduta de abstenção, de omissão por parte do devedor ou em uma atitude de tolerância em relação a algum fato natural, ou alguma atividade ou em relação aos respectivos resultados destes.¹⁴⁷

Entre os deveres de não fazer, consistentes em um “não agir”, distingue-se o dever de tolerância e o dever de abstenção, muito embora tal distinção não tenha relevância prática, pois se submetem ao mesmo regime de tutela. Tem-se por dever de tolerância aquele em que “o sujeito é obrigado a suportar atos alheios de interferência na sua esfera jurídica, ficando-lhe vedado adotar condutas de reação (ex.: servidão de passagem)”. O dever de abstenção “implica a proibição da prática de atos que afetem a esfera jurídica alheia (ex.: dever de não ofender a honra de outrem).”¹⁴⁸

Dentre as pretensões abarcadas pela tutela ex art. 461, TALAMINI inclui, ainda, o dever geral de abstenção, ou seja, aquele “derivado da vedação de que alguém afronte ou pretenda afrontar esfera jurídica alheia, sem que possua fundamento jurídico para tanto.”¹⁴⁹

5.3 A (IN)FUNGIBILIDADE DAS PRESTAÇÕES DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

O Estado, por deter o monopólio da atividade jurisdicional, deve garantir meios imperativos capazes de proporcionar, ao titular da prestação inadimplida, o resultado prático previsto na obrigação positiva (fazer) ou negativa (não fazer).

Nesta esteira, impende discorrer acerca da infungibilidade das obrigações de fazer e de não fazer, eis que esta característica reflete diretamente no meio a ser empregado para obtenção da prestação específica da obrigação, na prestação da tutela executiva.

¹⁴⁷ ALVIM, op. cit., p. 53-54.

¹⁴⁸ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 149.

¹⁴⁹ Ibid., p. 151.

Diz-se obrigação fungível quando, em razão da natureza de sua prestação, ou disposição convencional, admitir a execução por terceiro, por pessoa diversa da do obrigado. O interesse do credor volta-se ao resultado prático a ser obtido; o fim pretendido, ou seja, a realização da prestação, sobressai-se ao meio de atingi-lo (quem realizará a prestação).¹⁵⁰ Assim, é indiferente ao titular da prestação inadimplida que esta seja realizada pelo próprio obrigado ou por terceiro, às custas daquele.¹⁵¹

Obrigação infungível ou *intuito personae* é aquela cuja prestação somente pode ser satisfeita por aquele que se obrigou, em decorrência das qualidades ou aptidões pessoais do obrigado ou por convenção.¹⁵² Aqui, não se leva em conta somente o resultado decorrente da realização da prestação devida; há a prevalência no interesse do titular na realização da prestação pelo próprio obrigado.¹⁵³

A infungibilidade da prestação da obrigação pode ser natural (quando decorrer da natureza da prestação), ou convencional (quando houver acordo entre as partes acerca do cumprimento da prestação somente por determinada pessoa em razão de suas qualidades individuais).¹⁵⁴ Há, ainda, a infungibilidade jurídica, quando “prende-se à natureza da prestação e à índole da proteção que o ordenamento jurídico outorga à liberdade do devedor inadimplente, sem desconsiderar, no entanto, o direito do credor.”¹⁵⁵ Neste caso, a infungibilidade é criada pelo Estado, pelo ordenamento jurídico, como no caso da obrigação de emitir declaração de vontade assumida em contrato preliminar, a exemplo das promessas de contratar em geral, em que o contrato preliminar confere ao credor o direito à conclusão do contrato definitivo ou principal.¹⁵⁶

As obrigações de fazer podem ter por objeto prestações fungíveis ou infungíveis. Quando se estiver diante de uma situação em que “o direito do credor pode ser cabalmente satisfeito mediante a prática do ato por pessoa diversa do devedor”, será fungível.¹⁵⁷ Caracterizar-se-á como infungível a obrigação em que “a

¹⁵⁰ ALVIM, op. cit., p. 55.

¹⁵¹ Ibid., p. 56.

¹⁵² Há quem equipare às obrigações infungíveis aquelas que dependem da cooperação de terceiro para sua satisfação. (ALVIM, op. cit., p. 55)

¹⁵³ Ibid., p. 55.

¹⁵⁴ Id.

¹⁵⁵ Ibid., p. 59.

¹⁵⁶ BRASIL, op. cit., p. 102.

¹⁵⁷ MOREIRA, **O novo processo...**, p. 206.

satisfação do credor apenas pode resultar do cumprimento da obrigação por determinada pessoa.”¹⁵⁸

Já as prestações das obrigações de não fazer são sempre infungíveis,¹⁵⁹ como observa BARBOSA MOREIRA: “É ainda infungível a prestação em quaisquer obrigações de não-fazer: se determinada pessoa está obrigada a abster-se de algum ato, evidentemente não poderá satisfazer o credor a abstenção de outra(s) pessoa(s) – nem sequer a de todas as outras pessoas – caso o devedor pratique o ato.”¹⁶⁰

Com relação às obrigações negativas, o supra mencionado autor as subdivide em instantâneas e permanentes. Diz-se instantânea, quando uma vez praticada a conduta a que tinha se obrigado a não fazer, não admitem desfazimento; ou seja, não há como se retornar à situação anterior ao descumprimento da obrigação, não há como se obter o cumprimento da prestação específica (original) da obrigação. Uma vez descumprida a obrigação negativa com prestação instantânea, somente é possível o ressarcimento pelo equivalente em pecúnia, converte-se em perdas e danos.¹⁶¹ As obrigações negativas permanentes são aquelas em que, uma vez praticada a conduta a que estava obrigado a omitir, admitem o desfazimento, o retorno à situação anterior. Nestas, a coação para o retorno da situação anterior ao inadimplemento é possível, ou seja, de um não fazer inadimplido decorre um dever de desfazer, que consiste em um fazer.¹⁶²

Nesta linha, conclui-se que as obrigações de não fazer somente existem como tal, enquanto não ocorrer o inadimplemento da obrigação, ou seja, enquanto o obrigado não praticar a conduta omissiva a que se obrigou, eis que uma vez descumprida a obrigação de não fazer, surge uma obrigação de fazer para seu

¹⁵⁸ Ibid., p. 208.

¹⁵⁹ ADA PELLEGRINI GRINOVER pondera a cautela que se deve ter com relação a essa afirmação: “Por isso mesmo, há que se tomar *cum grano salis* a afirmação corrente de que as obrigações de não fazer seriam sempre infungíveis. É que, como bem salientou Vittorio Denti, a) em caso de proibição violada, surge do inadimplemento um comando positivo e, em substituição à obrigação de não fazer, ter-se-á a obrigação de fazer o necessário para repor o *status quo ante*; e b) violado um comando positivo, oferecem-se meios para a produção do resultado que o obrigado sonegou ao credor.” (GRINOVER, op. cit., p. 67)

¹⁶⁰ MOREIRA, **O novo processo...**, p. 218.

¹⁶¹ ALVIM, op. cit., p. 59-60.

¹⁶² Ibid., p. 60.

desfazimento imposta pela tutela executiva.¹⁶³ A fim de corroborar com esse entendimento, segue a lição de FLÁVIO CHEIM JORGE:

Prova disso é que não existe mora para este tipo de obrigação, e a própria palavra *execução*, quando se refere a esta modalidade de obrigação, comporta reparos, tendo em vista que, se a *execução (ex sequitur)* corresponde ao que vem depois, em seguida etc., é certo que há a execução desta modalidade de obrigação, justamente enquanto não se toma medida algumas, qual seja, enquanto se abstém de praticar qualquer ato.¹⁶⁴

Assim, em caso de inadimplemento de obrigações de fazer com prestação infungível ou de obrigações de não fazer (cuja prestação é sempre infungível), somente interessa ao credor o cumprimento da prestação na forma específica, a restauração da situação idêntica pelo próprio devedor.

Diante disso, em se tratando de obrigações com prestação infungível, o Estado deve empregar meios coercitivos sobre a vontade do devedor, para induzi-lo ao cumprimento da obrigação, alcançando, assim, a obtenção da tutela específica na acepção legal ou em sentido estrito. De nada adianta o emprego de meios subrogatórios ou substitutivos da conduta do demandado visando a obtenção do resultado prático equivalente (ex.: cumprimento da prestação por terceiro). Caso se constate a impossibilidade de cumprimento de sua prestação na forma específica pelo próprio obrigado, a única saída será a conversão em perdas e danos, eis que não comportam execução por terceiro.

Aqui, há que se destacar a exceção que ocorre na hipótese de infungibilidade jurídica, mais especificamente com as obrigações de emitir declaração de vontade – que, por sua natureza, incluem-se entre as obrigações com prestação infunível. Neste caso, o interesse do credor volta-se ao resultado, não à atividade do devedor, o que possibilita a obtenção do resultado esperado pelo credor (produção de efeitos jurídicos) mediante sentença substitutiva da conduta do devedor, caso este persista na situação de inadimplência (arts. 639-641 do CPC)¹⁶⁵. É o que BARBOSA MOREIRA observa com sabedoria:

Daí deflui a possibilidade de proporcionar-se ao credor – diferentemente do que sucede nas restantes hipóteses de obrigação com prestação infungível – o benefício especificamente

¹⁶³ JORGE, op. cit., p. 362.

¹⁶⁴ Id.

¹⁶⁵ A Lei nº 11.232/2005 revogou os arts. 639, 640, 641 do CPC, cujas redações foram contempladas pelos arts. 466-B, 466-C e 466-A, respectivamente.

visado, e não apenas uma vantagem substitutiva, representada pelo equivalente em dinheiro da prestação devida. Em determinadas circunstâncias, assegura-lhe a lei aquele resultado, através de expediente que torna prescindível a colaboração do devedor: atribui à *própria sentença*, pela qual haja sido ele condenado a emitir a declaração de vontade, os mesmos efeitos que somente esta poderia surtir.¹⁶⁶

Portanto, a infungibilidade meramente jurídica não constitui fator limitativo, à atividade jurisdicional, quando o obrigado recalcitrante persiste na situação de inadimplência, eis que, pela adoção de medidas sub-rogatórias, pode-se alcançar o resultado prático visado, independentemente da colaboração do obrigado recalcitrante.¹⁶⁷ Já que foi o Estado que criou a infungibilidade jurídica, ele poderá criar uma situação jurídica equivalente à declaração de vontade não emitida pelo obrigado.¹⁶⁸

Com relação às obrigações de fazer com prestação fungível, embora seja dada prevalência, pelo art. 461, à obtenção da tutela específica (no sentido legal, qual seja, cumprimento da obrigação pelo próprio obrigado através de meios de coerção), estas admitem o emprego de meios sub-rogatórios que visam a obtenção do resultado prático equivalente.

¹⁶⁶ MOREIRA, *O novo processo...*, p. 210.

¹⁶⁷ GRINOVER, *op. cit.*, p. 67.

¹⁶⁸ BRASIL, *op. cit.*, p. 102.

6 O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER OU DE NÃO FAZER NO ART. 461 DO CPC

6.1 O SENTIDO, NO ART. 461 DO CPC, DE TUTELA ESPECÍFICA E RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE

Para a doutrina, tutela específica é aquela que se contrapõe à tutela genérica, sendo esta a que visa a obtenção de equivalente em pecúnia, ou seja, converte-se a obrigação específica em perdas e danos. A tutela específica refere-se àquela que visa a obtenção do exato resultado que se alcançaria sem a violação do direito, excetuando a obtenção do dinheiro. Desta forma, a noção doutrinária de tutela específica abrange não somente a tutela específica da obrigação, como também a obtenção do resultado prático equivalente ou correspondente.¹⁶⁹

ADA PELLEGRINI GRINOVER conceitua tutela específica “como o conjunto de remédios e providências tendente a proporcionar àquele, em cujo benefício se estabeleceu a obrigação, o preciso resultado prático que seria atingido pelo adimplemento.”¹⁷⁰

Entretanto, a lei confere um sentido mais restrito à tutela específica que a noção doutrinária. Afirma, de forma reiterada, no art. 461, *caput*, §1º e §5º do CPC, a dicotomia existente entre essas expressões “tutela específica” e “resultado prático equivalente”.¹⁷¹

Assim, no sentido do art. 461 do CPC, tutela específica da obrigação é aquela que busca o resultado final mediante a conduta do próprio demandado. Já a obtenção do resultado prático equivalente refere-se àquele buscado através do emprego de meios substitutivos da vontade do devedor.¹⁷²

¹⁶⁹ TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). **Curso Avançado de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual., v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 263.

¹⁷⁰ GRINOVER, **Tutela jurisdicional...**, p. 66.

¹⁷¹ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 263.

¹⁷² Id.

6.2 A EFICÁCIA MANDAMENTAL DE PROVIMENTOS EX ART. 461 DO CPC

Um assunto muito discutido na doutrina brasileira diz respeito à possibilidade constante do art. 461 do CPC do juiz emitir provimentos com eficácia mandamental, visando o cumprimento da tutela específica.

De acordo com TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER, tanto a decisão interlocutória de antecipação de tutela (§3º, do art. 461 do CPC), quanto a sentença de mérito concessivas da tutela ex art. 461, possuem eficácia mandamental por veicularem uma ordem ao demandado, eis que há “direta determinação de que o réu cumpra o fazer ou não fazer, objeto do dever tido como plausível.”¹⁷³

Os referidos autores lembram que o sistema do art. 461 do CPC conferiu prevalência à obtenção da tutela específica, relegando à excepcionalidade a conversão em perdas e danos, art. 461, §1º do CPC - apenas por opção do credor ou impossibilidade do cumprimento específico.¹⁷⁴

Assim, para consecução da tutela específica em sentido estrito, a lei foi além da mera autorização para que o juiz adote meios substitutivos da conduta do demandado. O art. 461 conferiu amplos poderes ao juiz para que ele imponha, através do provimento jurisdicional concessivo da tutela, um mandamento para forçar o devedor a adotar o comportamento imposto jurisdicionalmente. O provimento concessivo da tutela ex art. 461 do CPC não faculta que o réu cumpra ou não o que deve; veicula uma ordem (revestida de autoridade estatal) para que cumpra o preceito.¹⁷⁵

Portanto, lecionam que, no âmbito do art. 461 do CPC, o provimento jurisdicional concessivo da tutela terá eficácia mandamental, quando for “tendente à tutela específica, na terminologia da lei”, ou seja, quando visar a obtenção do resultado específico mediante a conduta do próprio demandado.^{176 177} Uma vez

¹⁷³ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 263.

¹⁷⁴ Ibid. p. 264.

¹⁷⁵ Id.

¹⁷⁶ Ibid., p. 268.

¹⁷⁷ Salientam, ainda, que a carga mandamental dos provimentos concedidos ex art. 461 do CPC em nada se confunde com a do preceito executivo contido no Livro II (arts. 632 e 642 do CPC). Neste, a eficácia preponderante visa a “preordenação de meios subrogatórios”, sendo a carga mandamental reduzida, mesmo na hipótese de cominação de multa (art. 645 do CPC). Diante da recusa ou mora no cumprimento do preceito pelo devedor, não resta outra alternativa senão a substituição, pelo Estado, na busca do bem jurídico visado ou do equivalente em pecúnia. Diante do não cumprimento do preceito pelo devedor no prazo fixado pelo juiz, parte-se, desde logo, para o cumprimento por terceiro

caracterizada a ordem, o respectivo descumprimento pelo réu caracterizará crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, podendo até ensejar prisão penal em flagrante, com a instauração de processo penal subsequente. Não se trata de prisão civil, até mesmo porque é vedada para este caso.¹⁷⁸

No entendimento de MALACHINI, não se pode considerar as sentenças que julgam procedente o pedido relativo a obrigação de fazer ou de não fazer ex art. 461, de forma generalizada, como mandamentais, eis que nem sempre haverá emissão de ordem quando o juiz acolhe o pedido. Nesse sentido, leciona que não se justifica a emissão de ordem quando os interesses envolvidos forem meramente obrigacionais, contratuais. Defende que o provimento jurisdicional ex art. 461, somente se caracterizará como mandamental, quando envolver algum interesse público. Nesta hipótese, a consequência pelo descumprimento do provimento vem tipificada de forma terminativa pelo ordenamento jurídico, no intuito de reforçar o caráter proibitivo da conduta, não ensejando nenhuma discricionariedade ao destinatário da ordem, quanto ao seu cumprimento.¹⁷⁹

Aliás, essa seria uma segunda característica que diferencia a sentença cominatória ou condenatória da mandamental. Além do fato de que as sentenças mandamentais não ensejam nenhuma faculdade ou discricionariedade ao receptor (réu ou terceiro – órgão estatal, pessoa jurídica de direito privado ou pessoa física) quanto ao cumprimento da ordem,¹⁸⁰ diferentemente do que ocorre com o provimento cominatório, em que a consequência pelo descumprimento deve obrigatoriamente vir expressa, no provimento mandamental não é essencial essa formulação expressa da consequência pelo descumprimento, pois esta já vem prevista na lei.¹⁸¹ Entretanto, o juiz, conforme o caso concreto, pode incluir a advertência no provimento mandamental, na citação ou intimação a ser dirigida ao réu, que o descumprimento da ordem caracterizará determinado tipo penal e acarretará instauração de processo penal.¹⁸²

às custas do devedor ou converte-se em indenização por perdas e danos (arts. 633 e 643 do CPC). (TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 264)

¹⁷⁸ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 264.

¹⁷⁹ MALACHINI, **As ações...**, p. 78.

¹⁸⁰ Ibid., p. 74.

¹⁸¹ Id.

¹⁸² Ibid., p. 76.

Assim, a ordem contida na sentença mandamental deve ser cumprida e, em caso de descumprimento, ensejará a instauração de processo penal contra o destinatário, além da possibilidade de sujeitá-lo à mais enérgica das sanções, a sanção penal.¹⁸³

Além disso, é plenamente possível que, na sentença preponderantemente mandamental (conteúdo da sentença; capítulo principal da sentença), o juiz comine multa (art. 461, §§4º e 5º do CPC) por tempo de atraso ao descumprimento da sentença, como um meio acessório ao cumprimento da ordem. No entanto, a cominação será feita em um capítulo condenatório acessório da sentença, que não alterará em nada a eficácia preponderante contida no capítulo principal da sentença.¹⁸⁴ E reforça seu entendimento nos seguintes termos:

A nosso ver, portanto, esse deve ser considerado um dos traços distintivos da decisão mandamental: o de gerar, seu descumprimento, responsabilidade penal para o destinatário da ordem. Ainda, pois, que se lhe agregue, como reforço, a cominação de pena pecuniária (como, e.g., se prevê no art. 461, §4º), não é tal cominação que lhe atribuirá o caráter mandamental – até porque tal cominação tem, como sempre teve, natureza tipicamente condenatória: importa, como se viu anteriormente, em adiantamento de condenação.¹⁸⁵ Em tal decisão complexa, então, teremos, na verdade, eficácia preponderante (força da decisão, na terminologia de Pontes de Miranda) mandamental, com eficácia mediata (ou, eventualmente, imediata) condenatória; a eficácia imediata (ou, eventualmente, mediata), será provavelmente declaratória.¹⁸⁶

Acerca da caracterização do crime de desobediência (art. 330 do Código Penal) na hipótese de descumprimento da sentença mandamental, não se pode deixar de mencionar a posição do Supremo Tribunal Federal constante dos Informativos nº 404 e nº 407, onde se concluiu pela atipicidade do crime em questão.

Informativo nº 404 do STF – Título: Independência das Instâncias Civil e Penal - Tendo em conta o princípio da independência das instâncias civil e penal, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia o trancamento de inquérito penal instaurado para apurar a suposta prática do crime de desobediência, em face do descumprimento de decisão judicial que, ao conceder tutela antecipada, determinara a apreensão e entrega de veículo adquirido pelo paciente. No caso, o mandado de intimação, expedido para levar a efeito a referida decisão, determinara que o paciente entregasse imediatamente o veículo, “*sob pena de não fazendo, estar incidindo em crime de desobediência a ordem judicial, instaurando-se a ação penal competente, além de arcar com a multa diária já fixada.*”. Sustentava-se, na espécie, falta de justa causa, sob o argumento de que a imposição de multa diária afasta o crime de desobediência. Entendeu-se que a aplicação de multa diária

¹⁸³ Ibid., p. 78.

¹⁸⁴ Ibid., p. 75.

¹⁸⁵ Ibid., p. 90.

¹⁸⁶ Id.

constitui modalidade de sanção civil, que não se dirige a um fato específico, ao contrário, funde-se em disposição relativamente aberta que, antes de excluir a sanção penal por desobediência à ordem judicial, busca compelir ao cumprimento desta, por motivos que, a depender da situação concreta, somente a referida cumulação poderá tornar eficaz. Vencido o Min. Marco Aurélio que concedia o *writ* para trancar a ação penal por entender que não configurado o tipo penal. HC 86047/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 4.10.2005. (HC-86047).¹⁸⁷

Informativo nº 407 do STF – Título: Crime de Desobediência e Cumprimento de Dever Legal - Por falta de justa causa, a Turma deferiu habeas corpus para fulminar procedimento instaurado contra titular de ofício de registro de imóveis acusado pela suposta prática do crime de desobediência (CP, art. 330). No caso concreto, o paciente, em dúvida sobre a possibilidade de registrar carta de adjudicação emanada de Vara do Trabalho, questionara Juiz de Direito da Vara dos Registros Públicos, o qual consignara o acerto da sua recusa em proceder ao imediato registro. Após as providências cabíveis, o título fora registrado e o Juízo da Vara do Trabalho acionara o Ministério Público. Entendeu-se que o paciente limitara-se a cumprir dever imposto pela Lei de Registros Públicos. Ressaltou-se, ainda, a viabilidade de se ter como agente do crime de desobediência pessoa que implemente atos a partir de função pública, na espécie, delegatário de poder público (CF, art. 236). HC 85911/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 25.10.2005. (HC-85911).¹⁸⁸

6.3 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX ART. 461, §3º DO CPC

6.3.1 Generalidades

Com o objetivo de assegurar o interesse do credor de obrigação de fazer ou de não fazer, voltado à obtenção da prestação *in natura*, mediante a tutela específica ou resultado prático equivalente, o §3º do art. 461 do CPC previu expressamente a possibilidade de antecipação de tutela, ou seja, antecipação dos efeitos executivos da sentença de procedência.

Essa previsão veio atender à almejada celeridade e efetividade da jurisdição, consagrando a possibilidade de concessão da prestação jurisdicional no início do processo, com base em um juízo de probabilidade.¹⁸⁹

A antecipação de tutela é um adiantamento da tutela definitiva, conforme destacam THEOTÔNIO NEGRÃO e GOUVÊA:

A tutela antecipada deve corresponder à tutela definitiva, que será prestada se a ação for julgada procedente. Assim: Medida antecipatória, conseqüentemente, é a que contém providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da

¹⁸⁷ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info404.asp>. Acesso em: 08 out. 2006.

¹⁸⁸ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info407.asp>. Acesso em: 08 out. 2006.

¹⁸⁹ ALVIM, op. cit., p. 26-27.

sentença que julgar procedente o pedido. (STF-Pleno: RTJ 180/453; a citação é da decisão do relator, confirmada pelo plenário)^{190 191}

TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER lecionam que o provimento jurisdicional antecipatório concessivo da tutela ex §3º do art. 461 do CPC pode ter eficácia mandamental ou eficácia executiva. No primeiro caso, o cumprimento da decisão antecipatória dar-se-á mediante adoção de medidas coercitivas para obtenção da tutela específica, através da conduta do próprio demandado; no segundo caso, mediante o emprego de providências sub-rogatórias, com a obtenção do resultado prático equivalente, prescindindo-se da vontade do demandado.¹⁹²

6.3.2 Pressupostos

O §3º do art. 461 do CPC, acrescentado pela Lei 8.952/1994, dispõe: “§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

Este dispositivo consagra a possibilidade de concessão da tutela antecipada, mediante liminar ou após justificação prévia, citado o réu, quando estiverem presentes dois requisitos concorrentes¹⁹³, quais sejam, “relevância do fundamento” e “risco de ineficácia do provimento final”.

Os pressupostos exigidos pelo §3º do art. 461 do CPC são os mesmos previstos pelo inc. I do art. 273 do CPC.¹⁹⁴ Acerca dessa duplicidade de previsões, TALAMINI leciona:

¹⁹⁰ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 384.

¹⁹¹ MALACHINI observa que quando o pedido de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer for concedido em decisão antecipatória de tutela cominatória, estar-se-á diante de dois adiantamentos: o da tutela (pedido principal), pela antecipação da tutela; e o da condenação (“acessório”; “instrumental”), pela cominação da multa. (MALACHINI, **As ações...**, p. 77)

¹⁹² TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 268.

¹⁹³ “Os pressupostos da tutela antecipada são concorrentes, a ausência de um deles inviabiliza a pretensão do autor.” (STJ-2ªT., REsp 265.528-RS, rel. Mun. Peçanha Martins, j. 17.6.03, negaram provimento, v.u., DJU 25.8.03, p. 271) (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 385)

¹⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

Entre as razões da reiteração da possibilidade de antecipação de tutela, no art. 461, está a preocupação em destacar a relevância da tutela urgente para as situações materiais protegidas pelo sistema ali estabelecido e a necessidade de um especial modelo de efetivação da tutela nesses casos. Houve a explícita previsão de mecanismos especiais para efetivar a tutela dos deveres de fazer e de não fazer. Com a repetição da autorização para antecipar – desnecessária, em princípio, diante da regra geral do art. 273 -, eliminou-se qualquer dúvida quanto a aplicar-se ao provimento antecipador da tutela ex art. 461 o regime de atuação material previsto nesse dispositivo.¹⁹⁵

O *caput* e o inc. I do art. 273 contemplam a seguinte hipótese: “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”

Desta forma, “fundamento relevante” corresponde à “verossimilhança da alegação”, e “justificado receio de ineficácia do provimento final” equivale à “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.¹⁹⁶

Impende esclarecer, ainda, que, muito embora não conste da redação do §3º, do art. 461 a expressão “prova inequívoca”, constante do *caput* do art. 273, esta figura-se como elemento integrante e determinante do “fundamento relevante”. É o que também observam THEOTÔNIO NEGRÃO e GOUVÊA: “Nas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, v. art. 461, §3º, as expressões ‘relevante fundamento da demanda’ e ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’ equivalem aos termos ‘prova inequívoca’, ‘verossimilhança’ e ‘fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’.”¹⁹⁷

E acrescentam: “Os conceitos de prova inequívoca e verossimilhança não podem ser analisados isoladamente. É de uma valoração conjunta desses conceitos que se dimensiona a exigência contida no ‘caput’ para a antecipação de tutela.”¹⁹⁸ Prova inequívoca refere-se à existência de prova acerca da qual não existe nenhuma discussão. Nesse sentido: “Se houver possibilidade da ocorrência de qualquer dúvida sobre a qualidade, quantidade e valor da prova, ela deixa de ser

¹⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa** ..., p. 346-347.

¹⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

¹⁹⁷ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 386.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 385.

inequívoca. (STJ-1ª T., AI 169.465-AgRg, rel. Min. José Delgado, j. 22.6.98, negaram provimento, v.u., DJU 17.8.98, p. 45).¹⁹⁹

TALAMINI destaca que, no campo dos deveres de fazer e de não fazer, o requisito da “prova inequívoca da verossimilhança”, adquire conotação de mera probabilidade, frente ao risco de ineficácia da tutela preventiva.²⁰⁰ Também o “receio de ineficácia do provimento final” tem um sentido peculiar neste campo:

Constatada a procedência do receio de que a violação ocorra, estará cumprido o requisito. A imposição de máxima preferência pelo resultado específico – na hipótese, só atingível mediante a pronta atuação da tutela preventiva – afasta a necessidade de outro exame acerca da necessidade de prejuízos. Nesses casos, será despiciendo cogitar dos danos que derivariam da violação, eis que a própria violação já implicará sacrifício para o titular do direito. A impossibilidade de consequimento do resultado específico – a qual necessariamente se advirá se não concedida a tutela preventiva – será, por si só, “prejuízo irreparável”, que tornará ineficaz o provimento final. Isso não exclui a necessidade de proceder-se aos juízos de ponderação entre os valores envolvidos no conflito, tal como antes apontado. Tampouco ficará afastada a necessidade de examinar a presença dos demais requisitos (fundamento relevante da demanda; reversibilidade), nos termos acima expostos.²⁰¹

6.3.3 Hipóteses de Cabimento

Pois bem, a redação do art. 461 do CPC, prevê três formas de tutela às pretensões que tenham por objeto obrigações de fazer ou de não fazer: a tutela específica, o resultado prático equivalente e a conversão em perdas e danos. Nesta esteira, insta questionar a qual hipótese é aplicável a antecipação de tutela contemplada pelo §3º do art. 461.

Da leitura do art. 461, *caput* do CPC²⁰², poderia se pensar que a antecipação de tutela somente seria possível no caso da tutela específica, não sendo cabível, porém, à obtenção do resultado prático equivalente. É que o *caput* deste dispositivo preceitua que “..., se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente”, do que poderia se pensar que a determinação das providências que assegurem o resultado prático equivalente, estaria condicionada à procedência da demanda, por meio da sentença de mérito.

¹⁹⁹ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 385.

²⁰⁰ TALAMINI, *Tutela relativa* ..., p. 354, nota n. 10.

²⁰¹ TALAMINI, *Tutela relativa* ..., p. 354.

²⁰² “**Art. 461.** 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 prático equivalente ao do adimplemento.”

TEORI ALBINO ZAVASCKI adverte que não se pode restringir a antecipação de tutela somente à tutela específica: “Figure-se, como exemplo, situação em que a execução específica seja impossível e que há risco de ineficácia caso a correspondente medida com resultado prático equivalente não seja imediatamente adotada. Em casos tais, não haveria porque negar-se a antecipação, o que representaria desprezo à efetividade da função jurisdicional, tão zelosamente prestigiada pelo legislador.”²⁰³

No mesmo sentido, TALAMINI, CORREIA DE ALMEIDA E WAMBIER lecionam que o emprego das medidas sub-rogatórias para obtenção do resultado prático equivalente não se condiciona à procedência da demanda. É plenamente possível a determinação, em decisão antecipatória de tutela, das medidas sub-rogatórias, primeiramente, porque o art. 461, §3º do CPC não restringiu a determinação das medidas necessárias à obtenção da tutela específica (ordem de cumprimento pelo próprio demandado); segundo, porque o sistema genérico da antecipação de tutela (art. 273 do CPC) também autoriza esta determinação; e terceiro, porque tal possibilidade está expressamente autorizada no art. 461, §5º do CPC²⁰⁴, que prevê a determinação pelo juiz das medidas necessárias para obtenção do resultado prático equivalente.²⁰⁵

TEORI ALBINO ZAVASCKI destaca que também é possível a antecipação da tutela, mediante liminar, em se tratando de execução específica por sub-rogação, em que se determina a terceiro a realização da prestação, às custas do devedor, como na hipótese de obrigação de fazer fungível ou de não fazer que admita desfazimento. Isto porque “não se pode descartar a hipótese de urgência em antecipar obrigação de natureza fungível, como, por exemplo, a de reforçar dique de açúde que ameaça ruir, com prejuízos às propriedades circunstantes.” Neste caso, seria inviável adotar a contratação de terceiro mediante o procedimento licitatório

²⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

²⁰⁴ “§ 5º - Para a efetivação da tutela específica ou 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. (Alterado pela Lei 10.444/2002)”

²⁰⁵ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 268-269.

previsto pelo art. 634 do CPC²⁰⁶. Em face disto, o juiz poderia contratar terceiro diretamente, sem concurso, ou autorizar que o credor execute pessoalmente ou mande executar sob sua direção. Nestas duas últimas hipóteses, o credor arcará com os riscos da execução da decisão antecipatória, sendo que, em caso de sentença procedente, somente se averiguará a razoabilidade ou não dos gastos tidos com a execução, a serem ressarcidos pelo réu; se a sentença for improcedente, o réu poderá requerer o retorno à situação anterior, além de eventuais perdas e danos que tenha sofrido.²⁰⁷

TALAMINI, CORREIA DE ALMEIDA E WAMBIER observam que, em regra, a autorização para atuação sub-rogatória importará despesas, que deverão ser postas desde logo pelo demandado.²⁰⁸ Desta forma, quando a decisão antecipatória de tutela determinar a utilização de medidas necessárias, já autorizará a obtenção da quantia suficiente para cobrir essas despesas junto ao demandado. Para obtenção dessa quantia destinada a custear o emprego de medidas sub-rogatórias autorizadas em decisão antecipatória, não se utilizará a via do processo de execução por quantia certa, até mesmo porque este figura-se incompatível com a antecipação de tutela, que requer urgência. Assim, em “casos gravíssimos, parecidos, será possível o bloqueio de valores depositados em bancos em nome do demandado; apreensão de receitas por ele geradas, e assim por diante. Trata-se de assunto, todavia, intensamente polêmico.”²⁰⁹

Com relação à antecipação de tutela no caso de conversão em perdas e danos, o TEORI ALBINO ZAVASCKI leciona que seria improvável a necessidade de

²⁰⁶ “**Art. 634.** Se o fato puder ser prestado por terceiros, é lícito ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aquele o realize à custa do devedor. **§ 1º** - O juiz nomeará um perito que avaliará o custo da prestação do fato, mandando em seguida expedir edital de concorrência pública, com o prazo máximo de 30 (trinta) dias; **§ 2º** - As propostas serão acompanhadas de prova do depósito da importância, que o juiz estabelecerá a título de caução; **§ 3º** - No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolherá o juiz a mais vantajosa; **§ 4º** - Se o credor não exercer a preferência a que se refere o Art. 637, o concorrente, cuja proposta foi aceita, obrigará-se-á, dentro de 5 (cinco) dias, por termo nos autos, a prestar o fato sob pena de perder a quantia caucionada; **§ 5º** - Ao assinar o termo o contratante fará nova caução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do contrato; **§ 6º** - No caso de descumprimento da obrigação assumida pelo concorrente ou pelo contratante, a caução, referida nos §§ 4º e 5º, reverterá em benefício do credor; **§ 7º** - O credor adiantará ao contratante as quantias estabelecidas na proposta aceita.”

²⁰⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

²⁰⁸ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 269.

²⁰⁹ Id.

antecipação na hipótese de conversão em perdas e danos, eis que dependeria da impossibilidade de concessão da tutela específica e do resultado prático equivalente, aliado ao risco de ineficácia do provimento final, o que poderia ser transposto por medida cautelar de arresto²¹⁰, não por antecipação de tutela. Destaca, porém, que “em direito não há lugar para absolutos: não pode ser descartada situação em que, presentes todos os pressupostos mencionados, a antecipação do valor dos danos seja, por alguma circunstância, indispensável.”²¹¹

Impende mencionar, ainda, que também é aplicável aos deveres de fazer e de não fazer a hipótese de antecipação de tutela em caso de abuso de direito ou de manifesto propósito protelatório do réu, contemplada pelo inc. II do art. 273 do CPC, muito embora o §3º do art. 461 do CPC seja silencie a este respeito.

Aliás, o regime geral previsto pelo art. 273 do CPC²¹² é, em geral, aplicável à lacuna do regime específico do §3º do art. 461 do CPC.²¹³

²¹⁰ “**Art. 813.** O arresto tem lugar: **I** - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; **II** - quando o devedor, que tem domicílio: **a)** se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; **b)** caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; **III** - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas; **IV** - nos demais casos expressos em lei.”

²¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

²¹² “**Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Alterado pela Lei 8.952/1994) **I** - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou **II** - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. **§ 1º** - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Acrescentado pela Lei 8.952/1994); **§ 2º** - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Acrescentado pela Lei 8.952/1994); **§ 3º** - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Alterado pela Lei 10.444/2002); **§ 4º** - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada; **§ 5º** - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento; **§ 6º** A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Acrescentado pela Lei 10.444/2002); **§ 7º** Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Acrescentado pela Lei 10.444/2002)”

²¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em:

6.3.4 Momento da Antecipação

O §3º do art. 461 preceitua que a antecipação da tutela pode ser concedida “liminarmente ou após justificção prévia, citado o réu”. Diante disso, há que se indagar se a necessidade de citação do réu é condição para deferimento apenas na hipótese de concessão após justificção prévia ou se também é exigida para conceder a tutela liminarmente.

TEORI ALBINO ZAVASCKI observa que, em face do princípio constitucional do contraditório, sempre que possível deve-se oportunizar ao réu a manifestação. Entretanto, o princípio constitucional da efetividade autoriza a concessão da medida antecipatória *inaudita altera pars*, caso reste configurada a iminência e gravidade do risco de ineficácia, que não seja possível aguardar o tempo da citação ou da manifestação do réu.²¹⁴

Nesse sentido, NELSON NERY JÚNIOR leciona que, quando pela natureza e pela finalidade do provimento jurisdicional buscado, surgir a necessidade de concessão da medida liminar, *inaudita altera pars*, como ocorre com a antecipação da tutela de mérito, conforme art. 273 do CPC, deve ser concedida. Essa concessão não constituirá violação do princípio constitucional da bilateralidade da audiência, “porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação. Aliás, a própria provisoriedade dessas medidas indica a possibilidade de sua modificação posterior, por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo.”^{215 216}

Além disso, o princípio constitucional da efetividade autoriza a concessão da antecipação da tutela em outros momentos do processo, além das hipóteses do §3º do art. 461 do CPC. É o que também ocorre no regime geral do art. 273, em que o

<<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

²¹⁴ Id.

²¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. rev. e ampl., 2. tir. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 140-141.

²¹⁶ “A antecipação de tutela sem audiência da parte contrária é providência excepcional, autorizada apenas quando a convocação do réu contribuir para a consumação do dano que se busca evitar. (RT 764/221) Salvo no caso do art. 461 e nas hipóteses que, ‘por sua especialidade, exijam do julgador uma tal ‘providência’, não cabe a concessão de tutela ‘inaudita altera parte’ (RT 735/359, 808/383)” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 382)

legislador, percebendo-se que o risco de ineficácia pode se configurar em momentos mais avançados, permite que o autor postule a concessão em qualquer momento do curso do processo, como na fase da audiência, ou até mesmo na fase recursal.²¹⁷

Acerca do tema, TALAMINI leciona que a concessão da medida de urgência ex §3º do art. 461 não se limita à fase inicial do processo, sendo cabível inclusive *initio litis*, mas não apenas no momento inicial.²¹⁸ E acrescenta:

Por outro lado, a expressão “citado o réu”, presente no mesmo dispositivo, não impede o juiz de, se necessário, antecipar a tutela antes da contestação. A medida pode ser concedida inclusive “liminarmente”. “Liminar” é a qualificação conferida ao ato que se pratica logo no início do processo, antes da citação ou da apresentação de defesa. A exigência de que o réu seja citado põe-se para a hipótese de o juiz, tendo dúvida acerca da presença dos requisitos para antecipar, designar para a aferição destes a audiência de justificação prévia. O réu terá então o direito de participar desse ato.²¹⁹

6.3.5 Necessidade de Requerimento

O juiz não pode conceder de ofício medida antecipatória ex §3º do art. 461; figura-se necessário expresso pedido do autor, aplicando-se a parte inicial do *caput* do art. 273. Isto porque tanto a antecipação parcial, como a total, dos efeitos da tutela definitiva, caso a sentença final seja improcedente, pode gerar prejuízos ao réu, os quais deverão ser ressarcidos pelo autor. O ressarcimento desses danos dá-se mediante responsabilidade objetiva do autor e é por este motivo “que lhe incumbe, e a mais ninguém, avaliar se pretende assumir tal risco. Portanto, para que fosse admissível a antecipação de tutela sem requerimento do interessado, precisaria haver regra explícita nesse sentido.”²²⁰

O autor deve requerer a antecipação na petição inicial, em qualquer momento do processo ou na fase recursal. Nesse sentido: “A tutela antecipada deve ser pleiteada nos próprios autos do processo de conhecimento (RSTJ 102/145, 142/272)”²²¹. Na hipótese do inciso I, pode ser requerida na inicial ou no curso da

²¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997. Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

²¹⁸ TALAMINI, **Tutela relativa** ..., p. 356.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 357.

²²⁰ *Id.*

²²¹ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., *op. cit.*, p. 382.

lide, independentemente de audiência do réu²²². Na do inciso II, somente após a contestação.”²²³

6.3.6 Revogabilidade

A parte final do §3º do art. 461, dispondo que “a medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, mediante decisão fundamentada”, confirma a precariedade, a natureza provisória da medida antecipatória, eis que concedida mediante cognição sumária.²²⁴

Para revogação ou modificação da medida antecipatória concedida ex §3º do art. 461, aplicam-se as mesmas causas e o mesmo procedimento previsto pelo art. 273.²²⁵

A concessão ou indeferimento da medida antecipatória dar-se-á mediante decisão fundamentada, não se tratando, pois, de um ato discricionário do juiz. A motivação deve conter explicitamente os motivos que induziram o juiz a concluir, provisoriamente, pela presença ou ausência do “fundamento relevante” e da “iminência do risco de ineficácia do provimento final”. Ainda, a decisão que concede ou indefere a medida antecipatória é vinculada, respectivamente, à presença ou ausência desses dois requisitos.²²⁶ Em face disto, impende destacar: “O juiz pode revogar a antecipação de tutela, até de ofício, sempre que, ampliada a cognição, se convencer da inverossimilhança do pedido (RSTJ 152/311, dois votos vencidos)”²²⁷. Ou seja, a antecipação de tutela se estabiliza na medida em que não haja mudanças no contexto fático ou jurídico.”²²⁸

²²² ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

²²³ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 382.

²²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

²²⁵ Id.

²²⁶ Id.

²²⁷ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 387.

²²⁸ Id.

6.3.7 Recorribilidade

Se a medida antecipatória for concedida mediante decisão interlocutória de primeiro grau, será recorrível mediante agravo de instrumento ou agravo retido.²²⁹ Vale destacar também que “A decisão que concede ou denega a tutela antecipada comporta agravo (art. 522); idem, quanto à que revoga ou modifica a tutela antecipada concedida (...).”²³⁰

Importante observar que, conforme preceitua o art. 522 do CPC²³¹, “quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”, o que ocorre no caso de pedido liminar de antecipação de tutela, deverá ser admitida a interposição por agravo de instrumento, eis que o agravo perderá seu objeto caso seja recebido na forma retida, para ser julgado juntamente com a apelação, pois já terá havido prolação da sentença e, após a sentença, de nada adianta a discussão acerca da liminar. É o que se extrai da seguinte decisão:

Efeito da sentença superveniente de procedência da ação, em relação ao agravo interposto contra decisão de antecipação de tutela. “Resta prejudicado o agravo de instrumento interposto contra decisão deferitória de antecipação de tutela, em face da prolação da sentença de mérito, ratificadora da liminar, face a (‘sic’) perda de seu objeto.” (STJ-6ª T., REsp 595.937-MG, rel. Min. Paulo Medina, j. 6.4.04, negaram provimento, v.u., DJU 3.5.04, p. 224)²³²

Se a tutela antecipada for concedida na sentença de mérito, caberá apelação²³³, que deverá ser recebida apenas em seu efeito devolutivo (art. 520, VII

²²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

²³⁰ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 387.

²³¹ “**Art. 522.** Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (Alterado pela Lei 11.187/2005) **Parágrafo único** - O agravo retido independe de preparo. (Alterado pela Lei 9.139/1995)”

²³² NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 387.

²³³ “Se a tutela antecipada é concedida no próprio bojo da sentença terminativa de mérito da ação ordinária, o recurso cabível para impugná-la é a apelação, pelo princípio da uniorrecorribilidade, achando-se correto o não conhecimento do agravo de instrumento pelo Tribunal ‘a quo’ (STJ –4ª T., REsp 645.921, rel. Min Aldir Passarinho Jr., j. 24.8.04, não conheceram, v.u., DJU 14.2.05, p. 214). No mesmo sentido: STJ-6ª T., Resp 524.017-MG, rel. Min. Paulo Medina, não conheceram, v.u., DJU 6.10.03, p. 247.” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 388)

do CPC), ao menos quanto à parte em que foi concedida a tutela²³⁴, eis que “Recebida a apelação em ambos os efeitos, fica sem eficácia a antecipação da tutela concedida apenas na sentença, que só poderá ser executada após a publicação do acórdão do tribunal de origem que a manteve. (RSTJ 171/250: 3ª Turma).”²³⁵

Se a antecipação da tutela for julgada mediante decisão proferida pelo relator, será recorrível mediante agravo regimental.²³⁶

6.3.8 Reversibilidade

Ao regime do §3º do art. 461 do CPC também é aplicável a restrição em caso de perigo de irreversibilidade prevista pelo §2º do art. 273 do CPC, segundo o qual “não se concederá antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Isto para preservar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que restariam prejudicados, caso se configurasse, no plano concreto, a vitória do autor. No entanto, em certos casos, é possível contornar o perigo de irreversibilidade mediante prestação de caução pelo requerente. Aliás, sobretudo em se tratando de execução provisória, o cumprimento da medida antecipatória corre por conta e risco do autor, o que justifica a exigência de que ele preste caução, como garantia ao ressarcimento de eventuais danos e despesas decorrentes da necessidade de retorno ao *status quo ante*, em caso de revogação da medida.²³⁷

Nesta senda, insta mencionar que a Lei 11.232/2005 revogou o art. 588 do CPC²³⁸, que disciplinava a execução provisória. Entretanto, as disposições

²³⁴ **Efeito da apelação em relação à antecipação da tutela na sentença.** “Ainda que a antecipação da tutela seja deferida na própria sentença, a apelação contra esta interposta deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo quanto à parte em que foi concedida a tutela” (STJ-2ª Seção, REsp 648.886, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.8.04, deram provimento parcial, v.u., DJU 6.9.04, p. 162)” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 388)

²³⁵ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 389.

²³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.

²³⁷ Id.

²³⁸ “**Art. 588.** A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada

constantes no artigo revogado foram praticamente reproduzidas pelo novo art. 475-O do CPC²³⁹, que também contempla a responsabilidade do exeqüente em reparar eventuais prejuízos decorrentes da execução provisória, na hipótese de reforma da decisão (art. 475-O, I; antigo art. 588, I), bem como a exigência da prestação de caução idônea quando a execução provisória ensejar risco de grave dano ao executado (art. 475-O, III; antigo art. 588, II).

Desta forma, figura-se importante mencionar a seguinte ponderação: “A exigência da irreversibilidade inserta no §2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina (STJ-2ª T., REsp 144.656-ES, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 6.10.97, não conheceram, v.u., DJU 27.10.97, p. 54.778).”²⁴⁰

TALAMINI alerta para a conotação peculiar que a restrição do §2º do art. 273 do CPC adquire no âmbito dos deveres de fazer e de não fazer, porque a “‘tutela específica’ (no sentido que a lei emprega o termo, de cumprimento pelo próprio réu) do fazer ou do não fazer, uma vez antecipada, *sempre* traz consigo a irreversibilidade daquilo que normalmente é o núcleo do dever dessa natureza: a

nos próprios autos da execução; **III** - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; **IV** - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. **§ 1º** - No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. **§ 2º** A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade.”

²³⁹ “**Art. 475-O.** A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Acrescentado pela Lei 11.232/2005) **I** – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; **II** – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; **III** – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. **§ 1º** No caso do inciso II do deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. **§ 2º** A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: **I** – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade; **II** – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. **§ 3º** Ao requerer a execução provisória, o exeqüente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1º: **I** – sentença ou acórdão exeqüendo; **II** – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; **III** – procurações outorgadas pelas partes; **IV** – decisão de habilitação, se for o caso; **V** – facultativamente, outras peças processuais que o exeqüente considere necessárias.”

²⁴⁰ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 387.

própria conduta do réu.”²⁴¹ Somente não acarretariam a irreversibilidade aqueles deveres cujo núcleo de interesse objetivo não residisse na atividade a ser desenvolvida, mas no resultado concreto, no resultado tangível da atividade, como o que ocorre, por exemplo, com o dever de construir um muro de arrimo, que, após construído, poderia ser desfeito ou mesmo ser entregue ao réu, como meio de reversão específica.²⁴²

Diante disso, o referido autor conclui que o parâmetro da irreversibilidade possui feições peculiares no âmbito da tutela específica ex art. 461, devendo-se empregar o princípio da proporcionalidade, ponderando os bens envolvidos. Deve-se pressupor que a antecipação da tutela específica, no sentido legal, gera resultado irreversível e, somente poderá ser vedada quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

a) não houver como ser recomposta a situação anterior à efetivação da tutela, senão por equivalente pecuniário; b) a situação atingida e que não pode ser restaurada tiver caráter não patrimonial, de modo que o ressarcimento pecuniário revele-se-lhe incompatível; c) a inadequação do ressarcimento revelar-se mais intensa e grave, perante os valores consagrados no ordenamento, do que eventual inadequação resultante da conversão em perdas e danos do dever que seria antecipadamente tutelado.²⁴³

6.4 OS MECANISMOS PROCESSUAIS PARA EFETIVAÇÃO DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONCESSIVOS DA TUTELA EX ART. 461 DO CPC

6.4.1 Os Mecanismos Processuais Previstos nos §§ 4º e 5º do Art. 461 do CPC para Obtenção da Prestação *In Natura* da Obrigação: os Meios Coercitivos e a “Tutela Específica”; os Meios Sub-rogatórios e o Resultado Prático Equivalente

Com relação à especificidade do objeto da prestação, a execução poderá ser genérica²⁴⁴ ou específica²⁴⁵. Quando o interesse do credor estiver, exclusiva ou

²⁴¹ TALAMINI, *Tutela relativa ...*, p. 348.

²⁴² *Ibid.*, p. 349.

²⁴³ *Ibid.*, p. 350.

²⁴⁴ Denomina-se execução genérica aquela que tem por objetivo a obtenção de dinheiro para satisfação do credor, retirado diretamente do patrimônio do devedor ou adquirido através da alienação judicial de bens do patrimônio do executado, tantos quantos bastem para satisfação do

preponderantemente, centrado na obtenção da prestação *in natura* da obrigação inadimplida, como ocorre com os deveres de fazer ou de não fazer, figura-se totalmente inadequada, a sua satisfação, a execução genérica, mediante conversão da prestação específica em equivalente pecuniário.²⁴⁶

Nesse sentido, visando propiciar a execução específica dos deveres de fazer e de não fazer, o legislador previu, no art. 461 do CPC, mecanismos processuais que podem ser impostos no mesmo processo, visando o cumprimento da prestação *in natura*, determinado pela decisão judicial, antecipatória ou final.

Conforme exposto no item “5.1”, a prestação *in natura* pode ser obtida pela “tutela específica” ou pelo “resultado prático equivalente”. Este se refere à obtenção do resultado final que se teria com o cumprimento da obrigação sem a participação da conduta do réu. A “tutela específica”, nos termos da lei ou em sentido estrito, é a obtenção do resultado final mediante a conduta do próprio réu. Neste caso, para que o demandado cumpra o dever de fazer ou de não fazer a que estava obrigado, faz-se necessário o emprego de meios coercitivos, como a multa cominatória (*astreintes*).

Ainda, conforme se discorreu no item “4.3” do presente trabalho, as obrigações, em sentido amplo, abarcadas pela tutela ex art. 461 do CPC, podem ter por objeto prestação fungível ou infungível. Em se tratando de obrigações com prestação fungível, o interesse do credor volta-se à obtenção do resultado final, independente de quem o cumpra. Dessa forma, nessas obrigações, o credor pode ser plenamente satisfeito mediante a conduta do próprio réu ou por terceiro.

Assim, às obrigações fungíveis, aplicam-se indistintamente a “tutela específica” (cumprimento pelo próprio obrigado) e o “resultado prático equivalente” (obtenção da prestação *in natura* por terceiro), podendo o juiz optar pela adoção de meios coercitivos, para efetivação da tutela específica mediante o cumprimento pelo

crédito. Nesta hipótese, a execução recairá sobre os bens penhoráveis (abrangidos pela responsabilidade patrimonial do devedor) do devedor, que serão posteriormente alienados, para obtenção da quantia em pecúnia necessária à satisfação do débito. A execução por quantia certa é execução genérica. (TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 140)

²⁴⁵ A execução específica é aquela que tem visa proporcionar ao credor um bem jurídico diverso da quantia em dinheiro, ou seja, é a execução que somente atinge seu objetivo com a obtenção do bem *in natura*. Aqui, enquadram-se as execuções das obrigações de entregar coisa certa e incerta e as obrigações de fazer e de não fazer. (TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 140)

²⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo...**, p. 217-218.

próprio réu, ou meios sub-rogatórios ou substitutivos da conduta do obrigado, para obtenção do resultado prático equivalente, mediante atividade de terceiro.

Já nas obrigações infungíveis, admite-se tão-somente o cumprimento da prestação *in natura* pelo próprio obrigado, motivo pelo qual o juiz somente poderá empregar a tutela específica em sentido estrito, não cabendo o resultado prático equivalente, ou seja, o cumprimento por pessoa diversa do obrigado.

Visando adequar os mecanismos processuais à peculiaridade do direito a ser tutelado, mais especificamente, visando a obtenção da prestação *in natura*, o legislador contemplou, no art. 461 do CPC, mecanismos processuais de natureza coercitiva e de natureza sub-rogatória ou substitutiva da conduta do demandado.

Conforme se exporá nos itens subseqüentes, os meios de coerção indireta têm a função de exercer pressão psicológica no obrigado recalcitrante, no intuito de induzí-lo a adimplir voluntariamente a obrigação, com a obtenção da tutela específica em sentido estrito ou no sentido conferido pela lei. Já os meios substitutivos ou sub-rogatórios da conduta do demandado são aqueles que propiciam a satisfação do credor mediante a obtenção do resultado prático equivalente, ou seja, obtenção da prestação *in natura*, através da atividade de terceiro, prescindindo-se da colaboração do obrigado recalcitrante.

Dentre os meios coercitivos indiretos previstos expressamente, tem-se a multa cominatória (*astreintes*), diária (art. 461, §4º) ou com outra periodicidade, por tempo de atraso no cumprimento do provimento jurisdicional (art. 461, §5º). Também no §5º do art. 461, o legislador arrolou alguns meios sub-rogatórios, tais como “busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.²⁴⁷

Assim, no §5º estão previstos, de forma exemplificativa, tanto meios coercitivos indiretos, como a multa por tempo de atraso, como os meios sub-

²⁴⁷ “**Art. 461.** 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 prático equivalente ao do adimplemento. (...); **§ 4º** - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito; **§ 5º** - Para a efetivação da tutela específica ou 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.”

rogatórios. Acerca deste dispositivo, TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER observam que ele não contém apenas mera autorização de emprego de meios substitutivos da conduta do demandado: “Confere ao juiz, igualmente, poderes para imposição de outros meios coercitivos (além da multa, expressamente prevista no §4º), destinados a acompanhar a ordem judicial dirigida ao réu, para que ele cumpra o fazer ou não fazer.”²⁴⁸

Assim, o §5º do art. 461 do CPC, ao dispor que as medidas necessárias poderão ser determinadas para efetivação da “tutela específica” ou do “resultado prático equivalente”, revela que tais medidas podem ter natureza coercitiva ou sub-rogatória. Terão esta natureza quando adotadas para obtenção do resultado prático equivalente, ou seja, quando se pretenderem ao cumprimento da prestação específica por pessoa diversa do obrigado, mediante a adoção de meios substitutivos. Terão natureza coercitiva quando se tiver em vista o adimplemento da prestação específica pelo próprio réu, ou seja, quando forem adotadas com a finalidade de pressionar psicologicamente o réu, visando a efetivação da tutela específica.

6.4.2 A Possibilidade de Conjugação de Mecanismos Sub-rogatórios com os Coercitivos: Emprego Cumulativo e Sucessivo

Visando a obtenção da prestação *in natura* da obrigação, cabe ao juiz, diante do caso concreto, optar entre o emprego de meios coercitivos ou sub-rogatórios, ou mesmo cumulá-los, sempre tendo em vista que os meios processuais a serem empregados para satisfação do titular da pretensão a obrigação de fazer ou de não fazer inadimplida devem guardar relação de adequação e compatibilidade com a natureza da prestação da obrigação inadimplida e com o resultado prático que se almeja alcançar.

É o que lecionam THEOTÔNIO NEGRÃO e GOUVÊA: “As medidas coercitivas e sub-rogatórias arroladas neste artigo são meramente exemplificativas, estando o juiz autorizado a lançar mão de outras providências para assegurar a tutela específica ou o resultado prático equivalente, e podem ser aplicadas cumulativamente.”²⁴⁹

²⁴⁸ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 267.

²⁴⁹ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520.

No mesmo sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER leciona: “Caberá à sensibilidade do juiz optar entre as *astreintes* (as únicas adequadas às prestações correspondentes às obrigações personalíssimas, infungíveis por natureza), cumulá-las com as medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento, ou decidir pela tomada imediata e exclusiva destas.”²⁵⁰

Caso opte pela multa, fixará prazo razoável para o cumprimento do preceito, não descartando, porém, a possibilidade de determinação de medidas sub-rogatórias, visando a obtenção do resultado prático equivalente – o que só é viável em se tratando de obrigação com prestação fungível.²⁵¹

Para TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER, a possibilidade de cumulação entre os mecanismos sub-rogatórios e os coercitivos não constitui apenas uma faculdade ao juiz. Para a consecução do resultado específico ou equivalente, o juiz não só poderá, como deverá impor uma ordem, através do provimento antecipatório de tutela, com a cominação de multa e a determinação imediata do emprego de mecanismos sub-rogatórios, visando alcançar o resultado específico, dispensando a colaboração do demandado.²⁵²

Ademais, mesmo que o provimento inicial tenha adotado apenas um dos mecanismos para consecução da tutela específica - cominação da multa ou emprego de mecanismos sub-rogatórios, nada impede que o outro seja adotado posteriormente.²⁵³ Isto porque os provimentos concessivos da tutela típica do art. 461 do CPC possuem, desde logo, eficácia executiva e mandamental, ou seja, mesmo que não conste expressamente na decisão concessiva, sempre se pode determinar o emprego de todos os mecanismos, coercitivos e sub-rogatórios, previstos no art. 461, para efetivação do resultado específico. Se o emprego de algum dos mecanismos somente for determinado por decisão posterior ao provimento concessivo, somente estará efetivando, confirmando os efeitos da decisão anterior que concedeu a tutela específica.²⁵⁴

²⁵⁰ GRINOVER, **Tutela jurisdicional...**, p. 70.

²⁵¹ Id.

²⁵² TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 268.

²⁵³ Ressalte-se, porém, que a cumulação de meios coercitivos com os sub-rogatórios, restringe-se às obrigações com prestação fungível, que admitem o emprego de meios substitutivos da conduta do demandado. Nas obrigações infungíveis, verificando-se o insucesso dos meios coercitivos, destinados ao cumprimento da prestação pelo próprio réu, a única alternativa é a conversão em perdas e danos.

²⁵⁴ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., 268.

Ainda, em virtude da finalidade coercitiva da multa cominatória, qual seja, a obtenção da tutela específica em sentido estrito, emerge a possibilidade de cumulá-la com outras sanções previstas pelo ordenamento jurídico, como bem observa THEOTÔNIO NEGRÃO e GOUVÊA: “A peculiar finalidade coercitiva da multa prevista neste artigo torna sua aplicação cumulável com a incidência de todas as sanções reparatórias e punitivas previstas no ordenamento (p. ex., arts. 14, § ún., 18-‘caput’, 161, 196, 233, 538 § ún., 557 §2º e 601-‘caput’).”²⁵⁵

Contudo, é importante destacar que a imposição de medidas atípicas não constitui poder discricionário do juiz, devendo ser observado os seguintes limites: impossibilidade de adoção de medidas vedadas pelo ordenamento jurídico, como a prisão civil, cujo cabimento limita-se às hipóteses do art. 5º, LXVII da CF²⁵⁶; e sua adoção deve ter em vista a utilidade, adequação e proporcionalidade com o propósito que se pretende alcançar, ou seja, deve-se observar o princípio de imposição de menor sacrifício ao demandado.²⁵⁷

6.4.3 Os Mecanismos Processuais Previstos pelo Art. 461 e a Atividade Jurisdicional Executiva

No âmbito doutrinário, há uma discussão acerca da natureza dos meios coercitivos e dos meios sub-rogatórios, enquanto meios executivos. Acerca deste tema, TALAMINI esclarece que o entendimento doutrinário divide-se entre aqueles que consideram como atividade jurisdicional executiva tanto aquela que propicia a satisfação do credor pela imposição de meios sub-rogatórios, como aquela obtida por meios coercitivos, mediante atividade do próprio réu; e aqueles que somente consideram como meio executivo os meios sub-rogatórios.²⁵⁸

Na doutrina brasileira, prevalece o entendimento segundo o qual as medidas coercitivas indiretas não têm natureza de atividade executiva propriamente dita, eis

²⁵⁵ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520.

²⁵⁶ Nesse sentido: “Ressalvadas as hipóteses de depositário infiel ou de devedor de alimentos, o juiz não pode decretar a prisão civil de quem desobedece ordem judicial. (...). (RT 834/266)” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520)

²⁵⁷ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 267-268.

²⁵⁸ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 170,

que esta se caracteriza pela adoção de meios sub-rogatórios ou substitutivos da conduta do devedor.²⁵⁹

É o que leciona BARBOSA MOREIRA, segundo o qual os meios executivos são aqueles que visam proporcionar a satisfação do credor, prescindindo ou até mesmo indo contra a vontade do devedor.²⁶⁰ Diante disso, considera que a multa cominatória é antes um “sucedâneo da execução”, não constituindo uma autêntica atividade executiva. A imposição da multa constitui um meio de coerção que visa promover a efetivação da decisão judicial, mediante a atuação do próprio demandado. Para tanto, tal imposição atua psicologicamente sobre o devedor como uma “ameaça de dano pecuniário (multa), grave bastante para que o devedor, na contingência de optar entre sofrer o dano e cumprir a obrigação, seja levado a escolher o segundo termo da alternativa, razão pela qual não há cogitar necessariamente de proporcionalidade entre o valor de um e o de outra.”²⁶¹

TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER consagram o seguinte entendimento acerca da atividade jurisdicional executiva:

Conforme célebre definição, a ‘verdadeira execução’ consiste na efetivação de sanção independentemente da vontade do devedor. Mas já se apontou também que, do ponto de vista funcional, a execução indireta assemelha-se à execução por sub-rogação: em ambas, o órgão jurisdicional intervém para atuar a sanção e, de um modo ou de outro, satisfazer o titular do direito violado.²⁶²

Isto posto, os referidos doutrinadores também negam que a multa cominatória tenha natureza de atividade executiva propriamente dita; consideram-na como um meio coercitivo, que visa induzir, psicologicamente, o demandado, a adotar a conduta pretendida pelo ordenamento jurídico.²⁶³ Em virtude de sua natureza, a multa cominatória destina-se à concretização do mandado executivo, constituindo-se espécie do que se conhece por execução indireta: “uso de mecanismos destinados a pressionar psicologicamente o devedor, a fim de que ele mesmo satisfaça a obrigação (*rectius*: dever). Ameaça-se o devedor com medidas constritivas que o induzem, por ato próprio, a cumprir a prestação devida.”²⁶⁴

²⁵⁹ Id.

²⁶⁰ MOREIRA, **O novo processo** ..., p. 218.

²⁶¹ Id.

²⁶² TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 248.

²⁶³ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 169.

²⁶⁴ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 248.

ADA PELLEGRINI GRINOVER destaca que, em face do disposto no §2º do art. 461 do CPC, a multa coercitiva não constitui medida de execução forçada, tendo em vista que não tem caráter reparatório, indenizatório, não se confundido com as perdas e danos: “Daí porque a imposição dessas multas não configura medida de execução forçada, entendida esta como constrição sobre o patrimônio do obrigado. Trata-se, isso sim, da chamada execução indireta, caracterizada por atos de pressão psicológica sobre o devedor, para persuadi-lo ao adimplemento da obrigação.”²⁶⁵

Superado o embate doutrinário, passa-se à análise da execução indireta propiciada pela multa cominatória prevista pelos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC, que constitui uma das três formas de cumprimento da sentença relativa às obrigações de fazer e de não fazer no art. 461 do CPC.

6.5 A EXECUÇÃO INDIRETA: A MULTA COMINATÓRIA PREVISTA PELOS §§ 4º E 5º, DO ART. 461 DO CPC

Para se restringir a necessidade de conversão da obrigação específica em perdas e danos, sobretudo em se tratando de deveres de fazer infungíveis e deveres de não fazer que não admitem desfazimento, fez-se necessário o aprimoramento das técnicas processuais do Código de Processo Civil, com a previsão de meios capazes de levar o próprio devedor ao cumprimento específico da prestação que havia se obrigado.

Visando atender a essa necessidade, o legislador brasileiro infraconstitucional, inspirado nas *astreintes* do direito francês, previu, nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC, a possibilidade de imposição da multa cominatória, diária ou com outra periodicidade (“por tempo de atraso”), em sentença ou decisão antecipatória de tutela, visando a obtenção da tutela específica em sentido estrito.

6.5.1 Finalidade

Conforme visto no item “5.4.3”, a multa cominatória atua como um meio coercitivo indireto, exercendo pressão sobre a vontade do devedor, a fim de que

²⁶⁵ GRINOVER, *Tutela jurisdicional...*, p. 68.

este resolva adimplir o fazer ou não fazer determinado na sentença ou decisão antecipatória de tutela. É um mecanismo processual de obtenção da prestação *in natura* das obrigações de fazer e de não fazer; um meio de obtenção da tutela específica em sentido estrito. Caso o devedor opte por descumprir o provimento jurisdicional concessivo da tutela, arcará com os prejuízos decorrentes da incidência da multa.

6.5.2 Campo de Aplicação

Pois bem, enquanto meio de coerção indireta, a multa cominatória tem seu campo de aplicação voltado principalmente ao das obrigações infungíveis, eis que o titular de obrigação com prestação desta natureza somente pode ser cabalmente satisfeito mediante o cumprimento pelo próprio devedor.²⁶⁶ Caso esta possibilidade não se concretize – por impossibilidade de obtenção da prestação específica da obrigação, ou por recalcitrância do devedor, à satisfação do credor somente restará a conversão em perdas e danos.

Embora a imposição de meio coercitivo indireto se figure mais útil à tutela de deveres com prestação infungível, seu campo de aplicação não se limita a estes, até mesmo porque o sistema instituído no art. 461 conferiu prevalência à execução específica pelo próprio obrigado.

Incluem-se, portanto, no campo de aplicação da multa cominatória, as obrigações fungíveis. Neste caso, cominada a multa, caso o credor persista na situação de inadimplemento, ainda é possível a obtenção do resultado prático equivalente, por meio da determinação de meios sub-rogatórios, antes de se partir para a conversão da obrigação específica em perdas e danos. Assim, em se tratando de obrigação de fazer com prestação fungível, de acordo com os arts. 287 e 644, faculta-se ao credor requerer a cominação da multa em caso de descumprimento.²⁶⁷

²⁶⁶ MOREIRA, **O novo processo...**, p. 218.

²⁶⁷ “Conquanto se cuide de obrigação de fazer fungível, ao autor é facultado pleitear a cominação da pena pecuniária. Inteligência dos arts. 287 e 644 do CPC. (RSTJ 25/389)” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 408)

Portanto, a multa cominatória pode ser determinada para a efetivação de quaisquer obrigações de fazer ou de não fazer.²⁶⁸ É um meio processual que deve ser fixado pelo juiz em todos os casos em que a prestação específica – fungível ou infungível – ainda não tenha se tornado impossível.²⁶⁹

Aliás, o art. 287 do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.444/2002,²⁷⁰ que trata da ação ordinária cominatória para cumprimento dos deveres que tenham por objeto prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa, preceitua: “Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).”

Assim, tanto as obrigações de fazer fungíveis, como as infungíveis, além das obrigações de não fazer, podem ser objeto de pedido cominatório.

Apesar do vasto campo de aplicação da multa cominatória, BARBOSA MOREIRA observa que dele devem ser excluídas as obrigações de emitir declaração de vontade²⁷¹ quando lhes seja aplicável o regime próprio previsto pelo Código, que atualmente está contemplado pelos arts. 466-B, 466-C e 466-A do CPC²⁷². Nesta hipótese, a própria sentença transitada em julgado é suficiente para satisfação do credor, pelo que a multa deverá ser imposta

Só quando não for possível a obtenção de sentença que produza efeito igual ao da declaração de vontade não emitida (por exemplo, o contrato preliminar não contém elementos suficientes para que o órgão judicial possa suprir a emissão do devedor em celebrar o definitivo; vide supra, §3º, nº IV, 4) é que surge o interesse do credor em valer-se dos meios de coerção para induzir o devedor ao adimplemento; então, sim, serão utilizáveis.²⁷³

²⁶⁸ MOREIRA, **O novo processo...**, p. 219.

²⁶⁹ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 248.

²⁷⁰ Antes da Lei nº 10.444/2002, o art 287 do CPC tinha a seguinte redação: “Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.” A substituição da expressão “prestar fato que não possa ser realizado por terceiro”, por “prestar fato”, não deixa margem a dúvidas que não somente as obrigações infungíveis, como as fungíveis podem ser objeto do pedido cominatório. (DIDIER JR., Fredie. Notas sobre o novo art. 287 do CPC e a sua compatibilização com a tutela específica prevista nos arts. 461 e art. 461-A do CPC. **Revista de Processo**, ano 28, n. 109, jan./março, 2003, p. 170)

²⁷¹ MOREIRA, **O novo processo...**, p. 219.

²⁷² Esse regime, antes da Lei 11.232/2005, correspondia à tutela prevista nos artigos 639, 640 e 641 do Código de Processo Civil de 1973; a referida legislação revogou estes artigos, reproduzindo as respectivas redações, nos art. 466-B, 466-C e 466-A, respectivamente.

²⁷³ MOREIRA, **O novo processo ...**, p. 219.

6.5.3 Momento da Cominação

No processo de conhecimento, o juiz deverá cominar a multa quando da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (art. 461, §§3º e 4º).²⁷⁴

Diante da nova redação conferida pela Lei nº 10.444/2002 ao art. 287, em que a expressão “constará da petição inicial a cominação” foi substituída pela “poderá requerer”, não há que se olvidar que a cominação da multa “por dia de atraso”, no processo de conhecimento²⁷⁵, passou a independe de pedido do autor, podendo ser cominada *ex officio* pelo juiz, o que já estava expresso no §4º do art. 461.

Em face dessa alteração, MALACHINI observa que

A cominação de multa deixou de ser, assim, objeto necessário de pedido do autor (o que implicava, logicamente, em não poder ser aplicada de ofício), para ser apenas um dos meios postos à disposição do juiz para a boa prestação jurisdicional, para a “efetivação da tutela específica” (art. 461, §5º, *princípio*), ao lado de outras “medidas necessárias”, como as demais exemplificadas no §5º do art. 461 (ainda esse com a redação da Lei nº 10.444/2002: “busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”).^{276 277}

O juiz poderá cominar a multa *ex officio* não somente contra pessoa jurídica de direito privado, conforme se extrai da seguinte lição: “As ‘astreintes’ podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público, que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado. (STJ-RF 370/297: 6ªT., REsp 201.378)”²⁷⁸

²⁷⁴ No processo de execução de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz cominará a multa quando deferir a petição inicial da execução, conforme art. 645, *caput* do CPC.

²⁷⁵ No âmbito do processo de execução do Livro II do CPC, a multa somente pode ser imposta quando a execução fundar-se em título executivo extrajudicial, para as obrigações de fazer ou de não fazer (art. 645, *caput, princípio*, na redação da Lei nº 8.953/1994), ou para as de entrega de coisa (art. 621, parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 10.444/2002). (MOREIRA, **O novo processo ...**, p. 219). A imposição também pode ser feita *ex officio*.

²⁷⁶ MALACHINI, **As ações...**, p. 70.

²⁷⁷ Vale ainda mencionar: “Não mais existe a fixação da multa como uma imposição ao juiz, mas, remetendo-se ao art. 461 do CPC, verifica-se que a penalidade é uma faculdade do magistrado, o que impossibilita que esta Corte a determine. (STJ-5ª T., REsp 585.460-RS, rel. Min. José Arnaldo, j. 14.10.03, negaram provimento, v. u., DJU 17.11.03, p. 379)” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 519)

²⁷⁸ No mesmo sentido: (STJ-5ªT., REsp 267.446-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 3.10.00, deram provimento, v.u., DJU 23.10.00, p. 174; RT 808/253) (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 408)

Há que se observar, porém, que, em se tratando de pessoa jurídica de direito público, a multa cominatória deve ser imposta de forma ponderada, conforme bem decidido por Araken de Assis:

Em princípio, aplica-se às pessoa jurídicas de direito público a disciplina do art. 461 do CPC. Mas, há que se atentar para a razoabilidade no uso dos meios coercitivos, pois a administração, jungida à legalidade, nem sempre exhibe condições de atender, prontamente, as chamadas “prestações positivas” resultantes de comandos constitucionais. E ainda há que considerar que, por lastimável deficiência do ordenamento jurídico pátrio, a multa grava o Erário, jamais o agente político ou o servidor com competência para praticar o ato, pessoalmente, o que, no fundo, a torna inócua. (RJ 314/04; a citação é do voto do relator, Des. Araken de Assis).²⁷⁹

6.5.4 Critérios para Fixação do Valor Inicial da Multa

O valor inicial a ser fixado para a multa cominatória pode já constar em lei ou negócio jurídico. Quando uma obrigação de fazer ou de não fazer tiver embasada em um contrato²⁸⁰, que preveja uma multa contratual²⁸¹, para a hipótese de mora ou inadimplemento, o juiz, constatando a insuficiência do *quantum* previsto contratualmente, pode ampliá-lo, fixando uma multa de natureza processual.²⁸²

Caso não haja valor fixado previamente, deve o juiz fixá-lo em montante suficiente para surtir os efeitos que se almeja alcançar, determinando, ainda, prazo razoável para cumprimento do preceito.²⁸³

Impende observar que o mencionado “prazo razoável” para cumprimento do provimento jurisdicional não encontra justificativa para ser fixado em se tratando de obrigação de não fazer: “O ‘prazo razoável’ de que cuida o §4º do art. 461 do CPC não se refere às obrigações de se abster na prática de determinado ato; pois não é

²⁷⁹ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520.

²⁸⁰ Documento que não constitua título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585 do CPC.

²⁸¹ Essa multa contratual refere-se também é chamada de cláusula penal ou pena convencional, disciplinada pelo art. 408 a 416 do Código Civil de 2002. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO aponta uma dupla função à cláusula penal, quais sejam, intimidação e ressarcimento. Em outras palavras: “a) funciona como meio de coerção, como força intimidativa, a fim de induzir o devedor a satisfazer o prometido. Sabendo que se arrisca a pagar a multa convencional, assim desfalcando seu patrimônio, esforça-se a parte no sentido de cumprir o contrato. Sob esse primeiro aspecto a stipulatio poenae destina-se, portanto, a assegurar o exato cumprimento da obrigação; b) ela fixa, ainda, antecipadamente o valor das perdas e danos devido à parte inocente, no caso de inexecução do contrato pelo outro contratante. Constitui, assim, liquidação *à forfait*, cuja utilidade consiste, precisamente, em determinar com antecedência o valor dos prejuízos resultantes do não-cumprimento da avença.” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 4. 1ª parte. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 336-337)

²⁸² TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 266.

possível marcar-se prazo para que o destinatário da ordem permaneça inerte. (STJ-3ªT., REsp 521.184, rel. Min. Gomes de Barros, j. 24.8.04, deram provimento, v.u., DJU 6.12.04, p. 287)²⁸⁴

Com relação ao limite do valor cominado, insta transcrever o §2º do art. 461 do CPC: “§ 2º - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (Art. 287).” Em face deste dispositivo, não há que se olvidar que o *quantum* fixado pelo juiz para a multa cominatória não encontra limite no valor da obrigação. Nesse sentido, FABIANO CARVALHO leciona que “a multa não tem a mesma natureza da obrigação a ser prestada nem se identifica com as perdas e danos que possuem valor determinado, exato e definitivo”. Conclui-se, portanto, que o valor fixado para a multa cominatória pode ser até mesmo superior ao da obrigação ou das perdas e danos.²⁸⁵

Os únicos parâmetros a serem observados na fixação do valor da multa constam do art. 461, §4º do CPC, quais sejam, a suficiência e a compatibilidade com o valor da obrigação.

Isto significa que, muito embora o *quantum* fixado para multa possa ser superior ao valor do bem jurídico visado, deve-se ter em vista um valor compatível e suficiente para induzir, de fato, o réu a cumprir o preceito. Por isso, o juiz deve levar em conta as peculiaridades do caso concreto, como a situação econômica do réu e a natureza dos valores envolvidos – patrimoniais ou não patrimoniais.²⁸⁶

Da mesma forma, o *quantum* arbitrado para a multa não pode constituir um ônus excessivo ao obrigado.²⁸⁷

O valor fixado para a multa deve atender à respectiva finalidade deste mecanismo, ou seja, deve ser apto o suficiente para induzir o obrigado a cumprir a prestação.²⁸⁸

²⁸³ MOREIRA, **O novo processo ...**, p. 220.

²⁸⁴ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520.

²⁸⁵ CARVALHO, Fabiano. Execução da multa (*astreintes*) prevista no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, ano 29, n. 114, março-abril, 2004, p. 210.

²⁸⁶ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 265.

²⁸⁷ “Embora a ‘astreinte’ deva ser expressiva, a ponto de coagir o devedor a cumprir o preceito, não pode configurar-se como ônus excessivo, sob pena de se estar olvidando, com isso, as noções de equidade que devem pautar as decisões judiciais. (JTJ 260/321)” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520)

²⁸⁸ “Ao contrário do Código de 39, a lei vigente não estabelece limitação para o valor da multa cominada na sentença, que tem o objetivo de induzir ao cumprimento da obrigação e não o de

Diante do exposto, constata-se que a fixação do valor da multa não constitui um ato discricionário do juiz, devendo pautar-se pelos critérios previstos no art. 461, §4º do CPC, quais sejam, compatibilidade e suficiência.²⁸⁹ Aliás, por esta razão, tanto a imposição, assim como eventual alteração no valor da multa, devem ser feitos mediante decisão motivada, sob pena de nulidade.²⁹⁰

6.5.5 Revisibilidade do Valor da Multa

Com relação à possibilidade de ampliação ou redução do valor da multa, já havia expressa previsão legal para o processo de execução do Livro II, no parágrafo único do art 645 do CPC: “Art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. (Alterado pela Lei 8.953/1994) Parágrafo único - Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo. (Acrescentado pela Lei 8.953/1994)”

Para o processo de conhecimento, tal possibilidade somente foi prevista expressamente com o advento da Lei nº 10.444/2002, que inseriu o §6º no art. 461 do CPC, nos seguintes termos: “§ 6º - O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

Em verdade, essa previsão somente veio a confirmar o que a doutrina e jurisprudência já haviam consagrado anteriormente, ou seja, diante da prescindibilidade de pedido do autor para imposição da multa, também deveria ser reconhecida a possibilidade de atuação *ex officio* pelo juiz, para ampliar ou reduzir seu valor, ou alterar sua periodicidade, a fim de adequá-lo aos parâmetros do art. 461, §4º do CPC.²⁹¹

Assim, em se tratando de processo de conhecimento, o §6º do art. 461, introduzido pela Lei nº 10.444/2002, prevê expressamente a possibilidade de

ressarcir. Nem se justifica tolerância com o devedor recalcitrante que, podendo fazê-lo, se abstém de cumprir a sentença (RSTJ 111/197).” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 519)

²⁸⁹ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 265.

²⁹⁰ “Naturalmente, a instituição e o dimensionamento do valor da multa carecem de suficiente motivação, sob pena de nulidade.” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520)

²⁹¹ *Ibid.*, p. 266.

ampliação e redução do valor da multa, ou de sua periodicidade, de ofício pelo juiz.^{292 293}

Após cominada a multa, constatando-se mudanças concretas que demandem pela redução ou ampliação do *quantum* fixado inicialmente, deve o juiz efetuar a alteração, *ex officio* ou a requerimento do credor. Portanto, o juiz deve sempre levar em conta as particularidades de cada caso concreto, como se extrai da seguinte decisão prolatada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, comentada por THEOTÔNIO NEGRÃO e GOUVÊA:

O STJ determinou a redução do valor de multa diária instituída nas instâncias ordinárias, consignando “que a recorrente vem se empenhando em cumprir a referida obrigação, e tendo em conta os argumentos razoáveis por ela utilizados” (STJ-5ªT., REsp 158.282-SP, rel. Min. José Arnaldo, j. 17.3.98, deram provimento, v.u., DJU 27.4.98, p. 189). Ou seja, o comportamento do destinatário da ordem é algo a ser considerado pelo juiz no dimensionamento do valor da multa, mesmo após sua instituição.²⁹⁴

O fundamento que embasa a possibilidade de alteração do valor da multa quando fixada em sentença respalda-se no fato de ser, a multa, um instrumento de efetivação dos provimentos jurisdicionais não abrangido pela coisa julgada, o que é corroborado pelo fato de sua fixação ser admitida até mesmo quando não prevista na sentença.²⁹⁵ Em outras palavras, por não ser abrangido pela coisa julgada, a

²⁹² MOREIRA, **O novo processo** ..., p. 220.

²⁹³ No processo de execução de título extrajudicial do Livro II, TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER também consideram possível a ampliação da multa prevista em título executivo extrajudicial, mesmo que o art. 645, parágrafo único tenha silenciado a esse respeito, adotando o seguinte posicionamento: “(...) Parece mais razoável, porém, reconhecer o caráter público da multa diária fixada pelo juiz, a qual, por isso, não se confunde com a multa convencional que as partes eventualmente prevejam no título extrajudicial. Daí que, ao lado da multa convencional (com função e termo inicial próprios), pode-se estabelecer outra, processual. Não sendo assim, como explicar que, mesmo quando o título executivo extrajudicial não prevê multa nenhuma, o juiz tem o dever de estabelecê-la?” (TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 249). Diverso é o entendimento de BARBOSA MOREIRA, segundo o qual em face do disposto no parágrafo único, do art. 645 do CPC, no processo de execução, se o título executivo extrajudicial prever o valor da multa, somente é permitido ao juiz sua redução, quando excessivo, não sua elevação, em caso de insuficiência. (MOREIRA, **O novo processo** ..., p. 220)

²⁹⁴ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 521.

²⁹⁵ Outros autores fundamentam tal possibilidade, afirmando que esta faz coisa julgada condicionada pela cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual a imutabilidade da sentença dependeria da manutenção da situação existente à época em que ela foi proferida. (TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 266). É o que leciona GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA, que, mencionando a inserção do §6º ao art. 461 do CPC, pela Lei nº 10.444/2002, destaca que, com isso, o legislador autorizou expressamente a possibilidade de alteração, *ex officio* pelo juiz, do valor ou da periodicidade das *astreintes*, quando caracterizado insuficiente ou excessivo, consagrando, assim, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, à efetivação da tutela específica, concedida em decisão liminar ou sentença, nos termos do §4º do art. 461. (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Repercussões

multa cominatória fixada em sentença pode ter seu valor ou sua periodicidade alterados. Quando não fixada pela sentença, verificando-se a necessidade concreta da cominação, como um meio de induzir o devedor ao cumprimento da sentença, pode o juiz, de ofício ou a requerimento do credor, impor a multa cominatória. Tanto a alteração da multa fixada em sentença, como a imposição da multa cominatória após a sentença, serão efetuadas mediante decisão interlocutória e, portanto, agravável, motivada, prolatada no mesmo processo, mas já na fase de execução da sentença.

6.5.6 Recorribilidade do Valor da Multa

O *quantum* fixado inicialmente para a multa cominatória é passível de controle pela instância jurisdicional superior, tanto quando a quantia fixada for insuficiente ou excessiva para induzir o devedor a cumprir a prestação.

Constatada a insuficiência ou excessividade, quando fixado em decisão interlocutória antecipatória da tutela, o valor cominado será recorrível por agravo (art. 522 do CPC), observando as peculiaridades já expostas no item “5.3.7”; quando fixada na sentença, caberá apelação (art. 513 do CPC).

6.5.7 Termo Inicial da Incidência da Multa

Quando o juiz, diante da insuficiência da multa prevista pelo instrumento de contrato, ampliá-la mediante fixação de uma multa cominatória, de natureza processual, os respectivos termos iniciais serão distintos. A multa contratual terá seu termo inicial desde o inadimplemento da obrigação. Já a multa cominatória, fixada processualmente, começa a incidir somente após decorrido o prazo determinado pela decisão judicial para cumprimento da obrigação.²⁹⁶

Assim, a multa cominatória começa a incidir a partir do momento em que se configurar o descumprimento do provimento jurisdicional, ou seja, quando o devedor não realizar a prestação no prazo fixado pela sentença ou decisão antecipatória de

da Lei 10.444/2002 na ação monitoria. **Revista de Processo**, São Paulo, , ano 28, abr./jun., 2003, p. 188)

²⁹⁶ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 266.

tutela; após o decurso do prazo, verificado o descumprimento, começa a incidir a multa.²⁹⁷

Em caso de alteração do valor inicial da multa cominatória, fixada judicialmente, para adequá-lo às circunstâncias fáticas concretas, quando houver redução, o novo valor somente incidirá quando da alteração das situações concretas; o valor ampliado terá seu termo inicial a partir da sua cientificação ao demandado, à qual deverá acompanhar novamente a ordem para cumprimento imediato, não mais dentro de um prazo.²⁹⁸ Esse entendimento é corroborado por THEOTÔNIO NEGRÃO e GOUVÊA: “Em regra, a variação na intensidade da multa passa a produzir efeitos concretos a partir do próprio fato motivador da alteração, na hipótese de redução, ou da intimação do requerido, no caso de aumento.”²⁹⁹

6.5.8 Termo Final da Incidência da Multa

A multa deixará de incidir quando a obtenção do resultado específico tornar-se impossível ou por requerimento do credor pela conversão da obrigação específica em perdas e danos (art. 461, §1º do CPC).

Conforme entendimento de THEOTÔNIO NEGRÃO e GOUVÊA: “A impossibilidade de cumprimento do dever imposto judicialmente ou a manifestação do requerente no sentido pela preferência pelas perdas e danos retiram o suporte material para a incidência da multa. Todavia, caso essa incidência já tenha se iniciado, subsiste a multa incidente até a verificação de tal impossibilidade ou a emissão de tal manifestação.”³⁰⁰

Assim, mesmo diante da impossibilidade de cumprimento específico ou da opção do credor pela indenização por perdas e danos, se a incidência da multa já tiver iniciado, o crédito desta decorrente será devido.

O valor decorrente da multa fixado em decisão antecipatória ou em sentença final somente não será devido caso o pedido do autor seja julgado improcedente, eis

²⁹⁷ “(...) em hipótese na qual foi celebrado acordo homologado judicialmente tendo por objeto obrigação de fazer e prevendo multa diária para a hipótese de inobservância de seus termos, bastou o transcurso ‘in albis’ do prazo assinado ao demandado para efetivação da providência assumida para que tivesse início a incidência concreta das ‘astreintes’ (RT 825/300).” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520)

²⁹⁸ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 266.

²⁹⁹ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 521.

que o provimento jurisdicional de improcedência é declaratório negativo, com efeito *ex nunc*, refletindo, portanto, a inexistência do direito afirmado pelo autor.³⁰¹

6.5.9 Destinatário do Crédito Decorrente da Incidência da Multa

O crédito resultante da incidência da multa pertence ao requerente, como bem observam THEOTÔNIO NEGRÃO e GOUVÊA: “Na ausência de expressa disposição legal a respeito e ante os indícios deixados pelo art. 461, §2º, o produto resultante da incidência da multa deve ser destinado ao requerente.”³⁰²

Ainda, em face do disposto no §2º do art. 461 do CPC, FABIANO CARVALHO leciona: “Quando a multa, apesar de aplicada, não resultar no cumprimento da obrigação, ela deve aderir ao valor das perdas e danos. Vale dizer: se o réu não obedece a decisão judicial, são devidos o valor da multa mais o valor das perdas e danos.”³⁰³ Nesta caso, por uma questão de brevidade processual, o valor da multa poderá ser executado juntamente com o valor das perdas e danos, em um único processo.

6.5.10 Momento de Exigibilidade e a Via para Exigir o Crédito Resultante da Multa

O momento de exigibilidade do crédito resultante da incidência da multa dá-se a partir do descumprimento da decisão cominatória.³⁰⁴

A partir deste momento, o credor poderá exigir esse crédito, sendo que a via adequada é o procedimento de execução por quantia certa que, com o advento da Lei nº 11.232/2005, passou a ser disciplinado pelos arts. 475-I e seguintes.³⁰⁵

A execução do valor da multa poderá ser definitiva ou provisória, conforme preceitua o §1º do art. 475-I:

³⁰⁰ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 520.

³⁰¹ JORGE, op. cit., p. 372.

³⁰² TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 520.

³⁰³ CARVALHO, op. cit., p. 210.

³⁰⁴ “A multa diária somente pode ser cobrada a partir do descumprimento da sentença, o qual, por sua vez, requer instauração do processo de execução, e sua regular formação, com a citação, impedindo entender-se que a condenação ‘a partir da citação’ seja a citação do processo de conhecimento. (STJ-RT 764/184). No mesmo sentido: RSTJ 129/378.” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 408)

³⁰⁵ “A ação ordinária de cobrança é via inadequada para o efetivo recebimento do valor da multa. (RT 839/375)” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520)

Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

§ 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.³⁰⁶

Nesta senda, a execução será definitiva quando fundada em título executivo judicial já transitado em julgado. Será provisória quando o título judicial que a embasar não tiver transitado em julgado, ou seja, enquanto a decisão que forma o título judicial for recorrível, quando ainda estiver sujeita à reforma ou cassação, podendo até desfazer o título provisório, em caso de procedência dos recursos interponíveis. Dessa forma, quando os recursos cabíveis à decisão não possuírem efeito suspensivo e, conseqüentemente, a decisão não tiver seus efeitos suspensos pela interposição dos recursos, pode-se iniciar a fase executiva.³⁰⁷

FLÁVIO CHEIM JORGE destaca que caberá a execução provisória do crédito da multa, enquanto a decisão cominatória não for definitiva, sendo que, neste caso, a execução pode se dar após o término do prazo, fixado na decisão, para cumprimento da obrigação.³⁰⁸

Diante disso, TALAMINI, ALMEIDA e WAMBIER³⁰⁹ lecionam que a multa torna-se exigível, podendo ser executada, quando a decisão que a cominou não estiver mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, ou seja, no momento em que o provimento tornar-se eficaz³¹⁰. Se houver recurso cabível, a execução será provisória, atualmente contemplada pelo art. 475-O do CPC, introduzido pela Lei nº 11.232/2005.

Impende ressaltar que, conforme art. 475-O, I do CPC, a execução provisória da multa “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido.”³¹¹

³⁰⁶ “§ 2º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.”

³⁰⁷ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 138.

³⁰⁸ JORGE, op. cit., p. 372.

³⁰⁹ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 267.

³¹⁰ “Estando a decisão impositiva da multa com a eficácia liberada, ainda que contra ela penda recurso, fica autorizada a execução do seu valor. Logicamente, na pendência do julgamento da impugnação, a execução se dá na forma provisória.” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520)

³¹¹ Cassada ao final do processo a decisão impositiva da medida coercitiva e reconhecida a inexistência do dever anteriormente imposto ao requerido, desaparece o suporte material para

6.6 A EXECUÇÃO POR SUB-ROGAÇÃO: OS MEIOS SUB-ROGATÓRIOS DO §5º DO ART. 461 DO CPC

Ao lado do sistema das *astreintes* (“multa por tempo de atraso”), o §5º³¹² do art. 461 do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.444/2002, autoriza, nas ações relativas às obrigações de fazer ou de não fazer, a determinação pelo juiz, *ex officio* ou a pedido do autor, de meios executivos sub-rogatórios da conduta do demandado, no intuito de obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento, tais como “(...), busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

6.6.1 Finalidade

FREDIE DIDIER JR. conceitua execução por sub-rogação como

aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida. O magistrado toma as providências que deveriam ter sido tomadas pelo devedor, sub-rogando-se na sua posição. Há substituição da conduta do devedor por outra do Estado-juiz, que gere a efetivação do direito do exequente. Alguns autores usam a designação “execução direta” ou “execução por meio de coerção direta” para definir o fenômeno.³¹³

Os meios sub-rogatórios contemplados pelo §5º do art. 461 do CPC visam propiciar a satisfação do credor mediante a obtenção do resultado prático equivalente, ou seja, objetivam a obtenção da prestação *in natura*, prescindindo-se da colaboração do obrigado recalcitrante, através de atividade realizada por terceiro – auxiliar do juízo ou pessoa designada pelo juiz.

subsistência da multa. Caso o demandante tenha tomado alguma medida para a sua cobrança, ele responde pelos prejuízos causados, nos termos dos arts. 588-I e 811. (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F., op. cit., p. 520)

³¹² “§ 5º - Para a efetivação da tutela específica ou 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.”

³¹³ DIDIER JR., Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 118, nov./dez., 2004, p. 17.

MARINONI destaca que os meios de sub-rogação podem ser empregados quando “o fazer almejado pode ser obtido através de um fazer ou de uma atividade de um terceiro”, como quando o juiz determina, na sentença, “que um terceiro preste, às expensas do demandado, o fazer ou a atividade necessária para que seja possível a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente.”^{314 315}

Assim, quando, nas ações relativas aos deveres de fazer ou de não fazer, o juiz determinar o emprego de medidas sub-rogatórias, irá se operar a “substituição da conduta do demandado pela do próprio Estado, através de agentes seus, a fim de se alcançar o mesmo resultado (ou o mais próximo disso) que se teria com o cumprimento voluntário.”³¹⁶

Insta mencionar, ainda, que o emprego das providências sub-rogatórias constitui “a via para a produção da situação final, e não do bem jurídico almejado”, pelo que não se confundem com a sub-rogação da obrigação, que ocorre na hipótese de conversão por perdas e danos.”³¹⁷

6.6.2 Campo de Aplicação

Os meios sub-rogatórios, no âmbito do art. 461 do CPC, têm seu campo de aplicação voltado especificamente ao cumprimento de obrigações com prestação fungível, tendo em vista que estas admitem o cumprimento por terceiro, por pessoa diversa do obrigado, do que decorre a possibilidade de emprego de meios substitutivos da conduta do devedor, para obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento.

É o que leciona MARINONI: “a sub-rogação pode ser utilizada nos casos de obrigação fungível, de violação de norma e de dano que pode ser reparado na forma específica.”³¹⁸

Seguindo a mesma linha, TALAMINI ressalta que a “adoção das providências destinadas à consecução do ‘resultado prático equivalente’ será viável apenas

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 79.

³¹⁵ MARINONI diferencia os meios sub-rogatórios, da coerção direta, sendo esta caracterizada “quando o direito é realizado em virtude da atuação de um auxiliar do juízo, ou de alguém que do juiz recebe esta qualificação.” (MARINONI, **Tutela específica...**, p. 77)

³¹⁶ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 268.

³¹⁷ Ibid., op. cit., p. 268.

quando o dever de fazer (incluído o de desfazer) for fungível. A infungibilidade afasta a possibilidade de consecução do resultado específico sem a participação do réu.”³¹⁹

Portanto, o campo de imposição dos meios substitutivos da conduta do demandado restringe-se às obrigações de fazer fungíveis e às obrigações de não fazer permanentes, que admitem desfazimento por terceiro³²⁰.

Impende destacar que a determinação de meios sub-rogatórios que necessitem da contratação pelo procedimento licitatório, previsto pelo art. 634 do CPC, representa um ônus de tempo e dinheiro ao credor, pelo que deve o credor manifestar-se expressamente por esta opção, não devendo o juiz adotar esta via *ex officio*.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR leciona que a “decisão entre a imposição da prestação específica ou a medida equivalente deve ser tomada ainda no processo de conhecimento, a pedido do autor, segundo se depreende do *caput* do art. 461, onde se prevê a substituição, ‘se procedente o pedido’. Logo, sem opção do credor, não cabe ao juiz, em princípio, impor substituição da prestação devida por outra providência ‘equivalente’, no sentido prático.”

Acrescenta, porém, que não se pode obstar que o credor opte pela adoção de meios sub-rogatórios já na fase de execução:

Nada obsta, porém, que, tendo sido condenado a cumprir a prestação originária, o credor descubra, já na fase de execução, a possibilidade de uma providência que, melhor do que a execução tradicional das obrigações de fazer e não fazer, cumpra a função prática equivalente ao adimplemento. Em tal situação, penso que o art. 461 permitir-lhe-á optar pela prestação sub-rogatória no estágio de execução.³²¹

6.6.3 Momento de Aplicação

Essa previsão de meios sub-rogatórios possibilitou a prática de atos executórios no próprio processo de conhecimento e podem ser determinados não apenas para execução da sentença final; conforme exposto no item “5.3.3” deste

³¹⁸ MARINONI, **Tutela específica...**, p. 78.

³¹⁹ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 283-284.

³²⁰ Conforme exposto no item “5.3” do presente trabalho.

³²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução – rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 24, n. 93, jan./mar., 1999, p. 33.

trabalho, esses meios também podem ser impostos para cumprimento da decisão antecipatória.

O *caput*, do art. 461 do CPC dispõe que: “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 prático equivalente ao do adimplemento.” Diferentemente do que se poderia extrair da leitura deste dispositivo, em virtude da expressão “ou, se procedente o pedido, determinará providências”, o emprego das medidas sub-rogatórias não se condiciona à procedência da demanda, podendo ser também empregadas para o cumprimento de decisão antecipatória de tutela.³²²

6.6.4 Os Meios Sub-rogatórios Exemplificados no §5º do art. 461 do CPC e os Limites na Determinação das Medidas Atípicas

Dentre as providências enumeradas no §5º, pode-se mencionar, a título exemplificativo, “a realização por terceiro de tarefa que o réu se obrigara a fazer; o desfazimento por terceiro de obra que não poderia ter sido desfeita; o lacre de equipamento poluente, diante da inércia do réu em instalar filtros; a intervenção de auxiliar do juízo na administração da empresa, a fim de adotar medidas que vinham sendo descumpridas, e assim por diante.”³²³

É assente, na doutrina, o entendimento de que as providências enumeradas no §5º, do art. 461 são meramente exemplificativas, não constituindo, portanto, um rol exaustivo ou taxativo, fato se extrai da expressão “tais como”. Assim, pode o juiz, por exemplo, determinar o emprego de uma medida sub-rogatória requisitada pelo autor.³²⁴

Entretanto, conforme visto no item “6.4.2”, a imposição das medidas atípicas não constitui poder discricionário do juiz, devendo ser observado os seguintes limites: impossibilidade de adoção de medidas vedadas pelo ordenamento jurídico,

³²² TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 268.

³²³ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 268.

³²⁴ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 264.

como a prisão civil, cujo cabimento limita-se à hipóteses do art. 5º, LXVII da CF³²⁵; e sua adoção deve ter em vista a utilidade, adequação e proporcionalidade com a finalidade que se pretende alcançar, ou seja, deve-se observar o princípio de imposição de menor sacrifício ao demandado.³²⁶

Os meios sub-rogatórios arrolados expressamente pelo legislador, no §5º do art. 461 do CPC são os seguintes: “busca e apreensão”, “remoção de pessoas e coisas”, “desfazimento de obras”, impedimento de atividade nociva” e “requisição de força policial”. Resta saber qual a feição que esses meios adquirem no âmbito do art. 461.

Pois bem, a “busca e apreensão” contemplada pelo §5º do art. 461 do CPC destina-se à subtração de determinado bem corpóreo que esteja na posse do réu e que seja imprescindível à consecução do resultado prático equivalente, ou seja, quando o bem for

necessário para o desenvolvimento dos meios sub-rogatórios destinados à consecução do fazer (ex.: projetos de engenharia, equipamentos especiais que só o réu possui), quer seja uma parte do próprio resultado material do cumprimento do dever de fazer (ex.: móvel não finalizado, que o marceneiro obrigou-se a produzir; medicamentos a serem fornecidos pelo Estado, no cumprimento de seu dever de prestar assistência à saúde).³²⁷

Configurada essa necessidade, o mandado será expedido e cumprido no mesmo processo em que foi prolatada a decisão que determinou o emprego do meio sub-rogatório.³²⁸

Impende mencionar, ainda, que não é possível conferir, à medida de busca e apreensão, um caráter puramente coercitivo. É diferente do que ocorre no sistema jurídico inglês, em que o seqüestro atua como medida coercitiva, “como sanção ao *contempty of court*”, cessando somente diante do cumprimento ou da cassação da decisão desrespeitada. No sistema jurídico brasileiro, o seqüestro puramente coercitivo, mediante a apreensão de um bem irrelevante à consecução do resultado específico, configuraria medida ilegítima, eis que “poderia vir a caracterizar ofensa

³²⁵ “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

³²⁶ Ibid. p. 265-266.

³²⁷ Ibid., p. 268.

³²⁸ Id.

ao devido processo legal (privação de um bem sem prévia oportunidade de discussão).”³²⁹

Outra medida expressa no §5º do art. 461 do CPC é a “remoção de pessoas e coisas”. A remoção de coisas tem finalidade diversa da busca e apreensão, eis que se destina à retirada forçada de bem que constitui obstáculo à produção do resultado específico, como, por exemplo, “placa que afeta indevidamente a fachada de prédio com valor histórico; equipamento poluente; painéis publicitários ofensivos a regras legais ou contratuais de concorrência”.³³⁰

A remoção de pessoas tem a finalidade precípua de obtenção do resultado específico de “deveres de não fazer que dependem de uma abstenção física.” Constitui, pois, uma “medida repressiva direta”, cujo provimento deve ser dotado de significativo peso mandamental. Importante observar que esta medida não legitima a determinação de prisão civil, cujas estritas hipóteses de cabimento encontram-se contempladas na Constituição Federal. Dessa forma, esta medida somente deve ser empregada quando realmente imprescindível, como no caso de “tutela jurisdicional pleiteada pela administração de um hospital para impedir ou dissolver manifestação pública a realizar-se em logradouro ao lado de estabelecimento médico.”³³¹

O “desfazimento de obras” constitui uma sanção restitutória, que objetiva a eliminação dos produtos materiais e, quando possível, dos imateriais, decorrentes de uma atividade indevida.

A medida consistente no “impedimento de atividade nociva” pressupõe provimento com força mandamental, constituindo-se um meio de natureza preventiva, repressiva ou simultânea, que abrange a remoção de pessoas e coisas.³³²

A “requisição de força policial” é um meio de apoio instrumental, auxiliar aos demais meios e tem por finalidade “resguardar a observância de provimentos mandamentais ou demover a resistência à atuação executiva (sub-rogatória)”.³³³

³²⁹ Id.

³³⁰ Ibid., p. 268-269.

³³¹ Ibid., p. 269.

³³² Id.

³³³ Ibid., p. 270.

6.7 A EXECUÇÃO GENÉRICA: A CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS

6.7.1 O Sistema Consagrado pelo §1º do Art. 461 do CPC

O sistema contemplado pelo art. 461 do CPC consagrou a prevalência pela obtenção da execução específica, em detrimento da execução genérica, conforme leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Qualquer que seja o tipo de obrigação de fazer ou não fazer, a regra básica é a execução específica ou, pelo menos, a obtenção de providência que assegure o resultado prático equivalente ao adimplemento. Não cabe ao juiz condenar o devedor em perdas e danos, se é possível atingir-se a execução específica por meio de terceiro ou do próprio credor, às expensas do inadimplente (obrigações fungíveis) ou se alguma medida sub-rogatória for capaz de proporcionar ao credor o “resultado prático equivalente”.³³⁴

É o que preceitua o §1º do art. 461 do CPC: “§ 1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.”

Não há que se olvidar, pois, que a conversão da obrigação originária em indenização pelas perdas e danos foi relegada à excepcionalidade pelo sistema do art. 461.³³⁵

6.7.2 Hipóteses de Cabimento

De acordo com o §1º, do art. 461 do CPC, somente em duas hipóteses haverá a conversão em perdas e danos: por opção do credor, mediante expresso requerimento; ou quando impossível a obtenção do cumprimento específico da obrigação, seja pela atuação do próprio réu, seja mediante cumprimento por terceiros.

Acerca das duas possibilidades de conversão em perdas e danos, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR leciona:

O juiz, nessa ordem de idéias, somente converterá a obrigação originária em perdas e danos em duas hipóteses:

³³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Execução – rumos atuais...**, p. 32.

³³⁵ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 269.

- a) se o credor optar por essa solução, pois, no caso de descumprimento de qualquer obrigação, é sempre direito do credor romper o vínculo obrigacional substituindo a prestação devida por indenização do prejuízo sofrido (...); e
- b) se a prestação devida não for exequível nem for possível alcançar-se medida prática equivalente. Se, v.g., a obrigação era de preparar ceia de Natal, e o devedor descumpriu, nada há mais que a Justiça possa fazer, senão impor ao inadimplente perdas e danos.³³⁶

Quando a execução específica for impossível, isto é, quando não tiver condições de se realizar, poderá ser substituída pela execução genérica.³³⁷ TALAMINI destaca que a impossibilidade de obtenção do resultado específico ocorre em duas hipóteses: “quando surge um óbice material ou jurídico à sua consecução”³³⁸ e “quando, com o não cumprimento pontual, desaparece objetivamente seu interesse (utilidade) para o titular do direito”³³⁹. Assim, uma vez constatada a situação de impossibilidade de cumprimento específico, o juiz realizará de ofício a conversão.³⁴⁰

Em sendo possível a obtenção do resultado específico, o credor poderá requerer, exceto em uma hipótese adiante mencionada, a conversão em perdas e danos, na inicial ou por simples petição. Quando o credor pleitear a conversão, esta independe de concordância do réu, o que é garantido pelo direito material em caso de inadimplemento (art. 249, *caput* e art. 251, *caput*, do CC/2002).³⁴¹ Insta mencionar, ainda, que, no caso de posterior arrependimento do réu, o sistema do art. 461 do CPC não permite que ele, “voltando atrás, pretenda cumprir o dever de fazer, depois que o autor já optou pela conversão em perdas e danos – a não ser que haja concordância deste.”³⁴²

Se já houver sentença que tenha imposto ao réu a realização da prestação específica da obrigação, uma vez constatada a impossibilidade de cumprimento específico, ou mesmo diante da possibilidade, o credor requerer, o juiz efetuará a conversão mediante decisão interlocutória condenatória proferida já na fase de execução da sentença, no mesmo processo, nos mesmos autos, na mesma relação processual.

³³⁶ THEODORO JÚNIOR, **Execução – rumos atuais...**, p.33.

³³⁷ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 141.

³³⁸ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p.324.

³³⁹ *Ibid.*, p. 326.

³⁴⁰ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 269.

³⁴¹ TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de; WAMBIER, L. R., op. cit., p. 269.

³⁴² TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 330.

Impende analisar, ainda, as hipóteses de configuração da impossibilidade do resultado específico ou de opção do credor pela execução genérica ainda no curso do processo, antes da prolação da sentença, o que acarretaria alteração do objeto do processo.

Acerca da constatação da impossibilidade de obtenção do resultado específico no curso do processo, se o autor já tiver pleiteado, na inicial, a conversão em perdas e danos cumulativamente ao pedido de obtenção do resultado específico e, posteriormente se verificar a impossibilidade deste, o processo não será extinto; neste caso, haverá a alteração do objeto do processo, “passando-se a examinar os demais pressupostos da indenização (culpa, existência e valor dos danos, nexo de causalidade etc), para, desde logo, formar-se título completo para a execução da verba ressarcitória.”³⁴³

Caso o autor não tenha efetuado o pedido cumulativo na inicial, TALAMINI observa que seria razoável interpretar o §1º do art. 461 do CPC, no sentido de que essa regra autorizaria “que, se no curso do processo houvesse a impossibilidade, desde logo o juiz passasse a examinar os demais pressupostos materiais da indenização para, se presentes, desde logo emitir a respectiva condenação (completa).” Alerta, porém, que para que tal possibilidade seja plausível, figura-se necessário a observação de três inafastáveis limitações impostas por garantias constitucionais: primeiramente, é preciso interpretar o §1º com a inclusão da possibilidade de alteração do objeto da demanda e, mesmo assim, somente se o autor tiver requerido ou, ao menos, aceito a conversão, sendo vedada, nesta hipótese, a atuação *ex officio*; em segundo lugar, há que se reabrir o prazo para o exercício de defesa pelo réu no tocante aos pressupostos materiais da indenização, que não constituíam objeto de exame e, portanto, não foram discutidos; e, em terceiro lugar, somente seria razoável a mudança de objeto antes do término da instrução probatória, tendo em vista que após, o juiz teria que reabrir a instrução, algo que vai contra o princípio da economia processual.³⁴⁴

Por fim, insta mencionar que se o autor tiver apenas pleiteado, na inicial, a execução específica e, em sendo esta possível, não pode, desde logo, pleitear a conversão, pois estaria a “estender o campo de cognição (instrução e decisão

³⁴³ Ibid., 334.

³⁴⁴ Ibid., p. 335-336.

judicial) para o exame da existência, extensão e valor do dano – a fim de não precisar, depois, de processo liquidatório.”³⁴⁵

Em síntese: “não se tratando de impossibilidade, ou bem o autor formula já na inicial o pedido indenizatório ou aguarda para utilizar eventual sentença de procedência como título a ser subseqüentemente liquidado.”³⁴⁶

O valor da condenação em perdas e danos corresponderá ao valor da obrigação inadimplida mais os danos sofridos, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes, nos termos dos arts. 402³⁴⁷ e 403 do Código Civil de 2002. Ainda, de acordo com o art. 5^a, inc. X³⁴⁸ da Constituição Federal de 1988, a indenização abrangerá não somente os danos materiais, como também eventuais danos morais ocasionados ao autor.

³⁴⁵ Ibid. p. 336.

³⁴⁶ Ibid., p. 337

³⁴⁷ “**Art. 402.** Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”; “**Art. 403.** Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

³⁴⁸ “**X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

7 CONCLUSÃO

A via de tutela jurisdicional estabelecida pelo legislador infraconstitucional, através das Leis nº 8.952/1.994 e nº 10.444/2002, no art. 461 do CPC, representou um grande avanço na incessante busca pela realização dos escopos do Direito Processual Civil Contemporâneo, representados pelos princípios do acesso à justiça e da efetividade da prestação jurisdicional.

Com o advento das reformas de 1994 e 2002, o Código de Processo Civil de 1973 passou a contemplar duas vias de tutela aos titulares de deveres de fazer ou de não fazer: a via dos arts. 632 e seguintes, do Livro II do CPC, destinada à tutela de pretensões fundadas em títulos executivos extrajudiciais; e a via do art. 461 do CPC, voltada à tutela de pretensões a deveres de fazer e de não fazer não consubstanciadas em títulos executivos extrajudiciais. Neste caso, a prestação do dever será exigida mediante a ação ordinária prevista pelo art. 287 do CPC e a sentença, ou decisão antecipatória de tutela, será cumprida de acordo com os dispositivos do art. 461 do CPC, na redação determinada pela Lei nº 10.444/2002, observando-se subsidiariamente as regras relativas à via do Livro II, consoante preceitua o art. 644 do CPC, também com redação determinada por esta Lei.

A via de tutela consagrada no art. 461 do CPC consubstancia uma série de dispositivos que permitem, ao Poder Judiciário, conferir uma prestação jurisdicional adequada, útil, célere, tempestiva e efetiva aos titulares de deveres de fazer ou de não fazer, já violados ou sob ameaça de lesão, em consonância com o inc. XXXV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Constitui, pois, uma via especial de tutela aos deveres de fazer e de não fazer, que conferiu uma nova configuração ao processo, qual seja, a de um instrumento disponibilizado ao Estado-Jurisdição, apto a tutelar, com efetividade, o pedido de prestação jurisdicional requerido pelo jurisdicionado titular de deveres de fazer ou de não fazer.

Há que se destacar que a tutela jurisdicional propiciada pelo art. 461 do CPC abrange um vasto campo de situações de direito substancial, abarcando não somente as obrigações propriamente ditas ou em sentido estrito, como também os deveres jurídicos, decorrentes de imposição legal.

Essa aprimorada técnica de tutela jurisdicional propiciou a superação de diversos dogmas consagrados pelo Direito Processual Civil Clássico, em razão dos quais era conferida, aos titulares dos deveres em comento, uma tutela inadequada e desprovida de efetividade.

Nesse sentido, a Lei nº 8.952/1.994 introduziu, no §3º do art. 461 do CPC, a possibilidade de concessão antecipada dos efeitos da tutela de mérito visando conferir uma prestação jurisdicional tempestiva e útil àquelas situações em que a concessão da tutela somente ao final do processo por meio da sentença de mérito, após ampla instrução e cognição exauriente, acarretava a inutilidade do provimento jurisdicional.

Através da mesma lei, introduziu-se o regime geral de antecipação de tutela no art. 273 do CPC, cuja hipótese contemplada pelo respectivo inciso I foi praticamente reproduzida no §3º do art. 461 do CPC, com a finalidade de reforçar a imprescindibilidade desse instituto à tutela dos deveres de fazer ou de não fazer.

A concessão da tutela antecipada ex §3º do art. 461 do CPC depende de requerimento expresso do autor, não podendo ser concedida *ex officio*. Pode ser concedida no início do processo, liminarmente (*inaudita altera pars*) ou após justificação prévia, com audiência do réu. Além disso, é possível a concessão nos demais momentos do processo, até mesmo na sentença de mérito ou na fase recursal.

Para a concessão da medida antecipatória, o §3º do art. 461 do CPC contempla dois requisitos que devem ser preenchidos cumulativamente, quais sejam, o relevante fundamento da demanda e o justificado receio de dano irreparável, que correspondem, respectivamente, à verossimilhança da alegação e receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A decisão que concede ou denega o pedido de tutela antecipada deverá ser motivada, sobretudo por se tratar de decisão precária, de natureza provisória, revogável até mesmo de ofício, quando constatada a ausência de um dos requisitos após a concessão. Além disso, essa decisão será recorrível mediante agravo de instrumento, em caso de decisão interlocutória, ou através de apelação, em se tratando de sentença.

Se constatado o perigo de irreversibilidade da medida antecipatória, o juiz terá que ponderar os valores envolvidos, podendo este risco ser contornado, em certos casos, mediante a exigência de prestação de caução pelo requerente.

Outro motivo que acarretava a insuficiência da tutela concedida pela redação original do Código de Processo Civil de 1973, consistia no dogma da separação entre processo de cognição e processo de execução, onde o primeiro destinava-se tão-somente ao conhecimento e à dicção do direito por meio da sentença final condenatória, cuja atividade jurisdicional executiva era prestada mediante execução *ex intervallo*, ou seja, através de processo de execução autônomo.

Conferindo amplos poderes ao juiz na condução do litígio, a via de prestação jurisdicional ex art. 461 do CPC instaurou um procedimento mais célere, que reduziu a onerosidade de tempo e custos a que o exeqüente estava sujeito no sistema anterior. Consagrou-se um processo sincrético, que reúne a prestação das atividades jurisdicionais cognitiva e executiva. O direito é conhecido e efetivado em uma única relação processual, consagrando, pois, a execução *sine intervallo*.

Em decorrência da ausência de processo de execução autônomo, houve a supressão da ação de embargos do devedor, restando a este, enquanto meio de defesa na fase executiva, a modalidade de impugnação efetuada na mesma relação processual, mediante simples petição, que poderá ter por objeto as matérias previstas nos incs. II e III do art. 303 do CPC, que podem ser argüidas tanto na fase de cognição, como na fase executiva.

A efetivação do direito em um único processo foi propiciada pela inserção, no art. 461 do CPC, da possibilidade de concessão de tutela, aos deveres em comento, através de ações mandamentais, pertencentes à classificação quinária das ações e sentenças de procedência, que sempre permitiram a efetivação do direito no mesmo processo.

Os provimentos mandamentais contêm uma ordem emitida pelo juiz, para que o respectivo destinatário cumpra, sem nenhuma margem de discricionariedade, o fazer ou o não fazer imposto pela decisão, sendo que o descumprimento importará na configuração de crime de desobediência, tipificado pelo art. 330 do Código Penal, podendo sujeitar o destinatário desobediente à instauração de processo penal. Impende ainda destacar que as decisões de natureza mandamental devem ser empregadas somente quando, no litígio, estiverem envolvidos interesses maiores,

interesses públicos, que vão muito além dos interesses obrigacionais, contratuais, objetos de lides de natureza meramente privada.

Além disso, a partir das alterações estabelecidas nos arts. 644 e 461 do CPC, pela Lei nº 10.444/2002, a eficácia executiva dos provimentos preponderantemente condenatórios proferidos com base no art. 461, passou a ser imediata, propiciando, assim, a realização do direito no mesmo processo, mediante a imposição de mecanismos processuais executivos.

Os mecanismos processuais previstos pelo art. 461 do CPC podem ser determinados, *ex officio* ou a requerimento do autor, para cumprimento da decisão antecipatória de tutela ou da sentença final. Esses mecanismos foram inseridos nos §§ 4º e 5º do CPC, com a finalidade de atender ao sistema de tutela estabelecido no art. 461 do CPC, que conferiu absoluta prevalência à concessão da prestação específica ou *in natura* dos deveres de fazer e de não fazer, relegando à excepcionalidade a conversão em perdas e danos, conforme preconizado pelo §1º do art. 461 do CPC.

Esses mecanismos processuais podem ter natureza coercitiva ou sub-rogatória, na medida em que propiciarem, respectivamente, a obtenção da prestação *in natura* pelo próprio réu ou mediante atividade de terceiro. Além disso, há a possibilidade de determinação cumulativa ou sucessiva dos meios coercitivos e sub-rogatórios.

Insta mencionar, ainda, que, de acordo com o entendimento prevalente na doutrina brasileira, somente os mecanismos sub-rogatórios têm natureza de meios executivos propriamente ditos, sendo estes entendidos como aqueles que permitem a efetivação do direito prescindindo-se da colaboração do devedor.

Como medida coercitiva, há a previsão, nos §§4º e 5º do CPC, ambos com redação conferida pela Lei nº 10.444/2002, da multa cominatória, diária ou com outra periodicidade, pelo tempo de atraso no cumprimento do provimento jurisdicional. Este mecanismo pode ser imposto *ex officio* ou a requerimento do credor, propiciando a chamada execução indireta, ou seja, o cumprimento da decisão pelo próprio devedor.

A multa cominatória representou a superação do clássico dogma da intangibilidade da vontade humana, do qual decorria a impossibilidade de atuação coercitiva, por parte dos órgãos jurisdicionais, sobre a vontade do devedor, no intuito

de induzÍ-lo ao cumprimento da obrigação. Nesta senda, a multa cominatória constitui um mecanismo de coerção indireta, que atua coercitivamente sobre a vontade do demandado, exercendo pressão psicológica sobre este, a fim de induzÍ-lo a optar pela satisfação voluntária da prestação determinada pela decisão judicial.

A multa cominatória tem seu campo de aplicação voltado tanto à tutela de deveres com prestação fungível, como daqueles com prestação infungível, adquirindo, porém, especial importância em se tratando destes, mais especificamente os deveres de fazer com prestação infungível e os deveres de não fazer, uma vez que são deveres que somente podem ser cumpridos mediante atividade do próprio demandado, não admitindo o resultado prático equivalente.

Pode ser imposta *ex officio* ou a requerimento do autor, sempre mediante decisão motivada, que fixará o valor inicialmente cominado e o prazo razoável para que o réu cumpra a obrigação. O valor inicialmente arbitrado para multa não tem como limite máximo o valor da obrigação, uma vez que, a teor do que dispõe o §2º do art. 461 do CPC, acrescentado pela Lei 8.952/1994, a multa em nada se confunde com as perdas e danos.

Os únicos limites na fixação do valor da multa constituem-se nos parâmetros de suficiência e compatibilidade, estabelecidos no §4º do art. 461 do CPC, acrescentado pela Lei nº 8.952/1994, devendo, pois, consistir num *quantum* compatível e suficiente para a obtenção da tutela específica em sentido estrito.

Além disso, o valor estabelecido para a multa cominatória pode ser reduzido ou ampliado até mesmo *ex officio* pelo juiz, conforme consagrado no §6º do art. 461 do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.444/2002, com vistas a adequá-lo aos parâmetros estabelecidos no §4º, sempre que a realidade concreta o exigir.

Juntamente com o valor da multa, deve o juiz fixar prazo razoável para que o réu cumpra a obrigação. Decorrido o prazo e constatado o não cumprimento, a multa começa a incidir, sendo que seu termo final dar-se-á somente com a conversão da obrigação específica em perdas e danos, hipótese admitida apenas no caso de impossibilidade de obtenção da prestação específica ou por expressa opção do credor.

Caso haja a conversão e a multa já tiver iniciado sua incidência, será devido o valor decorrente desta, que torna-se exigível a partir do descumprimento da obrigação, momento a partir do qual pode ser executado provisoriamente, desde que

não haja efeito recurso com efeito suspensivo cabível em face da decisão cominatória. Ademais, o crédito decorrente da multa será cobrado sem prejuízo do valor das perdas e danos, conforme dispõe o §2º do art. 461 do CPC, sendo até mesmo recomendável a execução de ambos os valores, juntamente com os honorários de sucumbência e custas judiciais, em um único processo, por uma questão de brevidade processual.

Em se tratando de deveres com prestação infungível, ou seja, deveres de fazer infungíveis e deveres de não fazer instantâneos, verificada a impossibilidade da tutela específica, somente restará a conversão em perdas e danos. Quando estiver em questão deveres de fazer com prestação fungível ou deveres de não fazer permanentes, isto é, que admitam desfazimento, figura-se possível, antes da conversão em perdas e danos, a determinação de meios sub-rogatórios, para obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento.

Os meios sub-rogatórios estão previstos dentre as providências enumeradas exemplificativamente no §5º do art. 461, como a “busca e apreensão”, a “remoção de pessoas e coisas”, o “desfazimento de obras”, o “impedimento de atividade nociva” e a “requisição de força policial”. Este dispositivo consiste em um rol não exaustivo, figurando-se possível a determinação de medidas atípicas, desde que legítimas, isto é, não vedadas pelo ordenamento jurídico, e úteis, adequadas e proporcionais com a finalidade que se almeja alcançar.

Esses meios destinam-se a assegurar a consecução do resultado prático equivalente, ou seja, a obtenção da prestação específica mediante atividade de terceiro, auxiliar do juízo ou designado pelo juiz. Por propiciarem a satisfação do credor prescindindo-se, ou mesmo indo contra a vontade do réu, os meios sub-rogatórios têm seu campo de aplicação voltado exclusivamente aos deveres de fazer fungíveis e aos deveres de não fazer que admitam desfazimento por terceiro (deveres de não fazer permanentes). Assim, a esses deveres, persistindo o devedor na situação de recalcitrância, podem ser impostos meios sub-rogatórios, substitutivos da conduta deste.

No entanto, há que se observar que, em regra, em se tratando de meios sub-rogatórios que dependam da contratação de terceiro, haverá a necessidade de expresso requerimento do credor, sendo vedada a determinação pelo juiz *ex officio*,

tendo em vista que o procedimento licitatório previsto no art. 634 do CPC representa um ônus de tempo e dinheiro ao devedor.

Através da “busca e apreensão”, figura-se possível retirar um bem corpóreo que esteja na posse do réu, desde que o bem seja imprescindível à obtenção da prestação específica, tendo em vista que a esta medida não se pode atribuir uma natureza apenas coercitiva. Quando o bem não mais se figurar imprescindível, mas constituir verdadeiro óbice à consecução do resultado específico, cabível é a “remoção de coisas”. A “remoção de pessoas” não legitima a determinação de prisão civil, devendo ser imposta apenas quando absolutamente imprescindível a assegurar a obtenção do resultado específico, sobretudo em se tratando de deveres negativos que tenham por objeto uma abstenção. O “desfazimento de obras” visa restituir a situação anterior à ocorrência do ilícito, eliminando os produtos dela decorrentes. O “impedimento de atividade nociva” possui um vasto campo de aplicação, podendo ser determinado, através de provimento mandamental, para prevenir a ocorrência do ilícito, ou fazer cessar após sua ocorrência. Por fim, há a previsão da “requisição de força policial”, que constitui um meio auxiliar, instrumental à efetivação dos demais.

Muito embora o sistema do art. 461 do CPC tenha dado prevalência à obtenção da prestação *in natura* para satisfação dos titulares de deveres de fazer ou de não fazer, diante de impossibilidade de obtenção do resultado específico ou por opção do credor, adotar-se-á a via de exceção contemplada pelo §1º do art. 461 do CPC, qual seja, a indenização por perdas e danos.

Dessa forma, a partir do estudo que consubstancia a exposição constante do presente trabalho, verifica-se que o art. 461 do CPC está em total consonância com os escopos do Direito Processual Civil Contemporâneo, tendo em vista que consagra uma completa técnica processual apta a propiciar uma prestação jurisdicional efetiva, célere, útil, adequada e tempestiva à satisfação do titular de deveres de fazer ou de não fazer, através da conjugação entre a possibilidade de antecipação da tutela, provimentos mandamentais e mecanismos processuais, que permitem a realização do direito em uma única relação processual, com a obtenção da prestação *in natura* do dever inadimplido, mediante atividade do próprio réu ou por terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

BOECKEL, Fabrício Dani de. Espécies de Tutela Jurisdicional. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 37, jul./set., 2005, p. 432/469.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 113, jan./fev., 2004, p. 22/76.

CARVALHO, Fabiano. Execução da multa (*astreintes*) prevista no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, ano 29, n. 114, mar./abr., 2004, p. 208/221.

DIDIER JR., Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 118, nov./dez., 2004, p. 9/28.

_____. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 108, out./dez., 2002, p. 23/31.

_____. Notas sobre o novo art. 287 do CPC e a sua compatibilização com a tutela específica prevista nos arts. 461 e 461-A do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 109, jan./mar., 2003, p. 169/172.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Repercussões da Lei 10.444/2002 na ação monitória. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 110, abr./jun., 2003, p. 187/189.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, n. 79, jul./set., 1995, p. 65/76.

JORGE, Flávio Cheim. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução**: série processo de execução e assuntos afins. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 359/380.

MALACHINI, Edson Ribas. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas. **Separata Revista Forense**, n. 379, 2005, p. 61/95.

_____. A defesa intraprocessual no processo de execução (“exceção de pré-executividade”). In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda ALVIM. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 307/318.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues (Atualizador). **Tratado das ações**. tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 4. 1ª parte. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Sentença Executiva?. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 114, mar./abr., 2004, p. 147/162.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 38. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. rev. e ampl., 2. tir. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema da eficácia da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 112, out./dez., 2003, p. 9/22.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Reflexões sobre a cumulação de execuções fundadas em títulos executivos judicial e extrajudicial. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 107, jul./set., 2002, p. 64/81.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). **Curso Avançado de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual., v. 2, São Paulo: revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução – rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 24, n. 93, jan./mar., 1999, p. 28/44.

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 109, jan./mar., 2003, p. 45/56.

_____. Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de não Fazer. **Revista Jurídica**, n. 237, jul. 1997 Disponível em: <<http://ihd4.corp.terraempresas.com.br/rj/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>> Acesso em: 31 ago. 2006.