

SIMONE RADONS

TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

Monografia apresentada para apreciação no
Curso de Especialização em Direito Processual
Civil, Departamento de Direito Civil e
Processual Civil, Universidade Federal do
Paraná - UFPR.

TOLEDO

2002

DEDICATÓRIA

**Dedico este trabalho a Valdir e Lúcia Radons,
Marlon Jonas Radons, Cleber S. Tomasini e
Luiz Guilherme Marinoni.**

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	01
2 EFETIVIDADE DO PROCESSO	05
2.1 FUNDAMENTOS	05
2.2 INSTRUMENTOS TRADICIONAIS	06
3 A TUTELA ESPECÍFICA NO BRASIL	11
3.1 CONCEITO DE TUTELA ESPECÍFICA	11
3.2 CONCEITO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER	12
3.3 ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 8.952/94	13
3.4 EXECUÇÃO ESPECÍFICA	14
3.5 TUTELA ESPECÍFICA NO ARTIGO 461 DO CPC	15
4 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA	23
4.1 PRESSUPOSTOS PARA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	23
4.2 APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO REGIME DO ARTIGO 273 DO CPC	29
4.3 ANTECIPAÇÃO EM AÇÕES DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA	30
4.4 A NATUREZA DA TUTELA URGENTE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA	33
5 TUTELA EXECUTIVA	36
5.1 SENTENÇAS MANDAMENTAIS E DE OBRIGAÇÃO DE FAZER	36
5.2 DESAUTORIZAÇÃO DO PROCESSO EXECUTIVO	38
5.3 MULTA COMO DESESTÍMULO AO INADIMPLEMENTO	38
5.4 MEDIDAS DE APOIO	40
6 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA INIBITÓRIA	43
6.1 CONCEITO	43
6.2 PRESSUPOSTOS	43
6.3 TIPICIDADE OU ATIPICIDADE	44
6.4 ALTERAÇÕES NO ARTIGO 461 DO CPC BRASILEIRO	46
7 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

RESUMO

O presente estudo volta-se para a análise de um tema relativamente novo no âmbito do Código do Processo Civil brasileiro: a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Dá-se ênfase às mudanças promovidas pela Lei 8.952/94 sobre o art. 461 do CPC e à redação do art. 84 do CDC, buscando delinear o novo cenário da tutela jurisdicional em análise paralela à compreensão do conceito de efetividade do processo. No primeiro capítulo faz-se a contextualização da temática. No segundo capítulo procura-se perscrutar os fundamentos conceituais da efetividade do processo e os instrumentos tradicionais disponíveis para prover a devida tutela jurisdicional. No terceiro capítulo, expõe-se os principais reflexos das modificações ocorridas na legislação processual civil sobre a questão da tutela específica. No quarto capítulo trabalha-se com as possibilidades de antecipação da tutela específica, tendo em vista a legislação atual. No quinto capítulo aborda-se as formas executivas de tutela de que dispõe o juiz para garantir a adequada tutela dos direitos. No sexto capítulo procura-se compreender as possibilidades da tutela inibitória como novo tipo de tutela jurisdicional. No sétimo capítulo faz-se a síntese das conclusões que podem ser extraídas do estudo como um todo.

1 INTRODUÇÃO

A consciência do caráter elitista e inefetivo da Justiça Civil tornou-se presente à medida em que percebeu-se que esta estava cada vez mais distante da população (que evitava recorrer ao Poder Judiciário) e que a lentidão trazia sério comprometimento para o cumprimento daquilo que prometia. Nesse sentido, a justiça não é para os pobres, nem os pobres são para os advogados. Essa é uma crise evidente e de alta periculosidade para a própria inteireza social, que pode ser atingida por uma pulverização libanizada de interesses, ou por um *apartheid* social conforme os analistas políticos. Nessa voragem os advogados desaparecem, melhor dizendo, a função social do advogado perde sua significação.

Cândido Rangel DINAMARCO (1990) acrescenta ainda que tal constatação foi possível, porque o estudioso passou a encarar o processo civil através de um ângulo externo e eminentemente crítico. A reforma do Código de Processo Civil reflete esse pensamento que visa combater a inefetividade do procedimento ordinário, trazendo significativas modificações, através da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1.994 que deu nova redação ao artigo 461 do CPC, constituindo-se a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, dentre outros institutos, o único sinal de esperança, em meio à crise que afeta a Justiça Civil, isto porque a técnica antecipatória visa precipuamente a distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação elimina uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça.

WATANABE (1996), um dos membros da Comissão que promoveu a revisão do Código de Processo Civil e defensor da ampliação dos mecanismos de provisória e imediata tutela aos direitos subjetivos, ensina-nos que toda a recente remodelação de nosso ordenamento jurídico formal parte de uma tomada de consciência do que realmente deve ser o acesso à Justiça, previsto em nossa Carta Magna como garantia fundamental.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciais,

mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.

Dentro dessa perspectiva de estimular os responsáveis pela prestação jurisdicional a outorgarem às partes litigantes um processo caracterizado pela efetividade e tempestividade da tutela, foi que a Lei nº 8952/94 concebeu a antecipação de tutela específica.

Como bem ponderou WATANABE (1996), a inovação em causa não representou uma simples alteração procedimental que pudesse agilizar o processo. Houve, na verdade, inovação nos tipos de provimentos jurisdicionais, com relevante repercussão nos poderes do juiz.

Com efeito, o que se autorizou ao juiz foi o uso de expedientes executivos, de variado teor, antes mesmo de encerrar o processo de conhecimento e antes também de proferir a própria sentença de mérito, investindo o juiz a executar provisoriamente uma sentença que ainda não foi proferida, mas que as circunstâncias da causa o autorizam a prevê-la.

Para SILVA (1998), todas as ações executivas *lato sensu* introduzidas em nosso sistema pelo artigo 461, tem potencialidades transformadoras do anacrônico Processo de Conhecimento que ainda não foram inteiramente descobertas, mas que é previsível e desejável que a prática judiciária as descubra e as torne realidade. Tanto mais notável e verdadeiramente revolucionária apresenta-se essa original inovação, por se tratar de tutela das obrigações de fazer e não fazer, ponto dos mais sensíveis em toda a crise do processo executivo, se considerarmos, primeiro, nossa reconhecida incapacidade de conceber um instrumento executório para a tutela desta classe de obrigações, presos como estamos à idéia romana da incoercibilidade do vínculo obrigacional, tal como esta concepção nos foi transmitida pela doutrina francesa do século XVIII.

Segundo, se tivermos presente a decisiva importância de aparelhar nosso instrumental executivo para dar tutela adequada às obrigações de fazer e não fazer pois, como disse SILVA (1987), a economia contemporânea expande-se através de prestações de fatos, não mais, como nas economias pré-capitalistas, e até mesmo nas fases iniciais do capitalismo, através de troca e coisas gerais; não como agora através de prestações de serviços quase sempre infungíveis.

Na verdade, a introdução das medidas antecipatórias que o legislador, valendo-se de uma providencial dose de sutileza, de modo a não despertar reações indesejáveis, pretendeu inserir no Processo de Conhecimento, serviu para mostrar que esta gloriosa instituição do racionalismo dos séculos anteriores, não aceita qualquer espécie de antecipações do *meritum causae*, porque não admite, em última análise, juízos de verossimilhança, de onde se pudesse extrair execução, que o Processo de Conhecimento não possui.

Como se vê, a reforma do processo executivo foi mais profunda do que se imagina. Além de ampliar-se o processo executivo obrigacional do Livro II do Código de Processo Civil, legitimando a formação de títulos executivos negociais para as pretensões a haver coisa certa, e autorizar a constituição negocial genérica de títulos executivos para as pretensões por quantia certa - também por este lado reduzindo o campo do Processo de Conhecimento, a reforma foi muito mais longe, abalando profundamente seus alicerces, pois, ao que tudo indica, a utilização das medidas antecipatórias haverá de estender-se, ao ponto de transformar em exceção o procedimento ordinário, que hoje é nossa regra absoluta, de modo que se reduza o enorme e catastrófico desequilíbrio estrutural entre a condição jurídica dos litigantes, inerente ao Processo de Conhecimento e à *ordinariedade*. E continua SILVA (1998), se esta teria sido a extensão da reforma no que se diz respeito ao Processo de Execução, cabe indagar da verdadeira dimensão da reforma no que se refere ao Processo Cautelar.

Para que se tenha uma visão adequada da reforma no que tange ao Processo Cautelar, é indispensável distinguir entre a idéia de processo, como continente, e o conceito de lide como seu conteúdo. Nunca a necessidade da distinção entre esses dois planos se fez tão presente, como no caso de nossa experiência judiciária com o Processo Cautelar.

É lícito afirmar que a tendência histórica que nos persegue desde os últimos estágios do direito romano, conduzindo-nos para a universalização da *ordinariedade*, com a separação entre cognição e execução, atingiu seu ponto culminante, em nosso sistema, com a edição do Código de 1973. Esse tipo de procedimento quando universalizado, suprime a possível utilização de vias alternativas de tutela processual da urgência, coisa com que o Processo de Conhecimento não se preocupa, enquanto instrumento concebido para abrigar demandas plenárias, tratando-as sob forma ordinária. Esta circunstância provocou, como era de esperar, a utilização massiva do Processo Cautelar para, através dele, veicularem-se demandas satisfativas urgentes, que não encontravam meios jurisdicionais compatíveis com suas necessidades, no Processo de Conhecimento.

Para FADEL (1998), o nosso processo cautelar que, aliás, nascera com notória vocação para abrigar demanda de tipo monitorio ou injuncional, tornando-se em nossa experiência judiciária, o instrumento providencial para a tutela das pretensões de natureza urgente.

Criou-se, a partir desta contingência, uma situação singular em nossa prática judiciária. Sob a forma (exterior) de um processo cautelar, passou-se a veicular demandas satisfativas urgentes, algumas delas conhecidas, com uma boa dose de mau gosto e inteira impropriedade lógica, como cautelares satisfativas. Quer dizer, o Processo Cautelar contaminou-se de demandas satisfativas que, em princípio, haveriam de ser ordinárias, nas quais se incrustava, sem muita cerimônia, uma medida liminar, às vezes separando-as em um procedimento cautelar preparatório. Esta prática, de resto, nada tinha de original, pois, como se disse, nosso Processo Cautelar era vocacionado para as formas de tutela antecipatória, as quais, pelo fato de o serem, haveriam necessariamente de ser satisfativas da correspondente pretensão de direito material.

Embora o legislador tenha feito apenas algumas modificações, que poderiam ser consideradas superficiais, no campo do Processo Cautelar, a retirada de seu interior das medidas antecipatórias, transferindo-as para os artigos 273 e 461 do CPC, teve o mérito inegável de purificar a tutela cautelar, numa tentativa de tornar o respectivo procedimento, uma forma exclusiva da tutela de segurança, resultado sem dúvida altamente promissor, posto que acabará obrigando os juristas e especialmente os práticos a buscarem uma compreensão mais adequada do que seja realmente esta forma de tutela processual. A rigorosa conceituação do que sejam as medidas cautelares acabará suscitando a questão preliminar da existência ou não de uma pretensão à segurança, como classe especial e autônoma de pretensão de direito material.

E este novo resultado seria indiscutivelmente desejável, se não por outras razões, pelo fato de recolocar, em tela de julgamento, a questão da existência e utilidade prática do conceito de pretensão de direito material, que a doutrina em geral não aceita. Como se vê, as conseqüências reflexas da reforma dos Processos de Execução e Cautelar vão muito além do que à primeira vista se poderia supor.

2 EFETIVIDADE DO PROCESSO

2.1 FUNDAMENTOS

Segundo MARINONI (2001), a separação entre o direito processual e o direito material, promovida pela escola Chiovendiana, levou à classificação das sentenças com base em fundamentos de ordem puramente processual e ao conceito de ação totalmente desvinculado do direito material.

Para CAPPELLETTI & GARTH (1988), a efetividade do Direito Processual, não se confunde com a efetividade das normas processuais e, neste ponto, o Direito Processual distingue-se dos demais, em que a efetividade é vista como a aspiração de concreção de suas normas particulares.

A constatação de que o processo tal como se apresentava não provia a devida tutela do direito material levou ao debate acerca da “efetividade do processo”, concebido como “[...] o encontro do resultado devido ao autor, em consonância com as normas de direito substancial, no menor espaço de tempo e com o mínimo de esforço possíveis” (MARINONI, 2001: 33).

Para BARROSO (1990) por princípio da efetividade designa-se o postulado de que as normas jurídicas dotadas de eficácia formal devam ser efetivamente implementadas no mundo dos fatos. Tão importante quanto analisar a regularidade formal das normas constitucionais, penais, civis, etc. é perceber se tais comandos vêm sendo concretizados no mundo real; se não se concretizam, porque isto ocorre e o que fazer para que passem a se concretizar, e, caso se concretizem, quais as consequências concretas que disto advêm.

No âmbito do Direito Processual, a questão da efetividade adquire uma nova matiz. Já não se trata de saber se as normas de Direito Processual se atualizam no mundo fático, mas antes de saber se tal concreção contribui para a efetividade das normas e aspirações consagradas nos ramos ditos substantivos do Direito. Sendo o Direito Processual

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

Do ponto de vista do direito substantivo, o processo é, ele próprio, um meio de efetivação. Assim, para atingir o objetivo que se acha por trás do clamor de efetividade do processo (o de efetividade do direito material), eventualmente será necessário até mesmo preconizar-se a revogação de certas disposições processuais e relativizar-se determinados princípios tradicionalmente caros a este ramo. Em suma: mais importante do que a efetividade do processo é a efetividade (do direito material) pelo processo.

Para CAPPELLETTI & GARTH a efetividade do Direito Processual não se confunde com a efetividade das normas processuais, e neste ponto o Direito Processual distingue-se dos demais, em que a efetividade é vista, justamente, como a aspiração de concreção de suas normas particulares.

Aliás, a concreção das normas de Direito Processual se mostra muito menos problemática do que a dos demais ramos jurídicos, uma vez que ele se destina não a leigos, mas aos próprios operadores do Direito.

O objetivo do processo é proporcionar um resultado prático semelhante àquele que adviria do cumprimento espontâneo da obrigação pelo titular do dever jurídico. Na medida em que for faticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. O processo de execução foi delineado tendo em vista obrigações de dar, desenvolvendo complexo procedimento para execução destas prestações.

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

2.2 INSTRUMENTOS TRADICIONAIS

“[...] A classificação trinária das sentenças, pelo simples fato de ignorar as necessidades do direito material, não está de acordo com as novas tendências do direito

processual civil” (MARINONI, 2001: 33). Na verdade, tal classificação não possibilita a tutela adequada de situações novas que fazem parte do universo do direito material.

Conforme TALAMINI (2001), a classificação adotada pela doutrina prevê três espécies de sentença (e ações) de conhecimento, quais sejam: sentenças declaratória, sentenças constitutivas e sentenças condenatória.

As sentenças declaratória tem somente a função de diminuir a incerteza jurídica entre as partes. Afirmando a existência ou inexistência de uma relação jurídica entre elas (TALAMINI, 2001).

A sentença declaratória limita-se a declarar algo a respeito de determinada relação jurídica. Estando ela desvinculada de quaisquer meios de execução, é notória sua incapacidade como meio de prevenção do ilícito (MARINONI, 2001).

As sentenças constitutivas, por sua vez, além de serem dotadas de caráter declaratório, também produzem um direito protestativo, constituindo uma nova situação jurídica, o que ocorre sem a necessidade de quaisquer atividades de efetivação posterior e não depende de providências materiais (TALAMINI, 2001).

Diferentemente de “declarar” e “constituir”, o verbo “condenar” (que constitui o núcleo da sentença condenatória) não exaure em si mesmo a sua função. É por isso que à sentença condenatória, além de declarar a existência do direito, compete indicar atividades práticas a serem realizadas para que tal direito material seja satisfeito. “Condena-se a alguma coisa - algo que deva ser feito depois da sentença. Nisso reside o que se poderia chamar de insuficiência da tutela condenatória” (TALAMINI, 2001: 187).

Conforme MARINONI (2001), os direitos não-patrimoniais não podem ser efetivamente tutelados via sentença condenatória, uma vez que não volta-se para a prevenção do ilícito por não haver correlação entre ela e os meios que possam atuar sobre a vontade do devedor (execução indireta).

Nesse contexto, sabe aquele que pratica o ilícito que a única sanção que poderá sofrer diz respeito ao ressarcimento do direito em forma de pecúnia. “Na verdade, e por incrível que possa parecer, um sistema que trabalha exclusivamente com as três sentenças clássicas está dizendo que todos tem direito a lesar direitos desde que se disponham a pagar por eles!”

“Note-se que a sanção que o réu sofre em virtude da sentença condenatória – a ação de execução confere ao autor um adimplemento que se realiza por força do binômio condenação–execução forçada, ao passo que, no caso de sentença mandamental, a sanção

limita-se a forçar o réu a adimplir, mas não garante a realização do direito independente da sua vontade” (MARINONI, 2001: 42).

Se a sanção aplicada através da condenação leva à execução forçada (direta) não é capaz de garantir a realização do direito porque não neutraliza a independência da vontade do réu, “[...] a sentença que ordena sob pena de multa tem força mandamental, enquanto que a sentença condenatória não tem força alguma, nem mesmo executiva; sua eficácia é que é executiva” (MARINONI, 2001: 45).

Para DINAMARCO (1996), a modalidade clássica de tutela das obrigações de fazer era a conversão a perdas e danos. O dogma da intangibilidade da vontade humana, caro sobretudo ao pensamento jurídico romano-germânico, tornava tímidos os avanços do Direito Processual. A doutrina, aos poucos, foi engendrando formas de tornar mais efetiva a tutela das obrigações de fazer. Valeu-se, para tanto, da distinção entre o resultado das obrigações de fazer e a atividade que constitui o próprio fazer, assentando que, embora não se pudesse coagir o devedor à atividade pactuada, poder-se-ia, indiretamente, conseguir resultado semelhante àquele que adviria desta atividade.

Esta técnica encontra-se absorvida no direito brasileiro, sendo utilizada para tutela das obrigações de declarar vontade (Código de Processo Civil, artigos 639 a 641): na adjudicação compulsória, por exemplo, substitui-se a manifestação volitiva do promitente-vendedor por sentença que supre sua ausência. Afora a hipótese das obrigações de declarar vontade, o sistema de execução das obrigações de fazer, anteriormente à Lei n. 8.952/94, mostrava-se francamente insatisfatório. Assistia ao credor a possibilidade de requerer a clássica conversão da prestação a seu equivalente pecuniário, ou, nas hipóteses de prestação fungível, requerer que fosse adimplida por terceiro, às expensas do devedor. Esta última solução, a rigor, constava e consta do Código de Processo Civil por puro preciosismo, dada a complexidade e a onerosidade do procedimento previsto nos artigos 634 a 637.

A tutela cautelar fora originalmente concebida para dar efetividade à sentença condenatória, não sendo admitida para sentença declaratória. “É possível dizer, assim, que a tutela cautelar foi desenhada para garantir a efetividade de uma tutela repressiva, isto é, de uma tutela que aceitava e admitia a violação do direito” (MARINONI, 2001: 51).

A exemplo do que ocorre no direito italiano, antes da reforma recente do código de processo civil, no direito brasileiro a ação cautelar também era utilizada como meio para se obter a tutela inibitória antecipada.

As vertentes italianas de nosso Processo Cautelar nunca esconderam sua realidade e sempre tiveram os *provvedimenti d'urgenza* de seu sistema como técnica antecipatória. Isso

pode ser observado na obra de TOMMASEO (1995) que, tratando dos célebres *provvedimenti d'urgenza*, informa estar a dissertar sobre "tutela antecipatória"

Entretanto, logo de início esse tipo de ação já ensejava o debate acerca da possibilidade da imposição de multa como forma de coerção indireta aplicável a sentença ou liminar cautelar. O entendimento doutrinário dava conta de que isso não era possível: o juiz não poderia impor multa em ações cautelares para dar força à sua ordem. Tal entendimento fundava-se na interpretação do art. 287 do CPC, que não permite a imposição de multa antes do trânsito em julgado da sentença.

Fica claro, portanto, que a efetividade da medida cautelar fica comprometida inicialmente pela impossibilidade de imposição de multa para reforçar a ordem do juiz. Conforme entendimento de Barbosa Moreira, apud MARINONI (2001: 53), medidas coercitivas (como é o caso da multa) somente podem ser aplicadas para as situações previstas, restando somente uma opção para o juiz na ação cautelar: "[...] a força intimidativa da cominação penal pelo crime de desobediência".

A ação cautelar não é adequada para a inibição do ilícito, eis que a tutela inibitória não pode ser considerada instrumento de nenhuma das sentenças da classificação trínaria. É pouco mais do que absurdo imaginar que a tutela inibitória esteja a serviço da condenação, já que esta última supõe a violação do direito. Por outro lado, é no mínimo contraditório afirmar que a tutela inibitória pode estar garantindo o resultado útil da demanda declaratória. Ora, quem necessita de tutela inibitória antecipada, e tem a seu dispor sentença mandamental, não tem interesse de agir na sentença declaratória (MARINONI, 2001: 53-54).

Para que haja uma efetiva tutela inibitória faz-se necessária a estruturação de um procedimento único que inclua tutela antecipatória mandamental e sentença mandamental.

A imposição da medida coercitiva de pagamento de multa diária até que cumprida a obrigação (astreintes), modalidade de grande efetividade na execução das prestações de fazer, apenas era admitida nas estreitas hipóteses em que a execução se fundasse em sentença que houvesse previsto as astreintes. Execuções por título extrajudicial, ou fundadas em sentença que não aludisse especificamente às astreintes, não comportavam a referida medida.

A Lei n 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, começou a alterar este panorama. Em seu artigo 11, previu que o juiz poderia determinar, como modalidade executória, o pagamento de multa diária, ainda que tal não constasse da sentença e ainda que não houvesse requerimento do autor. Apenas em 1994 esta possibilidade foi estendida, através da Lei n 8.952/94, às execuções em geral, fundadas em título judicial ou extrajudicial. Desta forma, dotou-se o Judiciário de um meio eficiente para fazer valer suas decisões, no que concerne às prestações de fazer e não fazer.

É importante reforçar que direito processual não pode ser entendido à distância do direito material. A doutrina processual contemporânea procura fazer a junção dessas duas esferas para compreender os conceitos de tutela jurisdicional e de efetividade do processo, perseguindo um processo que possa garantir ao autor o resultado que o direito material reconhece.

O entendimento acerca da importância da antecipação da tutela inibitória deve ser construído exatamente com vistas à efetividade do processo. O fato de a tutela inibitória antecipada ser provisória não autoriza a sua classificação como cautelar, pois isso seria equivalente a dizer que o resultado produzido por tutela sumária no plano do direito material não tem nenhum significado.

“Como importa saber os resultados que estão sendo produzidos no plano do direito material, até para que se possa indagar se o processo está correspondendo àquilo que dele se espera, a ‘tutela liminar’ que pode ser postulada em uma ação inibitória ou em uma ação de remoção do ilícito, com fundamento nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, deve ser classificada como tutela inibitória antecipada ou tutela de remoção do ilícito, e não como tutela cautelar” (MARINONI, 2001: 58).

Quando se trata de direitos cuja tutela pode ser devidamente provida pela via ressarcitória. Têm-se elevada significativamente a importância da tutela, antecipatória. Sem a tutela antecipatória é impossível garantir a efetividade do processo em uma ação inibitória ou de remoção do ilícito, principalmente no que tange aos direitos não-patrimoniais.

3 A TUTELA ESPECÍFICA NO BRASIL

3.1 CONCEITO DE TUTELA ESPECÍFICA

A distinção entre a “tutela específica” e a “genérica” é muitas vezes dúbia que equivocada. Um exemplo é considerar como “específica” aquela que provê ao autor o mesmo bem que teria se não ocorresse a violação de seu direito e “genérica” a que provê o equivalente em dinheiro. Se assim fosse, a execução de uma obrigação originariamente pecuniária seria “específica”.

Para melhor compreender a questão é preciso levar em conta a natureza da obrigação (fungível ou infungível). “[...] genérica é toda a forma de tutela que tenda à obtenção de dinheiro no âmbito da responsabilidade patrimonial do devedor [...]. Específica é a tutela que tende à consecução de bens jurídicos outros, que não dinheiro” (TALAMINI, 2001: 224). Dessa forma, pode-se dizer que a tutela específica é aquela que procura restabelecer ao autor o resultado jurídico correspondendo ao seu direito que fora violado, em casos onde a obrigação não consiste em dívida pecuniária.

Pode-se distinguir, também, a “tutela específica” do “resultado prático equivalente” a que se refere o art. 461 do CPC. Este último volta-se diretamente para a obtenção do próprio bem jurídico a que teria direito o autor se a outra parte cumprisse espontaneamente sua obrigação. Ele procura manter ou retomar o curso natural dos fatos quando não há violação de direito.

Apesar de distintos, tanto a “tutela específica” quanto a “obtenção de resultado equivalente” podem ser enquadradas dentro da concepção doutrinária de tutela específica, contrapondo-se à tutela voltada para a conversão do direito em pecúnia, que deve ser aplicada somente em casos excepcionais.

A tutela específica, concebida com base nos termos do arts. 461 do CPC, implica em ordem direta ao demandado para que cumpra com obrigação de fazer ou não fazer, condição necessária para restabelecer o estado de direito do autor.

Tal mandamento é completamente diferente do processo executivo fundado nos arts. 632 e 642 do CPC. Nesse caso, se o devedor citado não satisfazer a obrigação em prazo determinado na sentença, “[...] nada mais restará senão a via do cumprimento por terceiro à custa do devedor ou a indenização por perdas e danos (art. 633 e 643).” (TALAMINI, 2001: 227)

Percebe-se, pois, o quão limitada é a carga mandamental contida no preceito executivo fundado nos arts. 632 e 642 e como são importantes as possibilidades da aplicação da tutela específica fundada nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC para a garantia da efetividade do processo.

“Além da eficácia mandamental, o art. 461 atribui ao juiz a função de, sempre que possível e necessário, determinar, no próprio processo de conhecimento, a adoção das medidas materiais destinadas a, independentemente da colaboração do réu, obter o mesmo resultado prático que o cumprimento geraria (‘resultado prático equivalente’).” (TALAMINI, 2001: 229)

3.2 CONCEITO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO-FAZER

SANTOS (1995) diz, que o cumprimento das obrigações, de certa forma, implica sempre um *facere* do obrigado. Quem está sujeito a entrega de coisa, ou a pagar quantia certa, cumpre a obrigação “fazendo” a entrega do bem, ou do dinheiro. Existem, contudo, obrigações que, para seu cumprimento, não exigem apenas o ato lógico e natural do devedor, entregando o bem ou o dinheiro, mas a efetiva prestação ou omissão de fato que, indo além de simples *dare*, vai reduzir-se a uma específica atividade ou abstenção. São as obrigações de fazer e de não fazer.

Para MONTEIRO (1996) o *substractum* da diferenciação entre a obrigação de dar e fazer está em verificar se o dar ou o 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 ele de realizar algum ato, do qual ser mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer. Os exemplos típicos seriam: o quadro do pintor já exposto à venda na galeria (dar) e aquele encomendado para ser executado (fazer).

MOREIRA entende que a obrigação de não fazer pode resultar de negócio jurídico ou de outro ato a que alguma norma jurídica atribua tal efeito. No entanto a obrigação de fazer pode fundar-se em sentença ou em título extrajudicial *verbi gratia*, documento com as características do artigo 585, inciso II, onde se estipule obrigação de fazer.

3.3 ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 8.952/94

ALVIM (1995) doutrina que o artigo 461 do CPC, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.952 de 1994, leva à conclusão de que, para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, a resposta diversificada é a tutela específica. Durante muito tempo entendeu-se a vontade do homem como limite intransponível ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. A vontade humana, aqui do devedor, era intangível, mesmo ao recusar cumprir aquilo a que se obrigara. Decorrente dessa premissa, tem-se o princípio consagrado pelo artigo 1.142 do Código Civil Francês, versando que toda a obrigação de fazer ou não fazer, resolve-se em perdas e danos.

Mas o calculado como "equivalente" em dinheiro muitas vezes não supre o valor que teria o cumprimento da obrigação, que pode não ser de cunho patrimonial. Hoje, está integrada em à cultura a idéia de que a tutela específica não fere a dignidade da pessoa humana. Ao contrário, vai de encontro a ela, cuja vontade já havia sido anteriormente manifestada. A alteração ilegítima dessa vontade é que não merece a proteção do direito.

Superado esse óbice, a comissão de revisão desse diploma legal fez vagar o espaço de um artigo, o 461, transformado seu teor em parágrafo do artigo anterior, para que no novo artigo 461 viesse a constar a previsão da tutela específica, quanto às outras obrigações de fazer ou não fazer, (continuando em vigor os artigos 639 e 641) não compreendidas essas hipóteses no artigo 273, por sua especificidade.

As obrigações podem ser classificadas, de acordo com a forma de seu cumprimento, em fungíveis e infungíveis e esta infungibilidade pode ser jurídica ou natural. Tanto as fungíveis como as juridicamente infungíveis, falhando os meios de coerção e em face da inutilidade dos meios de apoio, são suscetíveis de serem prestadas, em espécie, por outrem, sendo assim, também oferecida tutela específica ao autor. Quanto às naturalmente infungíveis, como a pintura de um quadro por um artista famoso, não funcionando os meios oferecidos por lei para forçar o cumprimento da mesma nem os de apoio, acabam por transformar-se em perdas e danos. A afirmação, por outro lado, de que as obrigações de não fazer seriam infungíveis deve ser entendida com cautela, eis que os comandos negativos

geralmente se podem substituir por positivos, ou seja, na obrigação de repor ao estado anterior.

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

Resulta nítido do texto legal que o caput retrata o pedido fungível ou juridicamente infungível do autor a ser julgado procedente ou improcedente, afinal, na sentença e, se procedente, terá ele a tutela específica, ou o resultado prático equivalente ao adimplemento.

3.4 EXECUÇÃO ESPECÍFICA

As obrigações de não fazer são classificadas como obrigações negativas e extinguem-se, ao se tornarem impossíveis sem culpa do devedor. Se a omissão se tornar impossível sem que o devedor haja contribuído para isso ou se tiver sido coagido a praticar o ato, a obrigação se extingue para ambas as partes. Se o fato objeto da prestação de não fazer foi realizado, por culpa do devedor, o credor pode exigir que o desfça, sob pena de ser desfeito às suas custas, sem prejuízo da indenização por perdas e danos. A impossibilidade da prestação, quando é consequência da culpa, impõe as perdas e danos, que constituem uma sanção da obrigação originária e não uma obrigação nova que substituiu a antiga. É efeito direto da inexecução. Todavia, para WATANABE (1996), a conversão da obrigação em perdas e danos somente se dará em último caso, quando jurídica ou materialmente impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente ou quando o próprio credor por elas optar. O princípio é da maior coincidência possível entre o direito e sua realização, de sorte que somente deverá ser admitida a substituição da obrigação pelo seu equivalente pecuniário em último caso.

COSTA (1997) sintetiza as regras de execução das obrigações de fazer e não fazer da seguinte maneira:

a) Obrigações *intuitu personae*. Se, pela convenção ou pelas circunstâncias, o ato deve ser praticado pelo próprio devedor, o credor não é obrigado a aceitar a prestação de terceiro. Como no exemplo da encomenda de um quadro a um pintor de renome.

b) Prestação infungível. Por outro lado, se a prestação é infungível e só o devedor pode realizá-la, não se pode obrigá-lo ao cumprimento *mam militari*. Vigora, na obrigação de

fazer, o princípio *nemo cogi potest ad factum praecise*. Havendo recusa do devedor, não se pode exigir dele a prestação pessoal por meio de coação física ou corporal. Resolve-se pela conversão da prestação em perdas e danos. Todavia, a legislação evoluiu no sentido de reconhecer que a infungibilidade das prestações de declaração de vontade era apenas uma criação jurídica, e não uma imposição da essência da coisa. Assim, da mesma maneira como nas execuções de dívida de dinheiro, o órgão prescinde da vontade do devedor para alienar seus bens e pagar a seus credores, em caráter compulsório, também é lógico que pode suprir a vontade do promitente e realizar, em seu lugar, o contrato definitivo a que validamente se obrigou.

c) Prestação fungível: execução por terceiro ou opção por perdas e danos. Podendo o cumprimento da obrigação de fazer ser realizado por terceiro e, portanto, sem ofensa à liberdade do devedor, o juiz pode determinar a execução por outrem à custa do devedor inadimplente. Poderá o credor optar pela conversão em perdas e danos ou execução indireta ou por substitutivo. É a hipótese de prestação fungível.

d) Impossibilidade da prestação. Impossibilitando-se a prestação sem culpa do devedor extingue-se a prestação sem culpa do devedor, extinguindo-se a obrigação de fazer: *ad impossibilia nemo tenetur*.

GRINOVER (1995), ao analisar o novo regime de tutela específica das obrigações de fazer, é enfática em afirmar que o artigo 461 aplica-se a todas as obrigações de fazer e não fazer, fungíveis ou infungíveis, com a observação de que a tutela específica das obrigações de prestar declaração de vontade continua subsumida ao regime próprio dos artigos 639/641, CPC, que não sofreram alteração.

SANTOS (1996) dá interpretação diferente ao novo artigo 461 do CPC, ao postular ser também possível aplicar-se às obrigações de fazer juridicamente infungíveis, (contratar e emitir declaração de vontade), sem prejuízo das disposições dos artigos 639 e 641 do CPC. Nas obrigações de contratar ou de prestar declaração, quando possível a substituição por sentença (artigos 639/640), alargou-se sensivelmente o campo de atuação do Juiz, que está autorizado não apenas a determinar que se cumpra, como também a usar de meios que facilitem o cumprimento do preceito.

3.5 A TUTELA ESPECÍFICA NO ARTIGO 461 DO CPC

Referindo-se à necessidade de uma quarta espécie de sentença, MARINONI (2001) afirma que os arts. 461 do CPC e 84 do CDC constituem a base legal para a instituição

de ações inibitórias para a proteção de quaisquer direitos. Seria, pois, esse o caminho para a efetividade dos direitos, exatamente porque esse tipo de ação possibilita a emanção de ordem para fazer ou um não fazer e também voltaria-se para a prevenção da continuação ou repetição do ilícito.

Destaca-se, ainda, que pode ser proposta com base nestes artigos uma ação ressarcitória de forma específica sempre que houver a possibilidade de reparação do dano através de atividade (um fazer) do demandado, vale lembrar que essa espécie de tutela não deve necessariamente ser prestada via técnica condenatória (pode ser mandamental) e tampouco precisa converter o direito em pecúnia.

Na verdade, os arts. 461 do CPC e 84 do CDC viabilizam uma tutela executiva que não limita-se à tutela contra o ilícito, estendendo sua aplicabilidade para tutela do adimplemento e para a tutela ressarcitória na forma específica.

O art. 461 do CPC autoriza de forma muito clara o juiz a tomar medidas diversas para que se garanta a tutela específica de direito ou o seu resultado prático equivalente. “O que importa verificar, contudo, é que o juiz está autorizado a determinar medidas de execução na própria sentença, o que, torna desnecessária a ação de execução” (MARINONI, 2001: 48). Além disso, “[...] Não há que se falar em condenação – que supõe uma prestação a ser cumprida – quando se está diante de um ilícito; basta a prática de atos materiais para a remoção do ato que já foi declarado ilícito pela sentença” (MARINONI, 2001: 49).

O procedimento ordinário clássico, caracterizado pela rejeição da tutela do direito baseada em probabilidade, busca exclusivamente a preservação da liberdade individual do demandado e torna-se incompetente para tutelar determinados direitos, principalmente os não-patrimoniais. É nesse contexto que funda-se a prestação da tutela do direito de forma antecipada, ou seja, antes da realização plena do direito de defesa.

THEODORO JÚNIOR (1996), ao comentar o artigo 461 do CPC, com a nova redação dada pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1.994, que introduziu, no âmbito das obrigações, a tutela específica da obrigação de fazer e da de não fazer, teceu, em linhas gerais, as seguintes ponderações:

I - O pressuposto da concessão da tutela, liminarmente ou mediante justificção prévia, é a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Uma vez concedida, a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, a critério do juiz, através de decisão fundamentada.

II - As novas providências de reforço da exequibilidade da sentença relativa às obrigações de fazer, visam garantir a execução específica da prestação devida pelo réu.

Podem as medidas ser impostas na sentença final ou em caráter liminar, conforme as circunstâncias da causa.

Para DINAMARCO (1996), o texto do artigo 461 do CPC reproduz de maneira quase fiel, o artigo 84 do CDC que tutela as relações de consumo, que nada mais foi que um desdobramento com aperfeiçoamento do que se contém no artigo 11 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, e turístico. “Artigo 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.”

Talvez não seja inútil a transcrição do artigo 84 do CDC para melhor visualizar o aperfeiçoamento do instituto:

Artigo 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.

Parágrafo primeiro - 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.

Parágrafo segundo - A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, (artigo 287 do CPC).

Parágrafo terceiro - Sendo 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.

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

Parágrafo quinto - 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.

A seguir transcrevemos também o texto do instituto da tutela específica inserida no CPC através da Lei n. 8952/94:

Artigo 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.

Parágrafo primeiro - 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.

Parágrafo segundo - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa, (artigo 287).

Parágrafo terceiro - 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.

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

Parágrafo quinto - 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 ("caput", com a redação da lei n. 8.952, de 13.12.1994; parágrafos acrescentados pela mesma lei).

Com esta transposição para o processo civil, o novel instituto passou a disciplinar as obrigações específicas ocorrentes na vida das pessoas, seja as de origem legal, seja contratual, como que, no entendimento de MANCUSO (1991), traçam um roteiro para o juiz, abrangendo desde a possibilidade de tutela liminar, com ou sem multa diária, com ou sem contraditório inicial, até a própria sentença de mérito, que concederá a tutela específica, podendo ser instrumentada com os sucedâneos que conduzirão ao resultado prático equivalente.

Existem dois pontos que comprometem a efetivação da tutela dos direitos. Um deles diz respeito à própria concepção dos estudiosos do direito processual de que este somente ganharia cientificidade a medida em que se distanciasse do direito material, levando-os a ignorarem a análise da efetividade do processo, enquanto instrumento, no plano do direito material. O segundo ponto é a inexistência de instrumentos e técnicas que garantem a efetividade do processo na estrutura do processo civil clássico.

Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC contém instrumentos processuais novos, quando comparados com aqueles que fazem parte da estrutura do processo tradicional. Tais normas não só abrem oportunidade para novas modalidades de sentenças e à tutela antecipatória, como também conferem ao juiz uma ampla latitude de poderes destinada à determinação do meio processual mais idôneo para a tutela das diversas situações de direito substancial (MARINONI, 2001: 60-61).

Tendo em vista a necessidade de se compreender o processo em sua relação com o direito material, faz-se também necessária a compreensão das técnicas de tutela e das tutelas enquanto objetos distintos. Enquanto a tutela é o resultado, as técnicas de tutela se apresentam como os meios pelos quais ela é viabilizada no plano do direito material (MARINONI, 2001).

Na verdade, somente se pensando em termos de tutelas dos direitos, buscando-se o que pode o processo produzir para a garantia destes, é possível perceber a potencialidade

dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC no sentido de extrair a máxima efetividade das técnicas processuais.

Atualmente, muito se fala sobre tutela jurisdicional dos direitos. Mas o que o jurista precisa ter em mente ao estudar o processo civil sob a ótica da tutela jurisdicional diz respeito às tutelas de que o direito material precisa para que haja efetivamente no processo.

Vale reforçar a distinção entre tutela jurisdicional e técnicas de tutela. Enquanto a primeira é o resultado no plano material as segundas constituem-se nos meios que possibilitam a prestação da primeira. Nesse sentido, as sentenças são meras técnicas através das quais é provida a tutela jurisdicional.

Também é importante ressaltar a importância dos meios de execução previstos no ordenamento jurídico para dar suporte à tutela dos direitos e garantir o provimento de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.

“A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano de direito material. Ora, a tutela jurisdicional pode ser ressarcitória, do adimplemento, inibitória, reintegratória ou preventiva executiva, conforme as diferentes necessidades de tutela do direito material ” (MARINONI, 2001: 64).

É nesse contexto que deve ser compreendida a questão da tutela específica dos direitos, que não possui qualquer relação com a sentença satisfativa mas sempre aparece quando se trata de sentenças não-satisfativas.

Ao passo que a sentença satisfativa é, por si só, suficiente para a tutela dos direitos, a sentença não-satisfativa carece de meios de coerção que passam ser aplicados como forma de garantir a realização efetiva do direito (MARINONI, 2001).

Uma vez que as sentenças não-satisfativas não são suficientes, por si só, para a tutela dos direitos, é preciso que meios de coerção e sub-rogação capazes de garantir a efetividade da tutela dos direitos estejam preordenados no seu lado.

“Para a tutela inibitória não basta uma sentença que ordene; é necessária a coerção indireta. Para a tutela de remoção do ilícito não é suficiente uma sentença que determine a remoção do ilícito, sendo imprescindível a possibilidade de que o juiz determinar um meio de execução capaz de permitir que o ilícito seja efetivamente removido” (MARINONI, 2001: 66).

É claro que muitas vezes as diversas formas de tutelas jurisdicionais serão utilizadas. Entretanto, a análise que deve ser feita é se a sua aplicação em conjunto com sentenças não-satisfativas é suficiente para a garantia da efetividade do processo.

Dessa forma, fica fácil perceber a estreita ligação entre as sentenças e os meios de execução aos quais estão atreladas. O que é importante ter sempre em mente é que uma sentença não-satisfativa desprovida de quaisquer meios de execução que lhe dêem suporte é um instrumento processual estéril, porque não traz quaisquer garantias para a realização do direito material.

“A sentença mandamental, por exemplo, somente é mandamental porque ordena mediante coerção indireta; a condenação seria mera declaração se não abrisse oportunidade à execução forçada; a sentença executiva seria condenatória se atrelada à necessidade da ação de execução forçada, ou declaratória se não tivesse a disposição meios de coerção direta ou sub-rogação capazes de lhe permitir a prestação de uma tutela diferenciada” (MARINONI, 2001: 67).

Em meio a toda essa problemática é preciso pensar a tutela específica sob a ótica das diversas situações de direito material que necessitam ser tuteladas. Há, pois, uma relação estreita entre a tutela específica e a questão da efetividade do processo.

No que tange às obrigações contratuais, considera-se como tutela específica aquela que provê o cumprimento da obrigação inadimplida. Quando se trata de tutela sobre obrigação de não-fazer, será tutela específica aquela que conferir ao autor o desfazimento daquilo que não deveria ter sido feito (MARINONI, 2001).

Havendo temor acerca da reiteração do desenvolvimento de uma obrigação (seja obrigação de fazer ou obrigação de não-fazer), pode-se aplicar tutela específica para impedir que o demandado volte a inadimplar.

No caso de ato contrário ao direito, é possível inibir sua prática, repetição ou continuação, eliminar o estado contrário ao direito com a conseqüente reconstituição da situação jurídica que lhe era anterior, ou ainda obter, independentemente da vontade do réu, a situação que existiria caso a norma houvesse sido observado. Nestes casos, não havendo sequer tutela contra o dano que pode ter sido acarretado em virtude do ilícito, mas apenas tutela destinada a inibir o ilícito (tutela inibitória) ou a reintegrar o direito que foi violado (tutela reintegratória), há evidentemente tutela específica (MARINONI, 2001: 68).

Mas a tutela específica pode ser aplicada a diversas situações adicionais, como em alguns casos onde há dano de natureza patrimonial ou não patrimonial. A reparação de dano estético e a publicação de nota retificadora de notícia que veio a lesar a honra do autor são exemplos dessa aplicação de tutelas específicas.

Como pode-se perceber nos exemplos anteriores, a tutela ressarcitória não deve ser aplicada primeiramente visando a conversão do direito lesado em pecúnia; deve-se, ao contrário, buscar uma solução que repare o estado de direito ao autor, sempre que isso for

possível. Isso porque a tutela específica é muito mais eficiente para proteger o direito material, o que se torna ainda mais notório no caso de dano relativo a conteúdo não-patrimonial. Nesse último caso, cabem apenas duas soluções: o ressarcimento de forma específica ou a monetização do dano. Fica claro, pelo que fora exposto até aqui, que a primeira opção é a única que pode prover uma reparação efetiva do direito lesado.

A nova redação dada aos arts. 461 do CPC e 84 do CDC tratam de ações voltadas para a garantia de cumprimento de “obrigações de fazer ou não-fazer” de tal modo que abrem possibilidades bem maiores para a tutela específica dos direitos. A suposição de que tais dispositivos permitem apenas a tutela das obrigações e não de direitos carece de fundamento, uma vez que essa linha de interpretação conduziria ao absurdo de entender que o art. 84 do CDC (que encontra-se inserido no sistema de tutela coletiva dos direitos) também só pode ser aplicado à tutela de obrigações, uma vez que sua redação versa apenas sobre ação relativa “ao cumprimento de obrigações de fazer ou não-fazer.”

“Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC devem ser compreendidos como normas que permitem ao juiz i) impor um não-fazer ou um fazer, sob pena de multa, e ii) determinar uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não-fazer” (MARINONI, 2001: 71).

A primeira técnica de tutela citada caracteriza-se como técnica mandamental, ou seja, visa impor ao demandado um fazer ou um não-fazer por meio do uso da coerção indireta (multa). É nessa técnica de tutela que um direito que dependa do cumprimento de uma obrigação de fazer infungível ou de uma obrigação de não fazer encontra suporte para a garantia da efetividade da ação.

Inicialmente concebidas como ações voltadas para órgãos do próprio estado, a concepção de sentenças mandamentais foi expandido e entende-se, hoje, que também podem ser direcionadas a particulares. Trata-se de sentença que emana ordem ao réu que faça ou abstenha-se de fazer algo, cujo descumprimento pode ser entendido como afronta à autoridade estatal e, em última instância, como crime de desobediência (TALAMINI, 2001).

Mas a técnica mandamental não tem sua aplicação restrita às obrigações infungíveis; ela também pode ser aplicada para tutela direitos relativos ao cumprimento de obrigações fungíveis. Sempre que a execução por sub-rogação implicar no cumprimento da efetividade da tutela jurisdicional não há outro caminho a seguir a não ser admitir a tutela de um fazer fungível através de multa, de forma a compelir o demandado a adimplir com a obrigação e garantir o direito do autor (MARINONI, 2001).

A segunda técnica de tutela suportada pelos arts. 461 do CPC e 84 do CDC caracteriza-se como técnica executiva, ou seja, busca garantir a realização do direito material do autor através do uso da coerção direta e da sub-rogação.

O art. 461 do CPC é muito claro ao afirmar que o juiz, visando a adequada prestação da tutela jurisdicional, poderá “determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedindo de atividade nociva, além de requisição de forma policial” (MARINONI, 2001: 76).

Esse dispositivo possibilita que o juiz inclua medidas executivas na sentença, sem a necessidade de haver sido proposta ação de execução, o que caracteriza essa técnica de tutela como executiva. Percebe-se, pois, que a tutela específica da obrigação pode ser provida fazendo-se a junção, em uma única ação, do conhecimento e da execução.

4 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

4.1 PRESSUPOSTOS PARA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

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

ALVIM (1996) entende que os pressupostos da medida liminar consistem na relevância do fundamento da demanda e no justificado receio de ineficácia do provimento final, já consagrados, aliás, pelo ordenamento jurídico, pois emprestam embasamento à antecipação de tutela na esfera mandamental.

O artigo 7º, inciso II, da Lei n. 1.533/51, (Lei de Mandado de Segurança) estabelece que o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for "relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida". Esses requisitos têm sido identificados, no processo cautelar, com o *fumus boni juris* sendo este, no dizer de LIEBMAN (1987), a provável existência do direito a ser tutelado (corresponde exatamente a um juízo específico de exame de probabilidade material reclamado que, em essência, constitui-se numa garantia constitucional que nenhuma norma infraconstitucional poderia, *a priori*, restringir) e do *periculum in mora* representando a demonstração de inocuidade da tutela jurisdicional principal em face de sua não imediatidade.

A expressão *periculum in mora*, como elemento para a obtenção da prestação jurisdicional, é o interesse específico que justifica a emanção de qualquer medida cautelar. O perigo de dano não deve ser considerado em relação ao retardo no provimento pois retardo importa num fato ou evento que não se verifica no tempo normal previsto. É da natureza da atividade jurisdicional, entretanto, o gasto de certo tempo, não se podendo falar, em

consequência, de retardo. A urgência decorre da existência de uma ameaça, de um perigo de dano.

Quando se fala em perigo de dano, não se está referindo ao genérico perigo de dano que pode ser evitado com a própria tutela ordinária. É o perigo de dano que deve ser evitado com urgência, por meio de um remédio que se acrescenta, de forma particular e eventual, para cobrir o espaço deixado indefeso pela tutela geral.

O perigo apresenta dupla natureza:

- a) perigo de não se poder alcançar de modo útil o provimento definitivo (provimento cautelar no caso das liminares);
- b) perigo de que a satisfação do direito, (na hipótese das liminares, direito à cautela) chegue, mais, tarde para o cumprimento de seu objetivo.

Para VILAS (1986), este perigo de mora não é um perigo genérico de dano jurídico, mas, especificamente, o perigo de dano posterior, derivante do retardamento da medida definitiva, ou é a impossibilidade prática de acelerar a emanção da providência definitiva que faz surgir o interesse da emanção de uma medida provisória. É a mora desta providência definitiva, considerada em si mesma como possível causa de dano ulterior, que se trata de prevenir com uma medida cautelar, que antecipe provisoriamente os efeitos da providência definitiva.

O dano, por sua vez, pode ser definido como a subtração ou diminuição de um bem ou a abolição ou restrição de um interesse, seja ele tutelado mediante uma norma jurídica na forma de um direito subjetivo, seja na forma de um simples interesse.

THEODORO JÚNIOR (1996) entende que o dano que deve ser evitado através de uma medida de urgência é o dano iminente, ou seja, aquele que se refere a um prejuízo imediato que pode verificar-se de um momento para o outro e que provavelmente se consumará antes da decisão final.

Pode haver circunstância que, pela demora no desenvolvimento do processo e solução final, a solução judicial possa vir a tornar vazia, inócua, não mais servindo para fornecer a tutela jurisdicional pedida. Antevendo dificuldades dessa espécie, o parágrafo 3º do art. 461 estabelece: " 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". Por meio da medida liminar, que deve ser pedida imotivadamente pela parte autora, adianta o magistrado a concessão do pedido, de maneira, porém, provisória.

Se do *caput* do artigo consta o pedido e do § 3º a possibilidade de concessão de liminar, descabe o entendimento de que "as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento" só poderão vir a ser concedidas ao final e não liminarmente, por usar a lei, antes dessa previsão, a expressão "se precedente o pedido".

A concessão da liminar encontra limite somente na reversibilidade da situação, apesar de esta não vir expressa pelas simples razão de poder ela ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Mas, no que consiste essa reversibilidade é problema que deve ser enfrentado desde logo. Como salienta ALVIM (1996), um erro de entendimento do termo "irreversibilidade" poderá neutralizar o preceito inscrito no *caput*. A irreversibilidade não é da concessão da liminar mas dos efeitos produzidos pela antecipação da tutela que deve ser examinada caso a caso.

O juiz deve sopesar os benefícios da concessão imediata da tutela e os malefícios de sua não concessão, deixando para o segundo plano sua reversibilidade, pois, em última análise, ainda prevalece o princípio, se bem que alterado, de as obrigações, resolverem-se em perdas e danos.

Para Betina Rizzato LARA (1994), a expressão *fumus boni juris* significa fumaça do bom direito, isto é, existência de um direito aparente. O que se analisa verdadeiramente é se existe a chance de que o requerente da medida cautelar tenha êxito no processo principal ou de que o requerente da liminar tenha êxito no processo cautelar.

Trata-se, ao ver de BERMUDEZ (1995), de tutela cautelar embutida no próprio processo cognitivo, como são as liminares nas ações possessórias, no mandado de segurança, na ação popular, na ação civil pública. Na verdade, cuida-se de antecipação de tutela específica, dado que o conteúdo do provimento liminar é substancialmente idêntico ao que resultaria da sentença de mérito.

Presentes que sejam esses quesitos, lícitos lhe será conceder a tutela liminar, tanto inaudita altera parte, quanto após prévia justificação, para a qual se citará o réu. Observa-se, por via de consequência que esses poderes de resto, já são assegurados ao juiz, no âmbito do chamado "poder cautelar geral".

LARA (1994) advoga no sentido de que a concessão de liminar inaudita altera parte não ofende o princípio do contraditório, uma vez que, em função da urgência, ele simplesmente é postergado, isto é, a parte intervém posteriormente no processo com a apresentação de sua defesa, podendo, inclusive, recorrer da medida liminar concedida.

ZAVASCKI (1997) ensina que o § 3º do artigo 461 do CPC trata da concessão da tutela por liminar ou mediante justificação prévia, citado o réu. Para que tal ocorra, supõe a lei dois requisitos: a) relevância dos fundamentos e b) risco de ineficácia do provimento final.

São eles previstos no artigo 7º, II, da Lei nº 1.533, de 1951, que dão ensejo à concessão de medida liminar em mandado de segurança. E, conforme se fará ver quando do exame da antecipação de tutela naquela ação, há, ali, apesar da diferença terminológica, reprodução dos requisitos para antecipação de tutela na hipótese do inciso I, do artigo 273 do CPC.

Com efeito, "fundamento relevante" é enunciado de conteúdo equivalente a "verossimilhança da alegação"; e "justificado receio de ineficácia do provimento final" é expressão que traduz fenômeno semelhante a "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação". Ademais, embora o § 3º, em exame, não faça referência à "prova inequívoca", como ocorre no artigo 273 do CPC, é evidente que a qualidade da prova constitui elemento integrante e decisivo do juízo, a respeito da "relevância dos fundamentos". Considerando que a tutela, nas obrigações de fazer e não fazer, pode ser: a) a específica; b) a que assegure resultado prático equivalente, ou, ainda; c) a da compensação por perdas e danos, cabe indagar a qual ou a quais se refere o § 3º. A redação do *caput* do artigo 461 do CPC sugere que as "providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento" não são antecipáveis, eis que somente são determinadas pelo juiz "se procedente o pedido", o que, evidentemente, supõe sentença.

Daí afirmar-se, como o fez ALVIM (1996), que no contexto do Código de Processo Civil somente a tutela específica poderá ser antecipada em sede liminar. A conclusão, em princípio correta, não tem, entretanto, caráter absoluto.

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.

No que se refere à conversão em perdas e danos, a hipótese de ser necessária a antecipação é improvável: ela dependeria da impossibilidade de concessão da tutela específica e da tutela substitutiva de resultado prático correspondente; e dependeria, ainda, de configurar-se risco de ineficácia do provimento, que, se ocorrente, seria superável, ao que se pode supor, por medida cautelar de arresto e não por medida antecipatória. Mas 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.

Outra indagação é a de saber se, em regime liminar, é viável antecipar a execução específica por meio de sub-rogação, incumbindo-se terceiro de realizar o fato, às custas do devedor. A hipótese, bem se vê, supõe obrigação de fazer (ou de desfazer) fungível. A fungibilidade é elemento forte a depor contra a configuração do risco de ineficácia do futuro provimento, sem o qual a antecipação será incabível.

No entanto não se pode descartar a hipótese de urgência em antecipar obrigação de natureza fungível, como, por exemplo, a de reforçar dique de açude que ameaça ruir, com prejuízos às propriedades circunstantes.

À indagação responde-se, portanto, afirmativamente. Nesses casos, ante a urgência, como proceder? É certo que não se poderia trilhar o caminho previsto no artigo 634 do CPC, que prevê contratação de terceiro mediante detalhado procedimento licitatório, incompatível com as circunstâncias determinantes da medida antecipatória. Duas alternativas se oferecem: ou a) o juiz promove a contratação de terceiro diretamente, sem concurso; ou b) autoriza que o credor promova pessoalmente ou mande executar sob sua direção a prestação do fato. Em qualquer caso, o cumprimento da medida antecipatória correrá por conta e risco do requerente, sendo que, se procedente a ação, caberá definir apenas a razoabilidade ou não dos gastos dispendidos com a execução, a serem indenizados pelo réu. Improcedente a demanda, poderá o réu postular o retorno ao *status quo* ante, além das perdas e danos que porventura lhe tenham sido infligidos.

Se a hipótese do § 3º é semelhante à do inciso I do artigo 273 do CPC, cabe indagar, ante o silêncio do artigo 461 do CPC, se é viável a antecipação da tutela em caso de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu, tal como se prevê no inciso II do artigo 273 do CPC. A resposta deve ser afirmativa. Ante o sistema geral implantado pelo artigo 273 do CPC, não teria justificativa alguma o veto a tal hipótese de antecipação. Nem teria sentido algum supor que o dispositivo do artigo 461 do CPC, exatamente aquele que consagra mecanismos que privilegiam a tutela específica e célere das prestações de fazer e não fazer, tenha pretendido também, e paradoxalmente, retirar dela uma via de antecipação assegurada a todas as demais.

Aqui, no entanto, as causas determinantes da medida são os obstáculos que o réu, com seus atos protelatórios, está colocando à prolação da sentença. Não se configura, propriamente, urgência na satisfação do direito.

Desse modo, a finalidade da antecipação será plenamente alcançada pela simples formação antecipada do título executivo, cuja execução (provisória) seguirá, por isso, o mesmo ritual aplicável à futura sentença. Ao contrário da antecipação determinada por risco de ineficácia do provimento, a motivada por atos protelatórios não transforma a ação em executiva *lato sensu*.

Pelo dispositivo do § 3º, a antecipação pode ocorrer liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. Surgiram dúvidas sobre se a exigência de citação do réu é apenas para os casos de necessidade de justificação ou se é condição para deferimento da medida, em qualquer caso.

Na verdade, a manifestação do requerido deve ser colhida sempre que possível, independentemente de previsão explícita na lei ordinária, já que isso constitui exigência do princípio constitucional do contraditório. Porém, se o risco de ineficácia é tão grave e iminente que não pode aguardar o tempo da citação ou da manifestação da parte ré, evidentemente que a medida antecipatória poderá ser concedida desde logo.

A isso estará autorizado o juiz por outro princípio constitucional: o da efetividade da jurisdição. O princípio da efetividade impõe, também, que se promova antecipação da tutela em outros momentos do processo, e não apenas nas restritas hipóteses do § 3º. Pode ocorrer que o risco de ineficácia se faça presente mais adiante, quando da audiência, ou mesmo na fase recursal, e nada impede que o autor requeira a medida em qualquer desses momentos, como, aliás, ocorre na antecipação da tutela pelo regime geral do artigo 273 do CPC.

E se a necessidade de antecipar os atos executivos para cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer se fizer presente no curso de ação autônoma de execução, na pendência dos embargos? Dissentem os doutrinadores sobre a legitimidade da medida antecipatória em tais casos. É de inteira procedência, contudo, o argumento de ALVIM (1996) é de que o legislador deu um importante passo ao permitir a outorga da tutela liminar ainda na fase de cognição do direito, preenchidos determinados requisitos (artigo 461, parágrafo 3º). Não teria sentido antecipar-se a tutela específica na ação de conhecimento quando inexistente ainda direito traduzido na sentença e negá-la na ação de execução, quando o credor já dispõe de título judicial.

O mesmo argumento vale, em se tratando de execução fundada em título extrajudicial: se o legislador permite antecipar a tutela, mesmo antes da formação do título executivo, não haveria porque negá-la, se o título, ainda que extrajudicial, já existe, fazendo presumir legítima a obrigação nele certificada.

Aliás, a ação de embargos, na verdade, nada mais é do que a ação de conhecimento deslocada para a fase de execução, de modo que não haveria razão para negar a possibilidade da medida antecipatória apenas em virtude desse deslocamento.

Assim, impõe-se concluir que a medida, se necessária a preservar a utilidade da função jurisdicional, pode ser deferida mesmo na ação de execução, e, mais propriamente, na pendência da ação de embargos, que, como se sabe, suspendem os atos executivos, artigo 739, § 1º, do CPC.

4.2 APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO REGIME DO ARTIGO 273 DO CPC

Em sua parte final, o § 3º do artigo 461 do CPC estabelece que "a medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada". Confirma-se, simplesmente, a precariedade dessa espécie de tutela jurisdicional, por natureza provisória, formada que é à base de cognição sumária. As causas determinantes da revogação ou da modificação e o procedimento a ser adotado são os mesmos aplicáveis à antecipação no procedimento comum, do artigo 273 do CPC.

O regime da antecipação da tutela no procedimento comum é aplicável, com efeito, de um modo geral, na lacuna do dispositivo específico. Disso decorrem consequências práticas relevantes. Assim, por exemplo, embora silente a respeito o artigo 461 do CPC, não será cabível a medida, sem pedido expresso do autor. O requerimento poderá ser formulado tão pronto se verificarem os requisitos que ensejam seu deferimento: com a petição inicial, a qualquer momento no curso do processo, ou na fase recursal. A decisão que concede ou indefere o pedido deve ser, como todas as decisões judiciais, devidamente motivada. Não se trata de ato discricionário do juiz. Pelo contrário, na motivação, devem ser indicadas, de modo explícito, as razões que induzem a existência ou não dos requisitos do § 3º do artigo 461 do CPC.

A relevância dos fundamentos e a iminência do risco de ineficácia do provimento final. Em qualquer caso, a decisão é vinculada, vale dizer, presentes os requisitos, o deferimento será obrigatório; ausentes, é obrigatória a negativa. Dessa decisão caberá, em regra, recurso de agravo de instrumento ou retido (se interlocutória em primeira instância) ou agravo regimental ao órgão colegiado (se proferida por relator).

Aplicável aqui, igualmente, a restrição do § 2º do artigo 273 do CPC "não se concederá antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

Trata-se de princípio de natureza constitucional, de manutenção do direito de contraditório e ampla defesa, que estaria irremediavelmente comprometido se, por força da irreversibilidade da medida, ficasse consagrada a vitória, no plano prático, da parte autora. É claro que, em certas situações, o perigo de irreversibilidade poderá ser contornado com a exigência de caução a ser prestada pelo requerente. Caberá ao juiz, sempre que houver risco mútuo no confronto entre as posições jurídicas afirmadas pelas partes, dar prevalência à que apresentar melhor chance de vir a ser consagrada ao final.

Como toda execução, e, especialmente, quando tem natureza provisória, também a da medida que antecipa tutela de obrigação de fazer e não fazer corre por conta e risco do requerente.

É mais uma razão a justificar a exigência de caução para garantia do ressarcimento de danos ou despesas eventualmente decorrentes da revogação da medida e da conseqüente necessidade de reposição dos fatos ao estado anterior.

4.3 ANTECIPAÇÃO EM AÇÕES DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA

Conforme THEODORO JÚNIOR (1996), em todo processo de conhecimento, o órgão judicial procede a um juízo declarativo sobre a existência ou inexistência do direito subjetivo debatido nos autos. Em alguns casos, a atividade judicial limita-se a essa declaração e a sentença então se diz meramente declaratória; em outros, o julgamento ultrapassa o plano da declaração, para impor uma prestação à parte (sentença condenatória) ou para alterar a situação jurídica material existente entre os litigantes (sentença constitutiva).

As sentenças declaratórias e constitutivas exaurem, em si, toda a prestação jurisdicional esperada do juiz. Já as condenatórias encerram a atividade cognitiva, mas deixam ainda pendente de realização a prestação imputada ao vencido, a qual, se necessário, será objeto de outro processo (o de execução).

Como não há execução de sentença no procedimento declaratório e no constitutivo, há quem negue cabimento à antecipação de tutela em relação a esses tipos de cognição, restringindo a aplicação do artigo 273 do CPC tão apenas aos procedimentos tendentes à obtenção de sentença condenatória, únicos que abrem ensejo à execução forçada.

Nesse sentido, como a sentença de cunho meramente declaratório não admite execução, porque o autor se contenta com o mero accertamento do direito litigioso, claro que, quando o pedido tiver sido de tal espécie, não tem cabimento pretensão antecipatória porque a sentença constitutiva independe de execução, é possível concluir que, sob pena de vulneração

do princípio do contraditório, não é possível deferir liminarmente a antecipação de tutela de tal ordem.

Parece intuitivo que a declaração de certeza e a constituição de uma nova situação jurídica apenas possam ser alcançados pela sentença definitiva de mérito, após cognição completa e exauriente, não havendo como antecipar provisoriamente o puro efeito declaratório constitutivo. Há, porém, que se fazer a distinção entre o efeito declaratório e constitutivo e os efeitos práticos que decorrem da declaração e da constituição de uma situação jurídica. Se a declaração e a constituição, em si mesmas, não correm risco de dano pela demora do processo, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos práticos que o titular da pretensão tem em mira alcançar com apoio no provimento judicial.

THEODORO JÚNIOR (1996), adverte que nada impede que, para evitar dano, possa o órgão judicial adotar providências de ordem mandamental, se convencido da verossimilhança do direito constitutivo alegado pelo autor. Exemplo típico se tem na constituição sentencial da servidão de passagem que, embora não possa ser antecipada, não impede o órgão judicial de ordenar a passagem ou o desfazimento da obstrução à luz, para prevenir o dano, tudo em forma de antecipação dos efeitos da tutela postulada na petição inicial.

Conforme OLIVEIRA (1997), a execução que se antecipa provisoriamente, para os fins do artigo 273 do CPC, não é propriamente execução no sentido técnico de processo à parte, mas de realização prática, alcançável no normal das espécies, por ordens ou mandados emanados do órgão judicial, de modo compatível com a instante necessidade de prevenção do dano; são propriamente os efeitos práticos antecipados, mais precisamente os atos materiais adequados à prevenção do dano.

Nem é preciso que o objeto da medida antecipatória corresponda ao exato conteúdo da sentença, como objeto preciso da declaração judicial a ser proferida para solucionar o pedido formulado na inicial. Basta que corresponda a um efeito normal da situação jurídica a ser declarada no mérito da causa. Para THEODORO JÚNIOR (1996), o dano que se busca impedir não tem de corresponder necessariamente ao perecimento da pretensão. O dano, aludido no artigo 273, inciso I, do CPC, pode ser externo à pretensão, ou seja, pode ser um dano evitável por causa do acolhimento da pretensão.

A antecipação de tutela, muito embora faculte atos executivos à parte, antes da sentença, não o faz somente para compreender providências que seriam tecnicamente objeto de futuro processo de execução forçada. Qualquer tipo de processo de conhecimento pode ter a eficácia de sua sentença sob o risco de encontrar um direito subjetivo material, sem

condições de atuar praticamente. É possível, portanto, pretender algum tipo de medida satisfativa que afaste o perigo não de eficácia executiva da sentença, mas de efetividade dela, perante o direito substancial do litigante, que terá perdido toda capacidade de atuar in concreto pela supressão total ou profunda de seu suporte fático, enquanto se aguardava a sentença declaratória ou constitutiva.

A execução de que se cogita para justificar a antecipação de tutela, nessa ordem de idéias, é a que se entende no sentido mais amplo do termo, não se confundindo, por isso, com aquele restrito significado de atuação judicial da força do título executivo *strictu sensu*.

Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de agir de maneira contrária, ou incompatível com a facultas agendi tutelada.

Dessa maneira, é antecipação de tutela, a liminar que, no mandado de segurança suspende a execução do ato administrativo ilegal ou nulo, assim como é da mesma natureza a liminar que, na ação declaratória de inconstitucionalidade, suspende o cumprimento, provisoriamente, da lei impugnada. É, ainda, medida de tutela antecipatória, a liminar na ação possessória, bem como as que arbitram aluguel nas ações revisionais, ou a indenização nas ações desapropriatórias.

O importante, continua THEODORC JÚNIOR (1996), é o caráter satisfativo, porque a medida antecipatória se volta diretamente à proteção da pretensão de direito material do litigante e não apenas à defesa de alguma faculdade processual. O risco que se busca eliminar situa-se, por isso, no plano do direito substancial, de sorte que, à falta da providência antecipatória, a sentença do processo principal estará, na prática, deferindo tutela a direito subjetivo esvaziado pela perda de objeto. Sendo assim, a lesão irreparável, ou dificilmente reparável, repercutirá diretamente sobre a efetividade da sentença, seja condenatória, declaratória ou constitutiva.

O perigo que se afasta com a medida cautelar antecipatória não se localiza, apenas na situação estática do direito material e de seu objeto imediato. A tutela tem em mira, igualmente, sua fase dinâmica, pelo que pode referir-se à situação jurídica subjetiva do promovente, posterior à sentença definitiva.

THEODORO JÚNIOR (1996) observou os exemplos extraídos da experiência jurisprudencial, revela que o interesse da parte em obter antecipação da tutela, em ação de mero acerto, pode justificar-se, enquanto aguarda condições de valer-se do pronunciamento judicial, para determinar o próprio comportamento em função da relação substancial *sub iudice*. O ordenamento jurídico processual não contém disposição alguma que imponha o descabimento de tutela cautelar antecipatória na via da ação de mero acerto.

4.4 A NATUREZA DA TUTELA URGENTE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA

MARINONI (2000) ensina-nos que, quando se está diante de uma ação declaratória ou de uma ação constitutiva, a noção de tutela antecipatória não é tão clara como quando a hipótese envolve uma ação condenatória, executiva ou mandamental.

A tutela que impede a prática do ato que a demanda objetiva declarar ilegítimo, com base em cognição sumária da ilegitimidade do ato. A tutela é genuinamente preventiva (ou inibitória), não se confundindo com a cautelar. A tutela, além de inibitória, tem caráter antecipatório, já que ordena ao réu não fazer aquilo que somente a sentença final poderá demonstrar ser ilegítimo fazer.

No caso em que o autor obtém tutela para poder exercer um direito que ainda será declarado ou constituído, fica fácil perceber o seu caráter antecipatório. A tutela, nestes casos, não está assegurando a possibilidade do autor exercer o direito no futuro, mas sim viabilizando, desde logo, ao autor o exercício do direito.

Também é inegavelmente antecipatória a tutela que suspende a eficácia de um ato que se pretende ver anulado ou declarado nulo. Nesse caso, impede-se, antecipadamente, que o ato produza efeitos contrários ao autor. Há uma correlação nítida entre a suspensão da eficácia e a sentença; o autor, através da suspensão da eficácia, desde logo vê-se livre dos efeitos do ato impugnado.

Se um ato não pode produzir efeitos e, por isso, deve ser desconstituído, a tutela que obsta a prática de um ato que não poderia ser praticado, se já houvesse sido proferida a sentença desconstitutiva, deve ser definida como antecipatória.

MARINONI (2000) classificou as providências cautelares em: I) providências instrutórias antecipadas; II) providências dirigidas a assegurar a execução forçada; III) antecipação de providências decisórias; e IV) cauções processuais.

Estas tutelas consistiriam, precisamente, em uma decisão antecipada e provisória do mérito, destinada a durar até o momento em que a regulação provisória da relação

controvertida seja sobreposta pela regulação de caráter estável que se pode conseguir através de um processo ordinário mais lento.

A doutrina clássica, ao classificar as sentenças, não leva em consideração o efeito que é produzido pela sentença no plano do direito material. A classificação das sentenças, elaborada pela doutrina italiana clássica, constitui um corolário da teoria da ação como Direito autônomo do Direito substancial, transmitido pelo ensinamento chiovendiano.

Colocando no centro do sistema um direito de ação totalmente desvinculado do direito material ameaçado ou violado, os processualistas da escola chiovendiana fixaram as premissas para uma teoria geral das tutelas, voltada a destacar apenas os seus aspectos formais ou processuais.

Contudo é propriamente o nexo de separação-abstração da tutela processual do direito material, transmitido pelo pensamento chiovendiano, que pode ser hoje considerado historicamente superado. Este modo de entender as relações entre direito material e processo perdeu, antes de tudo, as suas próprias motivações culturais (que têm origem na época da formação da escola sistemática), baseadas na necessidade de depurar as formas processuais da sua excessiva contaminação com o direito material, a elas imposta pela tradição jurídica do século XIX.

É importante lembrar que, na Itália, não há outra forma de execução da sentença que não a execução forçada. Em outras palavras, de lado casos raros devidamente tipificados, não se admite que o juiz italiano profira a sua sentença, ordenando sob pena de multa. É justamente por essa razão que a ação inibitória atípica, na Itália, acabaria redundando em uma inefetiva demanda meramente declaratória. Isso porque o juiz, para inibir, precisa ter à sua disposição meios que possam convencer o obrigado a adimplir. De nada adianta o juiz ordenar, ou condenar (para aqueles que não levam a sério a necessária correlação que a doutrina clássica estabelece entre condenação e execução forçada), se não existem meios que possam fazer valer a ordem que impõe uma obrigação de não fazer ou uma obrigação de fazer de caráter infungível.

Uma sentença somente se torna efetivamente inibitória quando ela pode inibir. Na perspectiva de direito material, o que importa saber é se a sentença realiza a ação privada que foi proibida ao particular, no momento em que foi vedada a autotutela, ou se a sentença cumpre com o prometido pela norma de direito substancial. As tutelas, assim, devem ser classificadas de acordo com os resultados que proporcionam aos consumidores dos serviços jurisdicionais.

Há tutelas que dão ao autor, desde logo, aquilo que ele somente poderia obter após a pronúncia da sentença. Tais tutelas não são cautelares, porém antecipatórias. A tutela cautelar apenas assegura a possibilidade da realização efetiva do direito. Difere, portanto, também da tutela preventiva (ou inibitória), que objetiva impedir a prática de um ilícito (ou de um dano), sem qualquer preocupação em assegurar a viabilidade da realização do direito. Na tutela inibitória, o direito está sendo exercido (não foi ainda lesado), mas precisa ser prevenido; na tutela cautelar, o direito não pode ser exercido desde logo, portanto precisa ser assegurado para que possa, futuramente, ser efetivamente realizado.

À vista do exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

I) as medidas cautelares têm possibilidade e efetividade mesmo que se trate de ações declaratórias e que a ação principal seja não de desconstituição de ato anulável, mas de declaração de nulidade de ato radicalmente nulo;

II) nada existe na regulamentação legal da antecipação de tutela, no direito brasileiro, que exclua de sua área de incidência a tutela declaratória e a tutela constitutiva;

III) nos casos de ação declaratória de nulidade de ato jurídico, a tutela antecipada terá cabimento para assegurar à parte, em caráter provisório, algum bem da vida que decorra da futura decretação de nulidade ou anulabilidade;

IV) dentre os casos de tutela constitutiva, é comum, nas relações jurídicas de locação, a antecipação de tutela em ações de revisão de aluguel ou de renovação do contrato, para alterar, provisoriamente, o aluguel em curso. Também nas ações para invalidar ato administrativo, admite-se, freqüentemente, antecipação de tutela para promover a suspensão provisória dos efeitos desse ato até a superveniência da decisão anulatória respectiva.

5 TUTELA EXECUTIVA

Consoante DINAMARCO (1996), para efetivação plena das sentenças condenatórias proferidas em relação a obrigações de fazer ou de não fazer, o caminho tradicional oferecido pelo Código é a execução específica (execução das obrigações de fazer e de não fazer, artigos 632 e seguintes do CPC).

Para FRIEDE (1997), esse procedimento de execução previsto no artigo 632 e seguintes do CPC encontra grandes dificuldades, devido às facilidades com que o obrigado pode resistir a ela e, muitas vezes, ao caráter personalíssimo da obrigação exequenda.

Para fazer frente à essa dificuldade, o legislador importou do Código de Defesa do Consumidor a adoção de severas medidas de apoio (artigo 461, parágrafo 5º), bem como disciplinou com energia a imposição de multas. Além disso, o Código de Processo Civil passou a outorgar eficácia de título executivo aos negócios extrajudiciais pelos quais as partes ajustem obrigações de fazer ou de não fazer.

Esse ponto sempre foi muito controvertido, mas a Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994, ao remodelar a lista de títulos extrajudiciais contida no inciso II do artigo 585, omitiu qualquer restrição e o fez com o intuito declarado (na justificativa do projeto de lei), de propiciar a inclusão de obrigações de toda a natureza.

5.1 SENTENÇAS MANDAMENTAIS E DE OBRIGAÇÃO DE FAZER

SILVA (1998) entende que, ao tratarmos das execuções que tenham por objeto o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, de modo que elas se contenham no campo do processo de execução por créditos, são necessárias algumas considerações preliminares. A primeira distinção que nos parece relevante é a que se faça para mostrar que nem todas as sentenças emanadas de um processo de conhecimento, que sujeite o réu a adotar uma determinada conduta, consistente num fazer ou não fazer, serão, necessariamente,

condenatórias, de tal sorte que a execução do julgado dê origem a um processo (autônomo) para cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer

MIRANDA (1974) resume nesta sentença a ambigüidade secular contida no conceito de obrigação. Se alguém promete não fazer o que a lei já lhe proíbe, não se obriga. Esta é, portanto, a primeira distinção fundamental a fazer: o sistema jurídico brasileiro, na medida em que restaura o instrumento processual conhecido como ação condenatória, valendo-se da estrutura da *actio* romana, deve igualmente limitá-lo ao tratamento jurisdicional das pretensões nascidas do direito obrigacional.

Sabe-se, é verdade, que o direito moderno procurou suprimir as categorias de direito material conhecidas como pretensão e ação real, na tentativa de transformar o Direito em direito obrigacional.

MIRANDA (1974) cita alguns exemplos para demonstrar essa separação básica entre deveres jurídicos nascidos de uma relação obrigacional (seja contratual ou delitual) e as chamadas "obrigações legais": a sentença de procedência na ação de mandado de segurança impõe ao demandado o cumprimento de um dever legal, consistente num fazer ou não fazer.

Não se poderia cometer o equívoco de pretender "executar" a sentença de procedência proferida no *writ of mandamus* como se executam as sentenças que condenem ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer. Outro exemplo é a ação de manutenção de posse ou o interdito proibitório. Elas não são ações condenatórias, demonstrando o fato de conterem ambas liminares antecipatórias da sentença final de procedência, que ninguém poderia imaginar que fossem "executadas" como se executam as sentenças que condenem ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer. As liminares dos interditos possessórios, como todos sabemos, têm origem nos interditos romanos, e não, evidentemente, no processo privado da *actio*, reservado ao direito das obrigações. A ordem (veto) pretoriana própria dos interditos nada tinham a ver com a *condemnatio*. E aquele que ofende nossa posse evidentemente não se liga a nós por uma relação obrigacional. E somente a *obligatio* gerava *condemnatio*.

O CPC, portanto, está correto e conforme aos princípios ao limitar o campo das execuções de fazer e não fazer ao direito das obrigações, referindo-se, nos artigos 632 e 642, novamente às obrigações de fazer e aos obrigados a uma abstenção.

5.2 DESAUTORIZAÇÃO DO PROCESSO EXECUTIVO

Mesmo no campo do direito obrigacional, inúmeros são os exemplos de deveres e obrigações que podem nascer de uma relação contratual, cuja realizabilidade coativa, através da jurisdição, pode não corresponder, ou não se adaptar à estrutura do processo executivo para cumprimento das obrigações de fazer.

São exemplos deste gênero a obrigação do colono (parceiro agrícola) de cultivar o fundo, segundo as determinações do contrato; do trabalhador autônomo de realizar a obra ou o serviço nos termos convencionados; ou a obrigação do administrador de empresa de geri-la convenientemente, segundo o interesse da produção.

Em tais casos, ainda que a atividade devida pelo obrigado seja em princípio capaz de ser executada por terceiro, a ordem jurídica não se vale do mesmo instrumento predisposto para o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, decorrentes de título extrajudicial.

Uma distinção de idêntica natureza pode ser encontrada com relação aos denominados "deveres de conduta", inerentes ao conteúdo de certas relações obrigacionais, especialmente quando as respectivas prestações não sejam instantâneas.

5.3 MULTA COMO DESESTÍMULO AO INADIMPLEMENTO

DINAMARCO (1996) preleciona que todos os dispositivos que impõem a sanção de multa diária astreintes têm a finalidade de promover a efetividade de alguma decisão judiciária. Não resta dúvida que o parágrafo 4o do artigo 461 do CPC abriu a possibilidade de imposição da multa *ex officio*, o que é novidade, conferindo uma maior plasticidade das funções do juiz no comando do processo e empenho pela efetividade de suas decisões.

A multa tem a função única de induzir o demandado a cumprir a obrigação. "Não tem caráter ressarcitório ou compensatório. Já não bastasse antes existir sólida doutrina descartando-lhe a finalidade indenizatória, o § 2º do art. 461 veio a confirmar essa orientação: 'a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa'". (TALAMINI, 2001: 234)

Nesse mesmo sentido ALVIM (1996) salienta que a multa possui finalidade diversa da indenização por perdas e danos e que a imposição desta é cumulativa, como reza o parágrafo 2º do artigo 461; a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (artigo 287). A doutrina sempre louvou essa cumulação, dado que a multa é uma sanção pela resistência indevida, enquanto a indenização tem caráter reparatório.

Ao dispor que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”, o art. 461 do CPC, em seu § 2º, deixa clara a distinção entre o valor da multa e da prestação ou das perdas e danos. A função da multa, nesse caso, é levar o demandado a adimplir, tendo caráter eminentemente coercitivo.

“[...] não há como limitar o valor da multa ao valor da prestação inadimplida. Se o valor da multa estivesse limitado pelo valor da prestação, o demandado sempre teria a faculdade de libertar-se da sua obrigação, devolvendo o valor que foi pago pela prestação”. (MARINONI, 2001: 190)

Na mesma linha de raciocínio, caso o valor da multa estivesse atrelado ao valor das perdas e danos, o demandado poderia se livrar de adimplir com obrigação que gerou danos simplesmente pagando o valor das perdas e danos. (MARINONI, 2001: 190)

Basta considerar a função da multa para ver que seu valor não poderia ficar atrelado ao valor das perdas e danos ou ao valor da prestação devida. A interpretação mais coerente é aquela que, além de não limitar o valor da multa, entende que ela deve ser cumulada ao valor das perdas e danos ou da prestação sempre que não lograr convencer o réu a adimplir.

Sendo meio coercitivo que incide sobre a desobediência de ordem judicial, a multa pode ser identificada como responsável por garantir certa carga de eficácia mandamental em provimentos que a contemplam. (TALAMINI, 2001: 234)

Segundo BERMUDEZ (1995), a multa de que trata o parágrafo 2º é devida ao autor e não ao Estado, mas nada diz sobre a imposta de ofício pelo juiz, referida no parágrafo 4º. A esse respeito, temos que quando a multa é pedida na petição inicial, nos termos do artigo 287 do CC o parágrafo 2º do artigo 461, pertence ela ao autor; porém, ainda que o autor não a peça, vindo a ser decretada *ex officio* pelo juiz, esposamos o entendimento de ALVIM (1996) e BERMUDEZ (1995) de que a melhor solução seria revertê-la também ao autor.

O art. 461 do CPC faz referência à “suficiência” e “compatibilidade” da multa com a obrigação, servindo como referência para avaliar a sua aplicabilidade e limites quantitativos. “Mas não se trata de limitação do valor da multa ao da ‘obrigação’ nem ao dos danos derivados da violação [...]”. (TALAMINI, 2001: 242)

Para se estabelecer o valor da multa é preciso ter em mente sua finalidade: influir concretamente no comportamento do demandado. Sendo assim, é preciso levar em conta, por exemplo, a situação econômica do réu, sua capacidade de resistência e valores não-patrimoniais envolvidos.

Tendo em vista a própria finalidade da multa, o art. 461 do CPC também prevê a possibilidade de alteração de seu valor, para mais ou para menos, para adequá-la à variação das circunstâncias concretas. (TALAMINI, 2001: 244)

5.4 MEDIDAS DE APOIO

As medidas de apoio que podem ser adotadas pelo juiz com base no § 5º do art. 461 do CPC tem como fim a própria realização da tutela pretendida. Tratam-se, pois, de mecanismos voltados para a efetividade do resultado específico que possuem tendência satisfativa. São de “apoio” porque não constituem-se na tutela propriamente dita, mas contribuem diretamente para a produção do seu resultado. (TALAMINI, 2001: 264)

ALVIM (1996) também defende que o alvo dessas medidas continua sendo a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, que são as medidas-fins; as tendentes a tornar possível esse resultado, elencadas de forma exemplificativa no parágrafo, são meras medidas-meio. A requisição de força policial, para garantir o cumprimento das ordens judiciais, já vinha prevista nos artigos 579, 662 e 825, parágrafo único do CPC.

Além do emprego de mecanismos sub-rogatórios para obtenção do resultado prático equivalente, o juiz pode fazer uso de outras medidas de apoio na forma de imposição de meios coercitivos voltados a induzir o cumprimento da ordem judicial relativa ao dever de fazer ou não-fazer. (TALAMINI, 2001: 263)

Meios atípicos também poderão ser adotados pelo juiz para a indução psicológica do réu a adimplir sua obrigação, além das medidas sub-rogatórias (que provavelmente serão utilizadas com mais frequência). Um bom exemplo de medidas atípicas é a divulgação em meio de comunicação de nota informativa voltada para o público em geral dando conta de que o réu está descumprindo ordem judicial. Assim como a multa, medidas atípicas poderão ser aplicadas também em ações que tenham por objetivo obrigação de natureza fungível. (TALAMINI, 2001: 263)

Outro ponto importante é a possibilidade de adoção de medidas necessárias para o provimento de tutela específica e do resultado prático equivalente no próprio processo onde é feita a concessão da tutela. Apesar de haver algumas divergências, a doutrina entende que não é possível conceber que o § 5º do art. 461 estivesse apenas disciplinando a atividade do juiz em processo executivo subsequente. O que entende-se é que tal regra possibilita ao juiz a

adoção de medidas de apoio, inclusive *ex officio*, no próprio processo em curso. (TALAMINI, 2001: 264)

Ademais, a enumeração de medidas feita no § 5º do art. 461 não limita o juiz a estas, pois o uso dos termos “tais como” precedendo-as demonstra claramente a intenção de citá-las como forma de exemplo.

Em se tratando das obrigações de emitir vontade, a aplicação dos preceitos coercitivos do artigo 461 cabem apenas para a obtenção de providências acessórias que se destinem a assegurar o resultado do provimento do principal do postulado. Nesse sentido, SANTOS (1995) entende que, na efetivação da norma do artigo 639 do CPC, o juiz passou a poder usar de meios que facilitem o cumprimento do preceito, como pesquisas cartoriais, perícia para exata localização do imóvel, confrontação de títulos, etc. Para a facilitação da tutela específica ou realização de resultado prático correspondente ao adimplemento, as medidas constritivas são meramente exemplificativas, podendo outras ser empregadas, quando necessárias e adequadas.

Por outro lado, não estando limitado pelas medidas que porventura o autor pleiteie, mas não se tratando de poder ilimitado, o juiz deve proceder a eleição de medidas coercitivas atípicas em observância aos princípios da proporcionalidade e de razoabilidade. Desde logo, fica vedada toda e qualquer medida vedada pelo ordenamento (como a prisão civil).

THEODORO JÚNIOR (1996) comenta que os novos poderes conferidos ao juiz pelo artigo 461 do CPC deverão manifestar-se em face de qualquer obrigação de fazer ou não-fazer, mas seu campo de atuação prática mais intenso será, sem dúvida, o do compromisso de compra e venda e demais contratos preliminares tão difundidos no comércio jurídico atual, tanto em torno de bens imóveis como de bens e valores mobiliários de todo tipo.

Uma das consequências imediatas da postura inovadora da lei será a definitiva superação da antiga jurisprudência que supervalorizava a perfeição formal dos compromissos, não admitindo a adjudicação compulsória quando o pré-contrato não estivesse previamente inscrito no Registro de Imóveis ou quando não contivesse todos os dados necessários ao atendimento das exigências de acesso àquele registro público. Agora, o juiz está armado de poderes processuais para, antes da sentença, apurar e completar tudo o que for necessário à expedição de um título judicial que seja perfeito para cumprir o anseio de efetividade da tutela jurisdicional, num terreno de enorme repercussão social, como é o dos compromissos de compra e venda, mormente em relação às camadas mais humildes da população.

E continua dizendo que, dados faltosos no contrato, como os pertinentes ao registro anterior, confrontações, área e demais características do prédio negociado poderão ser objeto de ampla pesquisa durante a instrução da causa e o juiz deve empenhar-se para tudo esclarecer e suprir, de tal modo a proferir uma sentença de adjudicação compulsória que contenha a declaração sobre tudo aquilo que seja útil e necessário ao acesso ao registro de imóveis.

Pode-se concluir que, em face do atual texto do artigo 461 do CPC, ao autor de uma ação de cumprimento de compromisso de compra e venda quitado é lícito, por exemplo: I) cumular, na inicial, pedido de adjudicação compulsória com pedido de imissão de posse ou de busca e apreensão e II) pleitear, desde logo, liminar que lhe assegure a posse provisória do bem compromissado.

6 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA INIBITÓRIA

6.1 CONCEITO

MARINONI (1998) ensina que, na Itália, a tutela de prevenção do ilícito é chamada de tutela inibitória. A tutela inibitória, em princípio, teria por fim permitir a cessação de uma conduta ilícita. A sua finalidade seria a de impedir a continuação, ou mesmo a repetição de uma atividade ilícita.

Segundo RAPISARDA (1987), a técnica da tutela inibitória está voltada para o futuro e não para o passado. A tutela inibitória demonstra o superamento do princípio de derivação romana, pelo qual o ressarcimento do dano é a verdadeira forma de tutela contra o ilícito, independentemente da natureza específica do próprio ilícito e da situação jurídica violada.

Porém os autores mais modernos, como TARUFFO (1988), também admitem a utilização da tutela inibitória antes da prática do ilícito. Esse, na realidade, é o real problema da tutela inibitória. Para FRIGNANI (1972), o que é fundamental, em tema de inibitória, é o perigo da continuação, da repetição, ou mesmo da prática do ilícito. Se o ilícito já foi praticado, da sua modalidade, da sua natureza, se poderá inferir, com notável aproximação, a probabilidade da sua continuação ou repetição no futuro.

6.2 PRESSUPOSTOS

Para MARINONI (2001), a tutela inibitória, por sua própria natureza de tutela de prevenção, não requer a presença do dano entre os seus pressupostos. O pressuposto da inibitória é a mera existência de uma situação objetiva em contraste com os direitos de alguém; exclui-se, assim, que o ilícito deva necessariamente compreender um dano, ressarcível ou qualquer outro dano de qualquer forma ressarcível.

A tutela inibitória não exige o elemento culpa. Afirma-se que, em razão de ser a inibitória voltada para o futuro, resta excluída a possibilidade objetiva de se avaliar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro, sobre o qual incide o provimento inibitório.

Na maioria das vezes, a tutela inibitória supõe que um comportamento ilícito poderá prosseguir ou se repetir; nesse caso a tutela terá por fim inibir a continuação ou a repetição de uma atividade ilícita. A tutela não perde a sua natureza preventiva por supor um ilícito já ocorrido, pois a sua finalidade é a de prevenir uma atividade ilícita futura. Por outro lado, a melhor doutrina italiana admite o emprego da tutela inibitória antes da prática do ilícito.

O que é fundamental, em tema de inibitória, é o perigo da continuação, da repetição, ou mesmo da prática do ilícito. Se o ilícito já foi praticado, da sua modalidade, da sua natureza, se poderá inferir, com notável aproximação, a probabilidade da sua continuação ou repetição no futuro.

6.3 TIPICIDADE OU ATIPICIDADE

O ordenamento italiano admite a tutela inibitória apenas para determinadas situações de direito substancial. Porém, segundo MARINONI (1998), a necessidade da tutela inibitória para a adequada tutela dos direitos não patrimoniais levou parte da doutrina italiana a aceitar a natureza atípica da inibitória.

A inibitória provisória e a inibitória final são simples aspectos de um único fenômeno, já que a inibitória provisória teria as mesmas características da inibitória final e seria indissoluvelmente ligada à última. O fim da inibitória provisória não é outro senão o de antecipar, para uma tutela mais imediata possível, os efeitos da decisão final de mérito, ou mesmo o de eliminar imediatamente uma atividade lesiva a um direito.

Em outros termos, parte-se da premissa de que o fundamento da tutela cautelar contém em si a base da atipicidade da tutela inibitória. Autorizando uma tutela inibitória provisória atípica, conclui-se que se o Código de Processo Civil autoriza uma tutela inibitória provisória atípica, obviamente também legitima a tutela inibitória final atípica.

Ora, se determinados direitos, por suas peculiaridades próprias, somente podem ser tutelados através da tutela inibitória, não há como se negar a extensão deste tipo de tutela às hipóteses dela carentes. Negar a tutela inibitória para os direitos que não podem ser

adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória é negar atuação concreta à norma constitucional.

A necessidade da tutela antecipatória para a efetividade da tutela inibitória. A tutela inibitória, para ser efetiva, necessita da tutela antecipatória. A tutela antecipatória, na hipótese de tutela inibitória, constitui uma tutela inibitória fundada em cognição sumária, mas que pode, obviamente, ser atuada desde logo.

A tutela antecipatória, como é sabido, pode ser concedida na medida da sua necessidade. Em outros termos, a tutela antecipatória pode ser concedida antes da ouvida do réu, depois da sua ouvida, e também depois de encerrada a fase instrutória. Trata-se, esta última, da tutela antecipatória final.

Alguém poderá supor que não é possível ao juiz conceder a tutela antecipatória após encerrada a fase instrutória, já que a partir daí restaria apenas a necessidade da sentença. Porém, como já demonstramos, a sentença do juiz brasileiro somente é passível de execução imediata em pouquíssimos casos.

Para MARINONI (2001), a tutela antecipatória final, tal como por nós concebida, é a única alternativa para a efetividade da tutela jurisdicional preventiva. Aliás, para que se compreenda a necessidade da tutela antecipatória final, basta imaginar a contradição que existiria em se admitir a tutela antecipatória (após a ouvida do réu) quando o procedimento ainda deve seguir para a fase instrutória, e não admitir a tutela antecipatória quando a instrução não é necessária e o caso é de julgamento antecipado da lide.

A tutela antecipatória final, embora possa ser concedida no momento em que é proferida a sentença, tecnicamente constitui uma decisão interlocutória, que deve ser proferida antes da sentença. Ou seja, em uma peça única o juiz poderá proferir a decisão interlocutória (concedendo a tutela antecipatória) e a sentença propriamente dita. É importante deixar claro que a tutela antecipatória final é concedida mediante decisão interlocutória, porque o recurso de agravo, que agora deve ser endereçado ao tribunal, tem por fim justamente evitar que as decisões gerem danos irreparáveis. O recurso de apelação, como é óbvio, é completamente inadequado para atacar a tutela antecipatória.

Se a tutela antecipatória final pode corrigir o defeito da restrição da execução provisória, não é só neste ponto que a tutela antecipatória é vital para a efetividade da tutela inibitória.

A tutela inibitória, justamente porque visa eliminar a possibilidade do ilícito, deve ser atuada em momento que seja propício, vale dizer, antes da ocorrência do ilícito, e, portanto, muitas vezes com base na probabilidade do perigo de ilícito. Em outras palavras, se a

tutela inibitória final objetiva declarar o perigo de ilícito, a tutela inibitória provisória contenta-se com a simples probabilidade de perigo de ilícito.

6.4 ALTERAÇÕES NO ARTIGO 461 DO CPC BRASILEIRO

De acordo com a nova redação do artigo 461 do Código de Processo Civil Brasileiro: "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".

O mesmo artigo afirma que o juiz poderá 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. Dispõe o artigo 461 do CPC, ainda, que: "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".

MARINONI (1998) doutrina que a tutela inibitória constitui uma tutela específica. O artigo 461 do CPC permite que o juiz, ao conceder a tutela específica (final ou antecipatória), imponha multa diária ao réu, independente de pedido do autor. O artigo 461, portanto, é a base, no Código de Processo Civil, da tutela inibitória, pois não só permite ao juiz dar ordens, como também admite que o juiz, de ofício, imponha multa diária visando ao adimplemento.

Não há dúvida, continua MARINONI (2001) que o Código de Processo Civil é apto a permitir a adequada tutela dos direitos não patrimoniais. O artigo 461 do CPC, como a sua própria redação demonstra, está muito longe da técnica da substituição pelo equivalente monetário, encontrando-se intimamente envolvido com o espírito das técnicas que permitem a tutela específica. O artigo 461 do CPC, em outras palavras, constitui luz nova em meio do velho Código fundado no binômio sentença de condenação-execução forçada.

7 CONCLUSÃO

Resumindo o essencial da matéria, pode-se dizer que a obrigação de fazer, sendo a prestação fungível, pode ser executada por terceiro à custa do devedor, (artigo 634 e parágrafos do CPC), sendo que esse procedimento também se encontra previsto na Lei n. 9.099, de 26.09.1995, em seu artigo 52, inciso VI.

A obrigação de fazer não admite execução direta por meio de violência física contra o devedor e, sendo *intuitu personae*, não pode ser executada por terceiro contra a vontade do credor (mudança da prestação). Sendo a prestação infungível ou *intuitu personae*, assim como a obrigação de abstenção ou tolerância, podem ser exigidas por meio de preceito cominatório - astreintes (artigos 287, 461, 644 e 645 do CPC).

Recusando-se o devedor a cumprir obrigação de fazer, o credor pode optar pela conversão em perdas e danos (artigo 633 do CPC). Entretanto, o artigo 461 do CPC objetiva permitir ao autor obter a tutela específica ou o resultado equivalente ao do adimplemento. É por isso que o artigo afirma que 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.

As obrigações de não fazer podem comportar, conforme o seu objeto, o desfazimento do ato praticado ou da obra realizada, ou a aplicação de preceito cominatório astreintes, ou ainda a conversão em perdas e danos (artigos 461, 642 e 643 do CPC).

O parágrafo 3º do artigo 461 do CPC estabelece a possibilidade de ser antecipada a tutela específica quando for relevante o fundamento da demanda (*fumus boni juris*) e houver justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). Exista prova documental suficiente acompanhando a inicial ou promova o autor justificação prévia, citado o réu (parágrafo 3º). Vale lembrar que a tutela antecipatória será sempre provisória e admitirá revogação ou modificação, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

O novo regramento legal do artigo 461 do CPC, inaugurado com a Lei n. 8.952, também previu expressamente a modalidade de multa ao eventual inadimplemento da obrigação. Em essência, dois diferentes parágrafos do artigo 461 dispõem sobre a referida multa, ditando o primeiro (artigo 461, parágrafo 2º) a regra concernente a cumulação da multa com possíveis perdas e danos e o segundo (artigo 461, parágrafo 4º) autorizando o julgador a impô-la, inclusive *ex officio*.

Abre-se oportunidade para o provimento mandamental, único capaz de permitir a tutela específica em determinadas situações concretas. A multa diária, prevista no parágrafo 4º do artigo 461 constitui-se em poderoso meio coercitivo. A multa poderá ser aplicada independente de pedido do autor e em montante suficiente para pressionar o réu ao adimplemento.

As novas providências de reforço da exeqüibilidade da sentença relativa às obrigações de fazer visam a garantir a execução específica da prestação devida independentemente da vontade do obrigado. Podem as medidas ser impostas na sentença final ou em caráter liminar, conforme as circunstâncias da causa (parágrafo 5º do artigo 461 do CPC).

Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, além da multa, determinar as medidas necessárias - de ofício ou a requerimento, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial (artigo 461, parágrafo 5º, CPC).

Os mecanismos executivos introduzidos no artigo 461 do CPC para viabilizar ou assegurar a obtenção compulsória das obrigações de fazer não se aplicam à tutela específica das obrigações ditas juridicamente infungíveis, que são as de contratar e prestar declaração de vontade, cuja disciplina é aquela dos artigos 639 e 641, não modificadas na reforma do CPC.

Isto porque o sistema da execução específica das obrigações de contratar e prestar declaração de vontade não é o da coação à prática do ato volitivo, mas sim de sua substituição pelo provimento jurisdicional. Admitir-se a indução do devedor a emitir a manifestação de vontade pelos instrumentos coercitivos do artigo 461 do CPC seria negar toda a construção que viabilizou o suprimento judicial daquela manifestação.

As liminares, sejam relativas ao poder geral de cautela, sejam provenientes do poder de antecipação de tutela, apresentam-se, no atual estágio do Direito Processual Civil, como "corolário do direito à adequada tutela jurisdicional", que a Constituição assegura como um dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXV). Sem elas, a prestação jurisdicional não pode ser vista como "efetiva" e "adequada", e a situação concreta, cuja conjuntura reclamava

medida de urgência não atendida pelo órgão judicial, poderá redundar em "forma de denegação de justiça"

No artigo 461 do CPC estão consagrados mecanismos processuais que visam a dar ao credor de obrigação de fazer e de não fazer tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, ou seja, há nele explícita valorização do direito à tutela específica.

O dispositivo atribui ao juiz uma espécie de poder executório genérico, que lhe faculta adotar, além das medidas ali nominadas, qualquer outra que seja adequada a prestar tutela específica ou, se for o caso, a alcançar providência substitutiva de resultado prático equivalente.

Restou igualmente consagrado, no parágrafo 3º, instrumento para propiciar tutela efetiva, isto é, tutela prestada em momento próprio a preservar sua utilidade, inclusive antecipadamente, desde que sejam relevantes os fundamentos do pedido e haja fundado receio de ineficácia do provimento final.

Suprem-se, deste modo, as deficiências do sistema original do Código, cujos mecanismos eram limitados e ineficazes, de modo especial em se tratando do cumprimento das obrigações negativas, para as quais não havia meio próprio a assegurar a prestação específica.

A hipótese de antecipação da tutela delineada no parágrafo 3º do artigo 461 do CPC tem identidade com a do inciso I, do artigo 273 do CPC; porém é também cabível, por imposição do sistema, a antecipação da tutela de obrigação de fazer ou não fazer em caso de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu (inciso II, do artigo 273 do CPC).

A medida antecipatória pode ser deferida não apenas liminarmente, ou após justificação prévia, mas a qualquer momento no curso do processo, inclusive na fase de execução da sentença e na pendência de embargos suspensivos, desde que presentes os respectivos pressupostos.

Aplicam-se à antecipação da tutela de obrigação de fazer e não fazer, subsidiariamente ao artigo 461 do CPC, as normas que regulam a medida antecipatória do procedimento comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Thereza. **A tutela específica do artigo 461 do Código de Processo Civil**. Revista de Processo, n. 80, ano 20, out.-dez./1995, p. 103-110.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Código de Processo Civil reformado**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COSTA, Dilvanir José da. **A execução das obrigações de dar, fazer e não fazer no direito brasileiro e no direito comparado**. Revista de Informação Legislativa, n. 134 abr.-jun./1997, p. 201-212.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação de Tutela no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Dialética, 1998.
- FRIEDE, Reis. **Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- FRIGNANI, Aldo. **L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, p. 592, 1972.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer**. Revista de Processo, v. 79, 1995.
- LARA, Betina Rizzato. **Liminares no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo et alii. **Da defesa do consumidor em Juízo - artigos 81 a 100**. In Toshio Mukai. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica: arts. 461 do CPC e 84 do CDC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MONTEIRO, Washington Barros de. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Alcance e natureza da tutela antecipatória**. In Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Novíssimos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SARTORI, Giovanni. **A política**. Brasília: UNB, 1981.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: Execução obrigacional, execução real e ações mandamentais**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária**. Coimbra: Almedina, 1987.

- TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- TARUFFO, Michele. **L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1988.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Execução. Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional.** Revista de Direito Processual Civil, n. 08, abr.-jun./1998.
- TOMMASEO, Ferruccio. **Appunti di diritto processuale civile,** Torino: Giappichelli, 1995.
- VILAS, Willard de Castro. **Ação Cautelar Inominada.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461 do CPC.** In Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1996.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional nas obrigações de declaração de vontade.** São Paulo: Malheiros, 1993.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 1997.