



Pós-Graduação em Direito Processual Civil

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Setor de Ciências Jurídicas,

Departamento de Direito Civil e Processual Civil

Carla Karen Assakura

**CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS E A TUTELA ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO
DE FAZER E NÃO FAZER**

**TOLEDO
2002**

CARKA KAREN ASSAKURA

**CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS E A TUTELA ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO
DE FAZER E NÃO FAZER**

Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Setor de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito Civil e Processual Civil, Universidade Federal do Paraná, Escola Superior de Advocacia, Subseção da OAB/PR – Toledo/PR, Instituto dos Advogados do Paraná.

**TOLEDO
2002**

SUMÁRIO

RESUMO.....	IV
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS.....	2
3. CLASSIFICAÇÃO QUINÁRIA.....	4
3.1 SENTENÇA EXECUTIVA LATO SENSU	4
3.1.1 AÇÃO REINDICATÓRIA:	5
3.1.2 AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE.....	6
3.1.3 AÇÃO DE DEPÓSITO.....	7
3.2 SENTENÇA MANDAMENTAL	7
3.2.1 MANDADO DE SEGURANÇA	8
3.2.2 AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE E INTERDITO PROIBITÓRIO	10
3.3 DIFERENÇAS ENTRE A SENTENÇA EXECUTIVA <i>LATO SENSU</i> E A SENTENÇA MANDAMENTAL.....	10
4. CARGA DE EFICÁCIAS DAS SENTENÇAS.....	12
5. TUTELA DOS NOVOS DIREITOS.....	15
6. INSUFICIÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS	19
7. INOVAÇÕES DOS ARTIGOS 461 DO CPC E 84 DO CDC	22
8. ESPÉCIES DE TUTELA.....	25
8.1 TUTELA RESSARCITÓRIA	25
8.2 TUTELA INIBITÓRIA	25
8.3 TUTELA PREVENTIVA EXECUTIVA	27
8.4 TUTELA REINTEGRATÓRIA	28
9. TÉCNICAS PROCESSUAIS DESTINADAS À ATUAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA.....	29
9.1 A TÉCNICA MANDAMENTAL: O USO DA COERÇÃO INDIRETA	29
9.2 A TÉCNICA EXECUTIVA: O USO DA COERÇÃO DIRETA E DA SUB-ROGAÇÃO	32
10. CLASSIFICAÇÃO DA SENTENÇA DO ARTIGO 461 DO CPC E DO ARTIGO 84 DO CDC.....	35
11. HARMONIZAÇÃO DA REGRA DO ARTIGO 461 COM A REGRA DO ARTIGO 644 DO CPC.....	38
12. CONCLUSÃO.....	40
13. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

RESUMO

Ressalta a classificação trinária e quinária das sentenças enfatizando as eficácias mandamental e executiva *lato sensu* dos provimentos jurisdicionais. Analisa as inovações trazidas na legislação brasileira pelas leis 8.078/90 e 8.952/94 destacando a interpretação doutrinária especialmente no tocante às obrigações de fazer e não fazer frente à possibilidade de tutela específica dessas obrigações.

1. INTRODUÇÃO

Os anseios dos jurisdicionados por uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz têm compelido os estudiosos do direito processual civil brasileiro a buscar através da construção doutrinária e jurisprudencial e, especialmente através da reforma da legislação pátria, mecanismos que atendam a esse reclamo.

Nessa medida, o modelo processual fundado no princípio insculpido no artigo 583 do Código de Processo Civil (*nulla executio sine titulo*) e no procedimento comum, tornou-se inadequado à efetiva tutela dos direitos, em desconformidade com o princípio constitucional de acesso à justiça consagrado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República que procura assegurar uma tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos.

Em vista dos novos direitos emergentes e ainda levando-se em conta as técnicas processuais de tutela que asseguram a satisfação de tais direitos, há que se fazer um reestudo das eficácias das sentenças e sua classificação, dando especial enfoque à classificação quinária das sentenças elaborada por Pontes de Miranda, que explica as sentenças mandamental e executiva *lato sensu*.

Nessa perspectiva aborda-se especialmente a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer que, antes do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.952/94, estavam expostos em maior grau às vicissitudes do inadimplemento do obrigado.

Sendo este o objeto do presente trabalho, o assunto passa a ser abordado primeiro relembrando a classificação trinária das sentenças como tradicionalmente aceita, em seguida fazendo referência à classificação das sentenças elaborada por Pontes de Miranda e por derradeiro faz-se uma análise das formas de tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e sua normatização no atual quadro positivo do direito processual civil brasileiro.

2. CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS

O conteúdo e a eficácia da sentença são critérios utilizados para nortear a classificação das sentenças. Tradicionalmente, a doutrina brasileira classifica as ações e, por conseguinte, as sentenças em três categorias: declaratórias, constitutivas e condenatórias.

As principais características destas sentenças que julgam procedente a ação proposta pelo demandante podem ser sintetizadas da seguinte forma:

Na demanda de natureza declaratória busca-se a declaração da existência de uma relação jurídica (positiva) ou inexistência de determinada relação jurídica (negativa) ou ainda a declaração da autenticidade ou falsidade de certo documento. Elimina-se, através da sentença declaratória, a dúvida objetiva sobre determinada relação jurídica.

Na demanda de natureza constitutiva busca-se a criação, extinção ou modificação de uma relação jurídica. A sentença pode ser positiva quando cria uma situação ou relação jurídica, e negativa (ou desconstitutiva) quando extingue uma situação ou relação jurídica já existente. "A constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico" ¹

Na ação de natureza condenatória o autor pretende impor uma sanção, pretende criar uma obrigação ao réu, ela pressupõe uma relação obrigacional entre autor e réu. Note-se que as sentenças condenatórias não são auto-suficientes como as sentenças declaratórias e constitutivas, uma vez que exigem posterior execução forçada. Ela tem finalidade repressiva, visto que pressupõe a existência de violação do direito da parte. A execução da sentença condenatória decorre da recusa do réu condenado em cumprir voluntariamente a condenação, isto é, deve ficar caracterizado o inadimplemento do réu para que o autor esteja legitimado a promover uma ação de execução do título judicial.

Esta tríplice divisão das sentenças em Declaratórias, Constitutivas e Condenatórias foi herdada dos ordenamentos da Europa continental, notadamente da escola sistemática italiana e estava baseada na separação entre o processo e o direito material.

¹ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das Ações*, 2ª. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 203.

Sob a influência do Estado liberal, esta classificação das sentenças fundava-se em princípios tais como a neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não coercibilidade do demandado a fazer ou deixar de fazer.

Essa tripartição das sentenças e ações era aceita pela doutrina brasileira de forma unânime até que Pontes de Miranda, em seu Tratado das Ações, questionando acerca da limitação desta classificação, lançou as bases da teoria quinária das ações.

3. CLASSIFICAÇÃO QUINÁRIA

Pontes de Miranda acrescentou à classificação tradicional duas espécies de sentenças, quais sejam, as sentenças mandamentais e as sentenças executivas *lato sensu*.

É da essência de tais provimentos jurisdicionais a emissão de uma ordem para que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa. Essa ordem como resultado da atividade jurisdicional tem origem na estatalidade da função jurisdicional e não se confunde com a atividade privada do demandado.

Oportuno, pois, salientar as características de cada uma dessas classes de sentença.

3.1 SENTENÇA EXECUTIVA LATO SENSU

A ação executiva *lato sensu* representa a possibilidade do juízo reconhecer desde logo, e independentemente de qualquer outra providência por parte do autor, a procedência da demanda e a entrega do bem da vida perseguido pelo demandante, provocando alterações na esfera jurídica do demandado, decorrentes da sentença de procedência da ação, independentemente de outras iniciativas da parte. Isto é possível em função da capacidade executória que está embutida na sentença executiva *lato sensu*.

A ação executiva *lato sensu*, no entanto, não se confunde com a ação de execução, porquanto a primeira contém em si uma fase de conhecimento e uma parcela de execução, na mesma relação processual, como ocorre, por exemplo, na ação de despejo.

Note que, assim como nas ações mandamentais, nas ações executivas *lato sensu* existe uma mistura de atividade cognitiva e atividade de execução. Ou seja, há atividade jurisdicional mesmo depois de prolatada a sentença de mérito que decidiu a causa. Daí a dificuldade em incluir as sentenças mandamentais e executiva *lato sensu* no processo de conhecimento como fez Pontes de Miranda, ou no processo de execução como preferiu Ovídio Araújo Baptista da Silva, dado que o

processo de conhecimento não conhece qualquer atividade jurisdicional após a sentença.

Ao contrário das ações fundadas no direito pessoal, em que há a necessidade de condenação para que o autor possa ser ressarcido através dos bens de propriedade do réu, existem outras ações, fundadas em direitos reais, cuja peculiaridade do direito material que subjaz faz com que prescindam de condenação.

Nessas ações reais o objetivo é a perseguição do bem, o que se visa, não é obrigar o réu a cumprir determinada obrigação, mas sim obter determinada coisa. O demandado não tem de prestar nada, mas sim se submeter à ordem judicial contida na sentença que diz respeito ao bem e não a uma atitude (obrigação) do demandado.

Nas sentenças proferidas em ações reais, a eficácia preponderante é a executiva *lato sensu*. O demandante pretende obter a coisa através de uma ordem.

No sistema processual brasileiro pode-se citar algumas ações classificadas como executivas *lato sensu*. Veja os seguintes exemplos:

3.1.1 Ação Reivindicatória:

A sentença condenatória mostra-se insuficiente para realizar a sanção na mesma relação processual do processo de conhecimento. Ela é suficiente apenas para formar um título executivo judicial que irá desencadear o processo executório, oportunizando o demandado o cumprimento voluntário da condenação. Ou seja, a sentença condenatória prepara a execução forçada nas hipóteses em que o réu não cumpra voluntariamente o julgado.

Na ação reivindicatória não há obrigação a ser cumprida porque o que o demandante pretende é obter a coisa, ou seja, sua pretensão é fundada em direito real e o direito real não se confunde com o direito obrigacional.

Quando se trata de direitos reais, a pretensão do demandante caracteriza-se pela oponibilidade *erga omnes*. No momento em que um terceiro viole o direito real de domínio, o proprietário tem legítimo interesse e está legitimado a propor a ação reivindicatória para recuperar a *res*.

Assim, na decisão da ação reivindicatória o juiz deve inserir ordem para que se expeça mandado de imissão na posse da coisa litigiosa em face de sua natureza executiva *lato sensu*.

A eficácia executiva da sentença decorrente da ação reivindicatória não requer a propositura de nova demanda para que o proprietário seja imitado na posse da coisa reivindicanda, porque há atividade cognitiva e executória em uma única relação processual.

“O ato de execução que é praticado para a tutela da posse não implica a realização de uma prestação que era da incumbência do demandado. Isto porque, em se tratando de direito real, não há necessidade de prestação do demandado para a satisfação do direito. No caso de direito obrigacional, ao contrário, fica o direito condicionado a uma prestação do demandado e, no caso de inadimplemento, a uma tutela que possa realiza-la ou dar àquele que teve o seu direito violado o equivalente em pecúnia” [2]

3.1.2 Ação de Imissão de Posse

A ação de imissão de posse, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, tem natureza petítória e não possessória, por isso não se discute prova da posse, mas sim do domínio, impondo-se ao demandante, que busca obter a posse, o ônus de demonstrar o negócio jurídico que assegura seu direito à posse.

Perceba-se que quem tem legitimidade para propor ação de imissão de posse, tem direito à coisa, e não ao cumprimento de uma obrigação, assim, o autor deve se desincumbir de provar que tem direito à posse. Entretanto, se provar apenas que tem o direito de exigir do réu o cumprimento de uma obrigação de entrega, a ação a ser proposta não será a de imissão de posse, mas sim ação condenatória objetivando a entrega de coisa certa.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, 2ª. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

Portanto, a ação de imissão de posse constitui-se uma ação real e não uma ação pessoal fundada em direito obrigacional, daí decorrendo a natureza executiva *lato sensu* da sentença de procedência da ação.

Com o Código de Processo Civil de 1973, a ação de imissão de posse foi suprimida do rol das ações de procedimento especial, mesmo com a alteração inserta na nova lei adjetiva, ao contrário do entendimento de diversos processualistas, o titular do direito à posse não ficou obrigado a promover ação condenatória para ver reconhecido o seu direito, preservando a natureza executiva *lato sensu* da sentença que lhe é inerente.

Após o trânsito em julgado da sentença a execução faz-se imediatamente, imitando o autor na posse, via mandado.

3.1.3 Ação de Depósito

Através da ação de depósito o autor obtém a restituição da coisa depositada.

Trata-se de ação executiva *lato sensu* consoante previsão legal contida no artigo 904 do Código de Processo Civil, que expressamente prevê a expedição de mandado para o cumprimento do comando decorrente do julgado, qual seja, a entrega do objeto depositado.

O mandado expedido equivale ao mandado de busca e apreensão, que ordena o demandado a entregar o objeto litigioso. Oportuno salientar que a entrega do equivalente em dinheiro só ocorrerá na hipótese em que a coisa depositada não mais existir.

3.2 SENTENÇA MANDAMENTAL

Na ação mandamental busca-se uma ordem do juízo para que alguém ou um órgão faça ou deixe de fazer alguma coisa, ou seja, a sentença força o demandado a adimplir a ordem (*imperium*) emanada do juízo, sob pena de responsabilidade penal pelo crime de desobediência consoante previsão do artigo 330 do Código

Penal. Por essa razão é que se afirma que a sentença mandamental vai além da sentença condenatória.

“Na sentença mandamental, o ato do juiz é junto, *imediatamente*, às palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito imediato. Não é *mediato*, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é incluso, como o ato do juiz na sentença constitutiva”.^[3]

A sentença mandamental, ao contrário da sentença condenatória, não se limita a condenar o réu a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. O juiz não apenas condena, mas ordena, expedindo-se mandado para cumprimento da ordem.

Ou seja, para que exista uma ação mandamental a respectiva sentença de procedência deve conter um mandado, como sua eficácia preponderante, porquanto o objeto principal do pedido formulado pelo autor da demanda é a obtenção do mandado.

“Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o “mandado”.^[4]

3.2.1 Mandado de Segurança

A ação de mandado de segurança é uma ação mandamental dirigida contra autoridade pública através da qual busca-se cessar o ato impugnado (ilegal ou abusivo) que fere, ou ameaça ferir, direito líquido e certo do impetrante.

A sentença proferida em mandado de segurança ordena a imediata cessação do ato impugnado sob pena de responsabilidade criminal.

Nesta esteira de raciocínio, não se pode inserir a sentença do mandado de segurança dentre as sentenças declaratórias, constitutivas ou condenatórias como quer a doutrina dominante. Para estes doutrinadores a determinação para que se

³ PONTES DE MIRANDA, F. C.. *Tratado das Ações*, 2^a ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 211.

⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C.. *Tratado das Ações*, 2^a ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 211.

expeça mandado decorrente da sentença de procedência da ação de mandado de segurança seria apenas efeito do ato sentencial, resultante da eficácia da sentença, mas sem integrar o conteúdo desta mesma sentença.

Em sentido contrário Ovídio Araújo Batista da Silva defende que “as sentenças devem ser classificadas segundo a natureza do pedido, tendo em vista, porém, a eficácia preponderante da respectiva ação (de direito material)” E como na ação de mandado de segurança o autor busca a expedição do mandado contendo a ordem para a realização da ação de direito material, a respectiva sentença de procedência deve ser incluída dentre as sentenças mandamentais.

Com efeito, a sentença mandamental diferencia-se da sentença condenatória porquanto esta última nunca contém uma ordem, ela apenas constitui o título executivo, por isso mesmo é que está relacionada à execução forçada.

A sentença condenatória apenas torna concreta sanção já existente em lei e na hipótese do réu deixar de cumprir o preceito contido na sentença, sujeita-se a uma nova ação.

Já a sentença mandamental traz em si uma ordem que deve ser cumprida pelo demandado sem que para tanto haja necessidade de o demandante propor uma nova ação autônoma de execução.

Independentemente de futura demanda, a sentença mandamental transforma o mundo dos fatos e nisto reside a principal diferença entre a sentença mandamental e a sentença condenatória. Esta última só opera no mundo jurídico, não realizam mudanças no mundo exterior sem que exista necessariamente uma demanda futura.

“Certamente o cumprimento do mandado e o próprio mandado existem fora da sentença. Todavia, a eficácia de onde promanam esses mandados é elemento integrante, e ineliminável, do conteúdo das respectivas sentenças. É certo que o mandado, assim como seu cumprimento, são conseqüências, e, como tais, um *posterius*, relativamente às outras eficácias – declaratória ou constitutiva – que compõe igualmente o conteúdo das sentenças proferidas em mandado de segurança. Porém- são um *posterius* possível no mandado de segurança e impossível numa ação de cobrança, ou de indenização, assim como na ação que

condene o obrigado ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, como em qualquer outra sentença condenatória que se imagine.” [5]

A ordem é inerente à ação mandamental e não pode ser suprimida sem transformar a demanda. O mandado, na ação de mandado de segurança, existe graças à eficácia mandamental da sentença de procedência que produz uma ordem e em consequência possibilita o fenômeno da chamada execução imprópria.

Daí porque a petição inicial deve pedir não apenas a declaração de ilegalidade do ato inquinado de nulo ou a desconstituição do ato, mas também deve pedir que seja expedido mandado para que se ordene, por exemplo, que se anule o ato. É o mandado, portanto, que caracteriza a sentença mandamental.

3.2.2 Ação de Manutenção de Posse e Interdito Proibitório

A ação de manutenção de posse, assim como a ação de interdito proibitório geram sentenças mandamentais, através das quais a parte pretende que o juiz mande que se pratique determinado ato.

Não se propõe ação de execução para compelir o ofensor da posse ao cumprimento da obrigação de fazer infungível decorrente da sentença de procedência destas ações, isto porque a sentença favorável proferida em ação de manutenção de posse ou em interdito proibitório é de natureza mandamental e, portanto, se materializa com a simples expedição e cumprimento do respectivo mandado proibitório proibindo o réu da turbação ou da ameaça de turbação ou esbulho.

Se assim não fosse a proteção à posse correria o risco de transformar-se em reparação pecuniária desvirtuando a tutela jurisdicional da posse em notório prejuízo ao caráter instrumental do direito processual.

3.3 DIFERENÇAS ENTRE A SENTENÇA EXECUTIVA LATO SENSU E A SENTENÇA MANDAMENTAL

⁵ SILVA, O. A. Baptista da . *Curso de Processo Civil*, 4ª. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 410.

Estabelecidas as principais características da sentença executiva *lato sensu* e da sentença mandamental destaca-se agora a distinção entre uma e outra.

Nas sentenças executivas, a execução é ato da parte, que o juiz realiza em substituição à parte que deveria tê-lo realizado, utilizando-se de meios subrogatórios do Estado; já na sentença mandamental, o juiz ordena, como representante do Estado, mas não se substitui à parte, não pode realizar por si ou através de seus auxiliares o direito material correspondente ao direito reconhecido na sentença de procedência.

"Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que deveria ser feito pelo juiz *como juiz*, sim o ato que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados, - no correr do processo; mas a solução final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, forçando"⁶]

⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, Editora Forense, p130.

4. CARGA DE EFICÁCIAS DAS SENTENÇAS

Identificadas as cinco eficácias que a sentença pode assumir, importa saber qual o critério utilizado na classificação quinária para enquadrar uma sentença como sendo declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*.

Segundo Pontes de Miranda, não existe ação ou sentença em estado puro, ou seja, não existe ação ou sentença com uma única eficácia. Toda ação e toda sentença são compostas por múltiplas eficácias.

Assim é que a classificação se dá pela carga eficaz preponderante da sentença, de acordo com a pretensão primeira do demandante.

Para ele as ações visam à obtenção de um provimento jurisdicional que tem cargas múltiplas de eficácia, através da tabela abaixo transcrita procurou identificar os pesos de eficácia de cada ação, segundo o efeito desejado fosse de maior ou menor intensidade. A eficácia com maior peso irá determinar a classificação da sentença, como demonstra a tabela elaborada por Pontes de Miranda:

Ações Típicas das Cinco Classes	EFICÁCIA				
	Declarativa	Constitutiva	Condenatória	Mandamental	Executiva
Ação declarativa (e. g., art. 4º)	5	3	2	4	1
Ação constitutiva (e. g., interdição)	4	5	1	3	2
Ação condenatória (e. g., cobrança de dívida)	4	2	5	1	3
Ação mandamental (e. g., retificação de registro, arresto)	1	3	2	5	1
Ação executiva (e. g., actio iudicati)	3	2	1	4	5

A Teoria da Constante 15 formulada por Pontes de Miranda, atribui cargas eficaciais às ações, às quais são atribuídos pesos de 1 a 5. À eficácia preponderante

atribui-se peso 5 e às demais eficácias são atribuídos pesos de 4 a 1 de modo que a soma dos pesos resulte sempre em 15.

Nas palavras do autor: "Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva" (p. 124 – 125)

Significa dizer que "A ação somente é mandamental porque preponderantemente o é. Não há ação mandamental pura. A sentença, que ela pede, é sentença que mais mande do que declare, do que constitua, do que condene, do que execute. A declaratividade aparece, de ordinário, como eficácia imediata. Mas às vezes cede lugar a outra eficácia."^{7]}

Portanto, no que respeita à ação declaratória e respectiva sentença, "preponderantemente declara", mas... "contém mandamento como eficácia imediata e mediata".^{8]}

A ação constitutiva e sentença correspondente, preponderantemente constitui, mas "provavelmente declara em peso mediato ou com peso imediato manda, de modo que, quando a eficácia de quatro unidades não é declarativa, é mandamental, sendo mediata a outra". 125

Na ação e sentença condenatórias, afirma que "... a sentença que condena, também declara, com peso de eficácia imediata ou mediata. Se a eficácia declarativa é imediata, tem-se de investigar qual a eficácia que vem depois: quase executiva". 126

Em relação à ação e sentença mandamentais, diz que se "... a sentença preponderantemente manda, provavelmente a declaratividade é 4 e a constitutividade, 3. Às vezes, porém, a eficácia mediata passa a ser de condenatoriedade (caução em ação cominatória: ação de manutenção de posse; extinção de usufruto ou fideicomisso, sem ser por culpa do usufrutuário ou do fideicomissário); ou de executividade (ação de manutenção provisória da posse, se duas ou mais pessoas se dizem possuidoras)"

⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C.. *Tratado das Ações*, 2^a ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 125.

⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C.. *Tratado das Ações*, 2^a ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 124.

Na ação e sentença executivas, afirma que "se a sentença preponderantemente executa, provavelmente se segue à força da sentença a eficácia mandamental. Temos, pois, 5 de executividade e 4 de mandamento".

A classificação de Pontes de Miranda e sua explicação sobre as cargas de eficácias da sentença até hoje não são aceitas pela doutrina pátria dominante.

Mas, é certo que ao longo do tempo, a classificação trinária das sentenças mostrou-se insuficiente para abarcar as novas tendências do processo civil.

5. TUTELA DOS NOVOS DIREITOS

Os ideais consagradores do Estado Liberal outorgava poderes mínimos ao juiz, evidenciando um sistema jurídico voltado para a intangibilidade da esfera jurídica individual, não admitindo que se constrangesse o indivíduo a fazer o que não lhe aprouvesse, ou seja, prevalecia sempre a vontade humana.

Estava arraigado na sociedade da época o pensamento difundido por Rousseau, Locke e Montesquieu que exaltava a primazia da vontade popular representada pelo Poder Legislativo, disso resultando a idéia de que o magistrado não corporificava um verdadeiro poder. A eles era reservada apenas uma parcela mínima de autonomia, consistente na observação da norma emanada do Poder Legislativo. Aliado a este fator ideológico somava-se ainda o fato de que os juízes representavam um entrave na superação do regime absolutista monárquico.

Os ideais iluministas de liberdade e igualdade contribui para que se construísse um sistema processual em que era proibido ao juiz interferir na esfera jurídica do particular. Em consonância com os ideais da época, o direito processual civil optou pela incoercibilidade das obrigações, devendo o autor da demanda fazer uso da ação condenatória e da correspondente execução forçada.

O predomínio da vontade humana representava um entrave intransponível para o adequado cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, assim, ao titular do direito material restava a alternativa de obter um equivalente pecuniário como forma de compensar o inadimplemento da obrigação pelo devedor.

Hodiernamente, porém, graças aos postulados favoráveis à busca de uma tutela jurídica efetiva, tempestiva e justa, o princípio da intangibilidade da vontade humana já tem sido amenizado e não exerce tanta influência no processo civil.

Com o surgimento de novas relações jurídicas, próprias da sociedade de massa, restou clara a falência do tradicional binômio sentença condenatória e processo de execução forçada por sub-rogação. O direito à saúde, os direitos do consumidor, os direitos da personalidade, o direito ao meio ambiente saudável, incompatíveis com o ressarcimento em pecúnia, não deixam dúvidas no tocante à insuficiência da tutela ressarcitória para assegurar direitos não patrimoniais.

Graças ao reconhecimento e a positivação dessas novas categorias de direitos que requerem uma adequada proteção, surgiu e o desenvolveu-se técnicas

de tutela judicial diferenciadas, dirigidas prevalentemente à satisfação do direito material invocado, deixando em segundo plano a reparação pecuniária, de caráter meramente compensatório marcado pela intangibilidade absoluta da vontade do devedor e pela interferência mínima do Poder Judiciário nessa esfera. Começa-se pois a dar maior significado ao consagrado dizer de Chiovenda que afirmava que o "processo deve dar, no que é possível, praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito de obter".^[9]

Afinal, "Do que adianta", questiona Thereza Alvim, "para alguém que tem a saúde de sua família e a sua abalada por poluentes de indústria, que está vizinha de sua moradia, não pare esta de poluir o ambiente mas o indenize em pecúnia?"^[10]

Assim, as inovações operadas no processo civil brasileiro nos últimos tempos estão fazendo com que se supere (no mínimo se atenuem) os óbices impostos à configuração de uma tutela específica plena.

Está havendo uma significativa evolução da tutela jurídica informada pelo princípio da efetividade processual e vinculada ao direito material que se pretende tutelar.

Conforme lição de Cândido Rangel Dinamarco:

"Hoje considera-se integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou na sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo que permita a realização de atividades por outrem e produção, mediante elas, da "situação jurídica final" a que o cumprimento da obrigação de fazer ou de não-fazer deveria ter conduzido."^[11]

Tais fatores aliados ao princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito orientador do Estado Democrático de Direito e insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, apontam para a concepção do processo como verdadeiro instrumento dirigido a dar uma resposta rápida e efetiva ao titular do direito violado ou ameaçado de ser violado. E nesse sentido, não se faz ressalvas, o direito a uma tutela jurídica

⁹ *apud* ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 20.

¹⁰ ALVIM, Thereza. *A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil*. *Revista de Processo* nº 80, p. 106.

¹¹ *In A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 152.

efetiva e tempestiva engloba qualquer espécie de violação ou ameaça de violação de direito.

A tutela específica, que visa proporcionar ao titular do direito a situação jurídica correspondente ao cumprimento espontâneo da obrigação pelo réu, encontra-se necessariamente associada à garantia de acesso à justiça, já que esta não se restringe à igualdade de acesso ao sistema através do qual as pessoas podem reivindicar seus direitos, abarcando, da mesma forma, a produção de resultados que sejam individual e socialmente justos.^[12]

Ora, o processo, é instrumento para a realização de direitos através da obtenção da prestação jurisdicional correspondente, ele atinge sua finalidade e obtém êxito integral em seu mister apenas quando puder gerar resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Em sendo assim, o devido processo legal deve ser concebido de acordo com a realidade social em que opera, "Imaginar que apenas as formas são suficientes para garantir um verdadeiro "processo justo", ou pensar que as garantias nada retiram de alguém, é desprezar o lado oculto do processo, o lado que não pode ser visto pelos que olham apenas o plano normativo." ^[13]

"Daí dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação in natura. E quando isso é obtido, ou seja, quando se propicia, judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo que pretendia, há prestação de tutela jurisdicional específica" ^[14]

Como afirma Flávio Luiz Yarshell: "o próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a idéia da efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento" ^[15]

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, tradução de Ellen Gracie Northfleet, p. 8.

¹³ MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Novas linhas do Processo Civil*, 4ª. edição, São Paulo, Malheiros, 2000 pág. 29.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de Não Fazer*, in Revista Jurídica, nº 237, jul 1997, p.20.

¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 59.

Assim sendo, e considerando-se que é proibida a autotutela, o processo ideal é aquele que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação *in natura*.

6. INSUFICIÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS

No tocante à obrigação de fazer fungível, na qual a prestação consiste em uma atividade pessoal do devedor ou de terceiro, a prestação específica pelo credor às expensas do devedor foi regulada pelo artigo 637 inserido no Livro II, Título II, Capítulo III do Código de Processo Civil, enquanto que a hipótese da obrigação ser prestada por terceiro foi regulada pelo artigo 634 do mesmo diploma legal.

Em se tratando de obrigação infungível de concluir um contrato ou de prestar declaração de vontade, o Código de Processo prevê a substituição da ação do devedor inadimplente pela ação do Estado através do Poder Judiciário, de forma a proporcionar ao titular do direito a fruição de uma situação equivalente ao cumprimento espontâneo da obrigação (artigos 639 e 641).

Antes da Lei nº 8.953, de 13.12.1994, que deu nova redação ao artigo 644 do Código de Processo Civil, poderia ser aplicada pena pecuniária por dia de atraso para o caso de descumprimento da sentença. Mas isso só ocorria mediante pedido constante da petição inicial da ação de conhecimento e destinava-se apenas para o caso de descumprimento da sentença.

Afora essas medidas, não havia no ordenamento processual nenhum outro mecanismo que inibisse a lesão ao direito do credor. Permaneciam ao desabrigo de qualquer forma eficaz de proteção do direito à prestação específica um grande número de obrigações de fazer e, de um modo geral, de não fazer. A única alternativa era buscar-se a tutela mediante sentença condenatória prolatada em processo de conhecimento, muitas vezes já inútil a coibir a anterior consumação da ofensa.

Por isso é que não raro, o procedimento ordinário tradicional, não se mostrava suficiente para tutelar adequadamente certos direitos materiais, comprometendo o princípio da efetividade processual e o próprio acesso à justiça. Destarte, “os novos direitos, especialmente os direitos que podem ser definidos como difusos e coletivos, freqüentemente não podem ser tutelados através das sentenças declaratória ou condenatória. Tratando-se de direitos difusos e coletivos, é imprescindível uma sentença que seja capaz de impedir a prática do ilícito, ou mesmo a sua repetição ou continuação. No caso de venda de produtos nocivos à saúde do consumidor, por exemplo, em que vários ilícitos podem ser praticados de forma reiterada, é

absolutamente necessária uma sentença que possa ordenar ao réu, sob pena de multa, não mais praticar atos contrários ao direito”[¹⁶]

O procedimento que resulta na prolação de uma sentença condenatória, exige que os atos materiais destinados ao cumprimento da obrigação ocorram em outro processo, postergando a produção do resultado prático objetivado pela parte.

Disso decorre a insuficiência da classificação trinária dos provimentos jurisdicionais em relação a certas espécies de direitos, notadamente dos direitos de caráter não-patrimonial.

Veja que a sentença declaratória, não se correlaciona com qualquer meio de execução. Portanto, não se presta a impedir alguém de praticar uma conduta ilícita.

A sentença condenatória, por sua vez, reclama a utilização de técnicas substitutivas da vontade do devedor para que seja executada, não se prestando para a tutela de determinadas modalidades de direitos, quais sejam, aqueles que dependem de um fazer infungível a ser realizado pelo próprio obrigado, reclamando uma atuação pessoal e intransferível de sua parte, bem assim aqueles relativos a uma conduta omissiva (por natureza infungível).

“A sentença condenatória, ao correlacionar-se com a execução por sub-rogação, exclui da sua proteção os direitos que dependem, para a sua realização, do cumprimento de um fazer infungível ou de um não fazer. É evidente, contudo, que os direitos que dependem do cumprimento de obrigações infungíveis somente podem ser tutelados por meio de uma atividade executiva que atue sobre a vontade do demandado para convence-lo a adimplir”[¹⁷]

Nesse contexto, é de fundamental importância a existência de um provimento jurisdicional que confira maior proteção e efetividade à tutela dos direitos, de modo que seja obrigatório e vinculante para o devedor, independentemente da existência de um ulterior processo de execução.

A sentença condenatória não se presta a esse fim, porquanto “O máximo que a sentença condenatória consegue é a formação do *título executivo*, com base no qual o *credor* – nunca o magistrado que prolatara a condenação – poderá dar início a uma *nova demanda* executória, necessariamente promovida sobre o patrimônio do

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, 2ª. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, 2ª. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

condenado, jamais, a não ser em casos raríssimos, mediante a adoção de medidas coercitivas de natureza pessoal”^[18]

Já as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* preconizadas por Pontes de Miranda e rechaçadas pela doutrina dominante, como já dito, não se limitam a condenar, mas, ao contrário, propiciam uma ordem que é executável no bojo do próprio processo em que foi proferida, independentemente de nova ação.

Através de uma ordem direta, acompanhada de medidas coercitivas, ou mesmo de medidas substitutivas da vontade do devedor, as sentenças mandamentais e as sentenças executivas *lato sensu* conferem maior efetividade à tutela jurisdicional.

¹⁸ SILVA, O. A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 4ª. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 346.

7. INOVAÇÕES DOS ARTIGOS 461 DO CPC E 84 DO CDC

Como afirma Barbosa Moreira, o Código de Processo Civil de 1973 representou um retrocesso em relação à codificação anterior, pois:

...conhecendo o expediente adequado, furtou-se curiosamente a fazer dele o uso amplo que lhe sugeriam a política jurídica e a própria tradição do direito brasileiro, já chegada no Código de 1939 a grau de aprimoramento bastante para produzir uma figura genérica de tutela do credor, em matéria de obrigação de fazer e de não fazer, construída sobre o esquema de preceito *initio litis*, com aplicação imediata da sanção cominada, no caso de descumprimento: a ação cominatória do art. 302, XII. Restringiu-se de modo notável, na reforma processual, à simples proteção da posse e da propriedade; fora desse âmbito privilegiado, o processo de conhecimento disciplinado no vigente estatuto afigura-se impotente para tutelar em forma preventiva, e portanto específica, com eficácia prática, as posições jurídicas de vantagem a que correspondam obrigações negativas no sentido lato posto no início (...) e a carência é tanto mais séria quanto menos satisfatória, em inúmeras situações excluídas (basta pensar nas de conteúdo não patrimonial), a tutela meramente sancionatória ou repressiva"¹⁹

A inserção no sistema processual brasileiro de novos instrumentos capazes de propiciar uma tutela jurisdicional que coincida com a pretensão de direito material deduzida em juízo iniciou-se em 1990 com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 93 do referido diploma legal estabelece: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela";

No artigo 84, caput, do mesmo diploma legal lê-se: "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";

E no parágrafo 5º do mesmo dispositivo: "Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar nas medidas

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A tutela específica do credor nas obrigações negativas" In: *Temas de Direito Processual*. 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 41.

necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial”.

O exame conjunto de tais dispositivos legais induz à idéia de que a sentença de procedência do pedido formulado pelo autor deve emitir uma ordem para assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento.

Com a Lei 8.952/94, o *caput* do artigo 461 do Código de Processo Civil ficou redigido da seguinte maneira: “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 parágrafo 1º do mesmo artigo estabeleceu 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”.

Para possibilitar a entrega da tutela específica, inspirado nas famosas *astreintes* francesas, o legislador facultou ao juiz a imposição de multa diária ao réu (parágrafo 4º do artigo 461 do CPC), afora isso estabeleceu 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 ou coisas, desfazimento de obras, inadimplemento de atividade nociva, além da requisição de força policial” (parágrafo 5º do artigo 461 do CPC).

Tais inovações na legislação processual foram inspiradas na concepção segundo a qual deve haver a maior coincidência possível entre a prestação devida e a tutela jurisdicional entregue.

No sistema anterior à reforma do Código de Processo Civil operada em 1994, a única alternativa para o credor obter a satisfação de seu direito era a de converter a prestação em perdas e danos. Com a inserção dos dispositivos acima citados, abre-se a possibilidade do credor substituir a prestação específica por outra prestação que assegure o mesmo resultado, como se adimplemento tivesse havido. Ressalva feita todavia às hipóteses em que a obtenção do resultado prático ou a tutela específica forem impossíveis.

Note-se que ao juiz é possível utilizar, inclusive de ofício dos mecanismos elencados exemplificativamente nos parágrafos 4º e 5º do artigo 461 do CPC, além de outros mecanismos que entenda adequados para produzir a entrega da prestação devida ou do equivalente prático.

Observe-se, contudo, que a eventual coerção não admite coação de caráter pessoal como a prisão civil, que só é admitida nas hipóteses constitucionalmente previstas. Assim, o meio executivo escolhido pelo magistrado para compelir o réu à prestação devida ou ao equivalente deve ser juridicamente legítimo.

No que se refere à tempestividade da tutela específica há que se observar que no parágrafo 3º do artigo 461 do CPC o legislador demonstrou preocupação em fazer com que a satisfação da obrigação específica do titular do direito seja entregue em tempo adequado, ainda que antes da sentença, reiterando a possibilidade de concessão de liminar que antecipe os efeitos da tutela nos mesmos moldes em que dispõe o artigo 273 do CPC.

Veja o que estabelece o dispositivo em comento: "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".

O dispositivo tem relevância inclusive quando se trate de tutela específica de obrigação de não fazer. Em se tratando de obrigação negativa a tutela específica terá caráter eminentemente preventivo.

Assim, mesmo que os procedimentos sejam ágeis, existe a possibilidade de ocorrer a lesão ao direito do demandante antes da entrega da prestação jurisdicional, ou seja, o direito do autor pode ser violado durante o curso do processo o que comprometeria a prestação da tutela específica restando, nestas hipóteses, inócua a regra posta pelo artigo 461 do CPC. A entrega da prestação jurisdicional intempestivamente poderia ser equiparada, portanto, a não entrega da prestação jurisdicional.

8. ESPÉCIES DE TUTELA

Para Luiz Guilherme Marinoni a efetivação do direito perseguido pela parte através de uma ordem implica na possibilidade de conjugação de várias técnicas de tutela. Passa-se pois, a tecer algumas breves considerações a esse respeito.

8.1 TUTELA RESSARCITÓRIA

Através da tutela ressarcitória, confere-se “ao autor – de lado os casos de reparação do dano na forma específica – um direito de crédito equivalente ao valor do dano sofrido, admitindo a substituição do direito originário por uma soma em dinheiro, ao passo que a inibitória tem por escopo garantir a integridade do direito em si”^[20]

A tutela ressarcitória vinculada que é à ocorrência de um dano, seja ele patrimonial ou não, leva em consideração os elementos constitutivos da responsabilidade civil do ofensor, quais sejam, a culpa ou o dolo, podendo ser efetivada através da reparação do dano na forma específica (restabelecimento da situação anterior, existente caso a norma não houvesse sido violada) ou do equivalente pecuniário, prevalecendo, segundo o princípio da efetividade processual, apenas a última quando inviável a reparação na forma específica ou quando for objeto da vontade do ofendido.

Logo, tem-se como elemento informador da tutela ressarcitória a necessária superveniência de um evento danoso, o qual pode acarretar um dever de reparação, que, encarado sob o prisma mais moderno da tutela jurisdicional, deve efetivar-se através de medidas específicas (obrigações de fazer e não fazer), destinadas a restaurar a situação jurídica violada, fazendo-a coincidir o máximo possível com o direito material de que o sujeito é titular.

8.2 TUTELA INIBITÓRIA

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, 2^a. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.

O objetivo perseguido através da tutela inibitória consiste em uma ordem de um fazer ou não-fazer, com a finalidade de persuadir o réu ao adimplemento da obrigação, impedir a prática de um ilícito, bem como a sua continuação ou repetição, não figurando entre os seus pressupostos, porém, o dano ou mesmo a sua probabilidade. Ressalte-se que eventualmente o dano pode surgir como consequência do ilícito, entretanto, dano e ilícito são conceitos distintos e não se confundem.

A tutela inibitória pode ser classificada como uma tutela preventiva e específica. Preventiva, porque está voltada para o futuro, visando prevenir o ilícito, sua continuação, ou sua repetição; específica porque o provimento buscado deve coincidir com a pretensão de direito material deduzida. Assim adverte Aldo Frignani: "L'azione inibitoria si rivolge al futuro e non al passato. Essa dunque mira a prevenire per il futuro la ripetizione di atti o la continuazione di un'attività contra ius, lesivi cioè dei diritti spettanti ad un soggetto.

Prima di tutto dovrà trattarsi di un atto suscettibile di ripetizione nel futuro o di un'attività che possa potersi nel tempo; il che viene automaticamente ad escludere che contro la commissione di un illecito che si risolva in un solo atto, possa esperirsi l'azione inibitoria. Si deve trattare dunque di un illecito iterativo e continuativo"^[21]

Consoante afirma Luiz Guilherme Marinoni "a tutela inibitória tem por fim prevenir o ilícito. Visa atuar sobre a vontade do réu, convencendo-o a praticar ou a não praticar um ato, para que o ilícito não se verifique, não se repita ou não prossiga"^[22]

"O problema da ação inibitória antecedente a qualquer ilícito está na dificuldade de provar que um ilícito provavelmente poderá vir a ocorrer. Isto não se passa, como é óbvio, nos casos em que se receia a continuação ou a repetição do ilícito; já tendo sido praticado o ilícito, analisando-se a sua modalidade e natureza é possível concluir com grande aproximação se ele prosseguirá ou repetir-se-á. Entretanto, a questão da prova, ou melhor, a dificuldade de demonstrar que um

²¹ FRIGNANI, Aldo. *Enciclopedia del diritto*, p. 360.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, 2ª. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 117.

ilícito poderá ser praticado, nada tem a ver com a necessidade de tutela preventiva e, portanto, com a possibilidade do uso da ação inibitória”^[23]

Através dessa tutela, é facultado ao autor requerer ao juiz determinação para que o réu cumpra uma obrigação de fazer, qual seja, a de se comportar de uma maneira que obste a conduta ilícita ou faça cessar aquela que vinha se perpetuando no tempo, ou de não fazer, também com o mesmo escopo: evitar a prática do ilícito ou inibir a sua continuidade.

Não é outra a finalidade do artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública que admite uma das formas de tutela inibitória, qual seja, aquela que visa fazer cessar a prática do ilícito. Na mesma esteira o artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente que admite a imposição de multa, de ofício ou a requerimento da parte, na sentença ou na tutela antecipatória para viabilizar a tutela inibitória tanto final quanto antecipatória.

Como forma de coerção indireta para que o demandado cumpra a ordem exarada na sentença ou na liminar de antecipação de tutela é lícito ao juiz impor multa (astreinte) como forma de garantia da efetividade da ordem que, frise-se, não se confunde com indenização. Dada sua natureza coercitiva, a multa deve ser fixada tendo como parâmetro a capacidade econômica do demandado. Em que pese a redação dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC há que se notar que a multa pode ser estabelecida em valor fixo, especialmente para as hipóteses em que o ilícito é de eficácia instantânea, e também pode ser alterada para mais ou para menos dependendo do que o caso em concreto exigir.

8.3 TUTELA PREVENTIVA EXECUTIVA

Faz-se referência, também, à chamada tutela preventiva executiva, que se destina a obstaculizar a prática ou a repetição de um ilícito, distinguindo-se da tutela inibitória, porque atrelada a meios ou instrumentos processuais que permitem a tutela do direito independentemente da vontade do demandado. Dessa forma, a característica essencial da tutela em referência é o escopo de evitar que uma

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, 2^a. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 84.

conduta em desacordo com o direito se efetive ou volte a se efetivar através de medidas substitutivas da vontade do réu.

“Quando há a necessidade de impedir a prática ou a repetição do ilícito, e não basta a coerção indireta (ordem sob pena de multa), é necessário o uso da coerção direta. Neste caso, não há atuação sobre a vontade do réu; na verdade, prescinde-se da vontade do réu, seja impedindo-se, através da força, a sua ação, seja nomeando-se terceiro para exercer as funções reservadas àquele que tem poder para praticar o ilícito dentro de uma pessoa jurídica”^[24]

8.4 TUTELA REINTEGRATÓRIA

Através da denominada tutela reintegratória ou de remoção do ilícito, pretende-se remover uma situação contrária ao direito, com o restabelecimento da situação anterior ao ilícito, afasta-se da tutela inibitória na medida em que a eliminação da ilicitude, da mesma forma que na tutela preventiva executiva, dá-se independentemente da vontade do réu.

Percebe-se, pois, que a tutela reintegratória pressupõe a conduta de inobservância da norma e objetiva o retorno ao “status quo ante”, através do cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, que fulmine a conduta tida como antijurídica, independentemente da ocorrência de um dano.

Seu traço distintivo e peculiar em relação à tutela inibitória é que as medidas judiciais determinadas realizam, por elas mesmas, a tutela jurídica, enquanto a tutela inibitória se efetiva mediante o uso de medidas coercitivas que exerçam uma pressão psicológica sobre o devedor para que este cumpra a obrigação.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, 2^a. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 132.

9. TÉCNICAS PROCESSUAIS DESTINADAS À ATUAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA

Via de regra ao credor só interessa que a obrigação de fazer seja realizada por ato próprio do devedor, já que geralmente é contratado em consideração à sua pessoa (*intuitu personae*), e apenas excepcionalmente o elemento preponderante é o ato ou serviço que pode ser realizado por terceiro satisfatoriamente.

Assim, é oportuno analisar os instrumentos processuais postos à disposição do magistrado para que este possa propiciar ao demandante uma tutela jurisdicional que coincida, em grau máximo, com a pretensão de direito material deduzida em juízo no que se refere às obrigações de fazer.

9.1 A TÉCNICA MANDAMENTAL: O USO DA COERÇÃO INDIRETA

Na hipótese em que é imprescindível a participação pessoal do devedor para o cumprimento da obrigação, está-se diante da infungibilidade “natural” ou “prática”, isto é, a obrigação só pode ser levada a efeito pelo próprio devedor, sendo necessárias providências judiciais coercitivas destinadas a pressionar psicologicamente o devedor, induzindo-o à prática do ato a que se obrigou. Para atingir-se esse fim, possibilitam os artigos 461 e 84 respectivamente do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor a aplicação de multa diária (astreinte), conforme já exposto linhas atrás.

Se assim não fosse seria impossível a tutela específica de obrigação de fazer infungível, porquanto os meios sub-rogatórios não permitem a tutela dos direitos que dizem respeito às obrigações infungíveis.

Através dessa técnica de tutela jurisdicional dos direitos, faz-se uso de meios de coação, que, nas palavras de Chiovenda são aqueles “com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com a participação do obrigado, e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se decida a prestar o que deve” [25]

²⁵ *apud* ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 105.

Em geral, todos os ordenamentos jurídicos prevêem medidas coercitivas dirigidas à satisfação pessoal da prestação imposta ao devedor, cada qual, porém, com suas peculiaridades ou características dominantes.

No sistema do *common law*, vigente nos direitos inglês e americano, recorre-se ao uso do chamado *contempt of court* como meio coercitivo dirigido à garantia da execução específica das decisões judiciais.

Através desse modelo de coerção, permite-se ao credor pleitear ao juiz, quando o devedor não realiza voluntariamente a obrigação determinada na sentença, seja condenado culpado de *contempt of court* (desacato à Corte), o que poderá acarretar a decretação de sua prisão e a condenação ao pagamento de uma multa em benefício do credor, sendo certo inferir-se, portanto, que, nesse sistema, a tutela condenatória contém implicitamente a cominação de uma sanção penal.

O instituto do *contempt of court* tem aplicação nos chamados *other than money judgments*, consistentes em decisões que impõem o cumprimento de qualquer modalidade de obrigação que não a de pagar quantia em dinheiro (*money judgments*) e traduzem um poder inerente à própria existência do Poder Judiciário, (o *contempt power*, ou seja, o direito de punir o *contempt*). Através dele e tendo em vista a efetividade do julgamento, pontifica Jack Jacob que “o tribunal tem inegável poder de forçar a observância de seu processo e a obediência e o cumprimento de suas ordens”.^[26]

No direito alemão, onde a tradição é a de que a revelia, bem como o descumprimento voluntário das decisões judiciais implicam grave ofensa à autoridade judiciária, o ordenamento jurídico possibilita ao magistrado, na hipótese de descumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, objeto de um provimento condenatório, a imposição de uma pena pecuniária ou de prisão, devendo registrar-se, porém, que esta última, na qualidade de medida coercitiva pessoal, constitui resquício histórico considerado injustificável por muitos, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência restringem significativamente o seu âmbito de incidência.

A doutrina italiana, após as lições de Luigi Ferrara, Chiovenda e Carnelutti, o tema ganha novo alento a partir da concepção elaborada por Proto Piosani, que,

²⁶ GUERRA, Marcelo Lima, *Execução Indireta*, 1ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 91.

conferindo novo perfil à tutela condenatória, admite, com respaldo no ordenamento jurídico italiano, que essa espécie de provimento jurisdicional pode ter por objeto tanto obrigações sujeitas a um processo de execução forçada, como obrigações infungíveis, realizáveis por meio de medidas coercitivas, consubstanciadas em sanções penais, de forma a possibilitar ao ordenamento jurídico o desempenho de uma função não só repressiva, mas também preventiva, através da tutela inibitória dirigida à cessação de um comportamento ilícito, ou ao cumprimento de prestações de fazer e não fazer em caráter continuativo.

No direito francês, a tutela específica das obrigações de fazer é realizada através da chamada *astreinte*, medida coercitiva de origem pretoriana que, embora tenha sofrido algumas variantes e adaptações, serviu de inspiração e paradigma para diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, notadamente o brasileiro.

As *astreintes* apresentam como principais características:

O caráter acessório, já que dirigidas ao cumprimento específico de outra obrigação, tida como principal.

O caráter coercitivo, eis que o seu único objetivo é pressionar o devedor a adimplir a prestação de fazer ou não fazer, independentemente de qualquer valor indenizatório resultante de prejuízos eventualmente ocasionados.

O caráter arbitrário, devido à autorização legal que confere certa margem de liberdade ao magistrado quando da escolha e da oportunidade de sua atuação, figurando como reflexos desse poder o fato de ao juiz ser facultado decretar a medida de ofício, ou seja, independentemente de qualquer requerimento nesse sentido por parte do credor, bem assim de poder modificar o valor imposto.

O caráter patrimonial, por consistir em pena pecuniária revertida em benefício do próprio credor da obrigação principal e não ao Estado, o que lhe dá a conotação de verdadeira pena privada.

Dispõe o magistrado da multa pecuniária como meio processual de pressão psicológica incidente sobre a vontade do devedor para forçá-lo ao cumprimento pessoal da obrigação ou do dever legal que lhe é imposto, bem assim à abstenção de uma conduta.

Com esse mecanismo de tutela jurisdicional, o que se pretende é obter o adimplemento por obra do próprio obrigado, sem que se cogite de qualquer

providência material determinada judicialmente, que substitua a sua vontade ou auto-determinação.

Sobre a natureza da multa, vale registrar ser entendimento pacífico aquele que lhe rejeita qualquer nota de compensação ou ressarcimento, orientação confirmada pela redação do art. 461, § 2º. do Estatuto Processual Civil, que dispõe, *in verbis*: *A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa.*

Caso o sujeito passivo em face do qual se postula o cumprimento da prestação ou abstenção fáticas seja o próprio Estado, como se dá, por exemplo, na hipótese de um dever de prestação contido em um dispositivo legal, oportuno se nos afigura o questionamento sobre o cabimento da multa pecuniária dirigida contra sua pessoa, com vistas à obtenção do adimplemento.

Por fim, cabe salientar que é pacífica a jurisprudência pátria no que tange a possibilidade de cominação da multa pecuniária às pessoas jurídicas de direito público, a despeito da opinião contrária de alguns poucos autores. Contribui esse mecanismo de coerção para o aperfeiçoamento da concretização dos provimentos jurisdicionais, já que não se pode deixar de pensar na hipótese de, por negligência ou má-fé, deixar a autoridade competente de dar cumprimento a uma ordem judicial.

“Em todos os casos em que a reparação do dano na forma específica exigir uma atividade ou um fazer, é possível o uso da técnica mandamental para obrigar o autor do dano a repará-lo na forma específica. A tutela ressarcitória na forma específica, diante da possibilidade do emprego da técnica mandamental, tem condições de ser prestada de forma muito mais rápida e, assim, adequada, pois em se tratando de dano que deve ser reparado na forma específica, além da possibilidade do surgimento de danos provocados em virtude do próprio dano que deve ser reparado, há, notadamente na hipótese de dano de conteúdo não-patrimonial, a aflição e a angústia – que geram a chamada dor moral –, agravando-se com o passar do tempo necessário para a obtenção da tutela na forma específica”.^[27]

9.2 A TÉCNICA EXECUTIVA: O USO DA COERÇÃO DIRETA E DA SUBROGAÇÃO

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p.75.

Se, porém, a obrigação deva ser desempenhada preferencialmente pelo devedor, mas o elemento pessoal não seja determinante, de modo que se possa obter o mesmo resultado através da atuação de um terceiro, o que existe, é apenas infungibilidade “jurídica”, ou seja, tão-somente aparente. A pessoa do devedor, nesta hipótese, está em segundo plano, importando ao credor unicamente que o ato seja prestado como avençado, seja pelo devedor ou por terceiro.

Nesses casos, o ordenamento jurídico permite que o magistrado recorra a técnicas processuais sub-rogatórias, ou seja, substitutivas da vontade do devedor e destinadas à obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento. O uso de tais prerrogativas está garantido pela dicção do art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil.

Assim, ao lado da possibilidade de imposição da pena pecuniária, outros meios processuais podem ser utilizados com o fim de tutelar, de forma específica, as obrigações de fazer no próprio processo em que se proferiu a decisão.

Diferentemente da pena pecuniária, cuja função consiste em atuar sobre a vontade do demandado, de forma a persuadi-lo ao adimplemento, as técnicas processuais previstas no art. 461, § 5º, do CPC consistem, ora na “atuação de um auxiliar do juízo, ou de alguém que do juiz recebe esta qualificação”^[28] na realização do fazer almejado (coerção direta), ora na sua realização a cargo de um terceiro (sub-rogação).

Tem-se, portanto, a substituição da conduta do obrigado por uma atuação estatal, dirigida a realizar o mesmo resultado correspondente ao cumprimento espontâneo do dever de fazer ou, se este não for possível, aquele mais próximo ou equivalente.

Aspecto relevante, lembrado pela maioria dos autores, é o fato de ser o rol previsto no art. 461, § 5º meramente exemplificativo, sendo facultado ao magistrado, portanto, o uso de todas aquelas providências necessárias ao alcance da tutela específica propriamente dita ou do “resultado prático equivalente”, tal como prescreve o mencionado dispositivo legal.

No que concerne à aplicabilidade das medidas processuais previstas no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil à Fazenda Pública, não se vislumbra nenhum

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p.77.

óbice, tal como se dá em relação à multa pecuniária, eis que, perfeitamente possível imaginar-se o descumprimento de dever imposto ao Poder Público, em que pese se encontrar este sempre jungido ao interesse público e ao Estado Democrático de Direito, os quais se identificam com a observância e o respeito às ordens judiciais. Corroborando com esse entendimento, Eduardo Talamini cita a possibilidade da busca e apreensão de medicamentos a serem fornecidos pelo Estado, no cumprimento de seu dever de prestar assistência à saúde e a nomeação de interventores e fiscais judiciais para assegurar adequado tratamento aos direitos fundamentais dos internos em um presídio.²⁹

Caso, porém, se adote como técnica executiva a nomeação de um interventor ou fiscal para assegurar a tutela específica ou o resultado prático equivalente, o mesmo autor concebe a existência de limite absoluto, quando tal providência subrogatória implicar parcial restrição à atuação ou o afastamento do chefe do Poder Executivo, uma vez que as hipóteses dessa intervenção, bem como os procedimentos a serem observados estão exaustivamente previstos na Constituição, que permite, isto sim, a intervenção de um ente federativo sobre o outro, mas não a intervenção do Judiciário sobre a chefia do Poder Executivo, dentro de uma mesma esfera federativa.

É conveniente ressaltar, por fim, que a possibilidade de atuação das medidas judiciais previstas no dispositivo em análise não se restringe única e exclusivamente ao processo de execução, informando, ao revés, toda atividade do juiz dirigida ao alcance, ora do resultado prático correspondente ao cumprimento espontâneo da obrigação, ora de seu equivalente, esteja ele contido ou não em um título executivo.

Assim, é de se admitir como consequência lógica do princípio da efetividade processual a possibilidade de que tais providências sejam determinadas inclusive no bojo do processo, através de decisões interlocutórias.

²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

10. CLASSIFICAÇÃO DA SENTENÇA DO ARTIGO 461 DO CPC E DO ARTIGO 84 DO CDC

A ação que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer quer na forma do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, quer na forma prevista pelo artigo 461 do Código de Processo Civil, que praticamente importou o texto da legislação consumeirista, permite medidas executivas imediatas, sem a necessidade de um posterior processo de execução.

Isto é: “descumprido o preceito da sentença ou de sua antecipação, passa-se às medidas executivas lato sensu, no mesmo processo de conhecimento já instaurado: se se tratar de obrigação de prestar declaração de vontade, aplica-se o sistema dos arts. 639/641 CPC, pois a sentença constitutiva já produz resultado equivalente ao da declaração; se se tratar de prestação fungível, que possa ser prestada por terceiro, a hipótese subsume-se ao disposto no art. 634 CPC - inalterado -, que não deixa de configurar medida sub-rogatória enquadrável no § 5º do art. 461, independente, portanto, de processo separado de execução; nas demais hipóteses, a multa se torna exigível e, sempre que possível, o juiz procederá de imediato à tomada de providências sub-rogatórias exemplificadas no § 5º do art. 461, para atingir o resultado equivalente ao adimplemento, sem necessidade de processo de execução”.^[30]

Assim sendo, não é possível se enquadrar tal sentença dentro da classificação tradicional “... hoje as coisas mudaram: a prestação jurisdicional invocada pelo credor da obrigação de fazer ou não fazer deve ser a expedição de ordem judicial, a fim de que a tutela se efetue em sua forma específica. Bem o demonstra o teor do § 4º do art. 461, que permite ao juiz impor ao obrigado multa diária (desde que suficiente ou compatível com a obrigação), independentemente de pedido do autor: o pedido deste, portanto, terá sido de expedição de uma ordem para que, por meios sub-rogatórios, se chegue ao resultado prático equivalente ao adimplemento. Por outro lado, o destinatário da sentença não é mais exclusivamente a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público (segundo o art. 5º, LXIX da CF vigente), como ocorre no mandado de

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, Revista de Processo, nº 79, p. 71.

segurança, mas sim qualquer demandado, titular de obrigação de fazer ou não fazer". E conclui: "O art. 84 do CDC e, agora, o art. 461 do CPC demandam uma profunda revisão da crítica à existência da sentença mandamental, hoje realidade incorporada ao processo civil comum".^[31]

Ovídio A. Baptista da Silva entende que as ações do artigo 461 podem ser executivas ou mandamentais, dependendo da natureza das providências ordenadas pelo magistrado em conformidade com os poderes conferidos pelos parágrafos 4º e 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Kazuo Watanabe sustenta que "valeu-se o legislador, no art. 461, da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do mandamental e do executivo lato sensu, para conferir a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer ou não fazer", de modo que "a execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançado através do provimento mandamental ou do provimento executivo 'lato sensu', ou da conjugação dos dois. Através do provimento mandamental é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumpridas sob pena de configuração de crime de desobediência, portanto mediante imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo da execução específica, que pode ser alcançada através de meios de atuação que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não se limitam ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo 'lato sensu', permitindo esse último que os atos de execução do comando judicial sejam postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução".^[32]

Há ainda os que sustentam que a sentença do artigo 461 do Código de Processo Civil é condenatória, senão em todos ao menos em certos casos, partillham desse posicionamento Nelson Nery Junior e Araken de Assis. Tal conclusão decorre do fato de que o artigo 644 do Código de Processo Civil prevê ação autônoma de execução de obrigações de fazer e não fazer previamente

³¹ GRINOVER, Ada Pelegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, Revista de Processo, nº 79, p. 73.

³² KAZUO WATANABE, "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer" *apud* ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de Não Fazer*, in Revista Jurídica, nº 237, jul 1997, p.20.

determinada em sentença condenatória, assim sendo, a sentença decorrente do artigo 461 do Código de Processo Civil só poderia ser classificada dentre as sentenças condenatórias, não havendo que se falar em sentença executiva *lato sensu*.

Em verdade “O importante não é a utópica concordância de todos sobre os problemas científicos do direito, mas a coerência com que cada um sustenta os próprios pontos-de-vista, e essa coerência não se atinge se não houver uma diretriz constante na apreciação dos diversos institutos em particular.”^[33] Por isso que, independentemente da divergência doutrinária a respeito do tema, deve-se atentar para a coerência no que diz respeito às implicações práticas decorrentes da conclusão teórica. Assim sendo, se se entender que a sentença que confere tutela específica ao demandante tem natureza condenatória, no futuro processo de execução, a defesa do executado deverá ser realizada através de embargos em autos apartados. Se por outro lado, a sentença for considerada executiva *lato sensu* ou mandamental, a defesa se dará por petição nos próprios autos.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2ª. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.37.

11. HARMONIZAÇÃO DA REGRA DO ARTIGO 461 COM A REGRA DO ARTIGO 644 DO CPC

Cumpra ainda verificar-se em quais casos o juiz está ou não autorizado a empregar atos executivos da sentença de procedência no bojo do próprio processo.

A respeito da questão diz Ada Pelegrini Grinover:

"A abrangência do capítulo sobre execução de fazer ou não fazer determinadas em título judicial só pode ser residual, sob pena de negar-se aplicação ao disposto no art. 461.

Ou seja, se for possível ao juiz aplicar o regime das providências subrogatórias (§ 5º do art. 461), não haverá necessidade de processo de execução, salvo na hipótese dessas medidas resultarem frustradas, mostrando-se incapazes de levar ao atingimento do resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Se o juiz tiver imposto as astreintes antecipadamente ou na sentença, consoante os §§ 3º e 4º do art. 461, com fixação de prazo razoável para o cumprimento do preceito, nada mais restará a fazer in executivas (ressalvado o eventual processo de execução por quantia certa para o recebimento das multas).

Mas desde que omissa a sentença, será necessário o processo de execução, na conformidade do expressamente disposto pelo art. 644. E isso poderá ter ocorrido, por exemplo, quando o juiz tiver preferido a via das medidas subrogatórias, se estas resultarem frustradas" [34].

Significa dizer que o artigo 644 do Código de Processo Civil foi posto como uma segunda opção para a parte nos casos em que "o caminho mais curto" da ação executiva *lato sensu* ou mandamental do artigo 461 do mesmo Código reste infrutífera.

Oportuno observar que em determinadas ações para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer há possibilidade de se fazer uso de meios executórios independentemente da propositura de ação executiva em virtude da própria natureza da obrigação a ser cumprida, como ocorre, por exemplo, nas obrigações de concluir contrato e nas obrigações de não fazer. Nestes casos a sentença poderá cominar multa para o caso de descumprimento da ordem e não

³⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, Revista de Processo, nº 79, p. 74.

haverá posterior execução para o cumprimento da obrigação consoante prevê o artigo 644 do Código de Processo Civil.

Também nas hipóteses em que a antecipação de tutela com fulcro no parágrafo 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil é deferida, abre-se a possibilidade de que os atos executórios para o cumprimento da ordem concedida liminarmente sejam procedidos no bojo do mesmo processo, sob pena de ineficácia da medida concedida sob o rótulo de urgência pelo juízo e prejuízo ao direito material do autor. Além do que por motivo de celeridade e economia processual, não se justificaria nova citação e nova ação para o cumprimento da obrigação determinada pelo juiz.

Pode-se afirmar que, afastados os riscos de ineficácia do provimento, a sentença poderá ter natureza condenatória, ficando sujeita à execução *ex intervallo* em ação de execução autônoma. Portanto, a forma como se fará a execução dependerá da análise concreta de cada caso, a “prática encarregar-se-á, certamente, de apontar outros casos de necessidade de processo executivo para o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. Mas esta via será sempre residual para as obrigações fixadas em título judicial” [35]

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, Revista de Processo, nº 79, p. 75

12. CONCLUSÃO

A principal inovação trazida ao direito processual civil pela Lei n. 8.952/94 é, essencialmente, a substituição, antes regra geral, da conversão das obrigações de fazer em perdas e danos pela execução específica, possibilitando ao credor a satisfação integral da obrigação inadimplida pela equiparação dos efeitos da sentença de procedência aos que adviriam da satisfação da obrigação pelo devedor.

Agora a regra geral é a da tutela específica da obrigação de fazer, ficando a possibilidade de sua conversão em perdas e danos apenas para as hipóteses de: absoluta impossibilidade da substituição; ou de pedido expresso do credor neste sentido.

Não há dúvida que tais modificações na legislação pátria tiveram por fim conferir ao jurisdicionado um processo efetivo e adequado capaz de assegurar de forma concreta, e não apenas formal, os direitos dos cidadãos.

Os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, ao admitirem o emprego da multa e outros meios coercitivos na sentença e na tutela antecipatória, viabilizam a tutela mandamental e executiva *lato sensu* final e a tutela mandamental e executiva *lato sensu* antecipatória, as quais permitem uma tutela mais adequada e efetiva aos direitos, instrumentalizando no plano do direito processual o direito à adequada tutela prevista constitucionalmente (art. 5º, XXXV, da CF).

Resgatou-se, pois, a discussão acerca dos efeitos mandamental e executivo *lato sensu* apregoados por Pontes de Miranda em contrapartida ao tradicional binômio sentença condenatória – ação de execução *ex intervallo*.

A inovação da ordem jurídica trouxe um avanço significativo na efetividade da prestação jurisdicional, que antes se via impotente frente ao descumprimento da maioria das obrigações de fazer, tendo de recorrer a substituição da obrigação por perdas e danos.

Se antes a tutela específica das obrigações de fazer era impossibilitada pela ojeriza natural do Direito à coação direta do devedor ao adimplemento, através da ficção jurídica da equiparação de efeitos foi possível prestar às obrigações de fazer inadimplidas a proteção que sempre mereceram.

Ao credor, finalmente, foi dada a possibilidade de receber a prestação a que faz jus, e não a quantia pecuniária correspondente, como compensação pela recusa do devedor em cumprir o contrato firmado.

Cabe ainda à doutrina o estudo aprofundado do novo instituto, a fim de dar-lhe a profundidade e certeza de que ainda carece. Contudo, o primeiro passo já foi dado, possibilitando à ordem jurídica prestar uma tutela mais satisfatória às obrigações de fazer e não fazer.

13. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**, 2ª. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
2. PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado das Ações**, 2ª. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972.
3. SILVA, O. A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**, 4ª. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 2.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ação Popular**. 6ª. edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1979.

SILVA, O. A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada: ensaios**. Porto Alegre. Fabris, 1995.

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

ALVIM, Thereza. **A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. Revista de Processo nº 80**, setembro – dezembro 1995, editora Revista dos Tribunais. **(PERIÓDICO)**

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**, 3ª. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2ª. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça, Porto Alegre**, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, tradução de Ellen Gracie Northfleet.

ZAVASCKI, Teori Albino. ***Antecipação da Tutela e Obrigações de Fazer e de Não Fazer***, in Revista Jurídica, nº 237, jul 1997. **(PERIÓDICO)**

YARSHELL, Flávio Luiz. ***Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade***. São Paulo: Atlas, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A tutela específica do credor nas obrigações negativas" In: ***Temas de Direito Processual***. 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. ***Tutela inibitória (individual e coletiva)***, 2ª. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. ***Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer***, ***Revista de Processo***, nº 79, julho – setembro 1995, editora Revista dos Tribunais. **(PERIÓDICO)**

PROTO PISANI, Andrea. ***La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela***. Foro italiano, 1990.

ASSIS, Araken. ***Manual do processo de execução***, 1987.

GRECO FILHO, Vicente. ***Direito processual civil brasileiro***, 10ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1995, v. III

TALAMINI, Eduardo. ***Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer***, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima, ***Execução Indireta***, 1ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros, ***Curso de Direito Civil - Teoria das Obrigações***, vol. 4, São Paulo, Ed. Saraiva, 1985.

RICCI, Edoardo F. ***A antecipação da tutela no direito italiano***. Revista de Direito Processual Civil. Vol. 4. Genesis Editora, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. ***Saggi di diritto processuale***. Vol. 1. Giuffrè. 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. ***Instituições de direito processual civil***. São Paulo. Ed. Saraiva, 1965.

WATANABE, Kazuo. ***Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer. Reforma do Código de Processo Civil***. São Paulo, Saraiva, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. ***A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil***. Revista de Processo nº 97, janeiro – março 2000, editora Revista dos Tribunais.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. ***A tutela específica do credor nas obrigações negativas. Temas de direito processual***. Segunda série. São Paulo. Saraiva, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. ***Novas linhas do Processo Civil***, 4ª. ed, São Paulo, Malheiros, 2000.

FRIGNANI, Aldo. Enciclopédia Del diritto.

ARMONE, G.M., F. ASTONE, A. BARENGUI, e outros, ***La Nuova Disciplina Delle Clausole Vessatorie Nel Codice Civile***, Jovene Editore, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis, ***Las Normas Fundamentales de Derecho Privado***, Buenos Aires, Rubinzal Editores, 5º ed.

MONTESANO, Luigi, ***Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti***, *Rivista Trimestrale di Diritto e*

Procedura Civile, Milano, Giuffrè Editore, Settembre 1995, Anno XLIX, n° 3.
(periodico)

RAPISARDA, Cristina, ***Profili della Tutela Civ.***