

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A TUTELA ESPECÍFICA NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO
FAZER**

Eduardo Mendes Barbosa

Presidente Prudente/SP

2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A TUTELA ESPECÍFICA NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO
FAZER**

Eduardo Mendes Barbosa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro.

Presidente Prudente/SP

2006

A TUTELA ESPECÍFICA NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro

Adriana Aparecida Giosa Ligerio

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes

Presidente Prudente/SP, 24 de novembro de 2006.

Dedico o presente trabalho aos meus queridos pais, David e Guiomar, e a minha irmã, Luciana, fontes de toda minha inspiração, pelo amor incondicional e incomparável, sempre proporcionando as condições necessárias para meus estudos e, principalmente, pelo incentivo constante pela busca de meus ideais.

“Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e próprio quello ch’egli há diritto di conseguire.”

Giuseppe Chiovenda

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, que sempre esteve comigo em todos os momentos de minha vida, ajudando a vencer mais esta etapa.

Agradeço ao grande professor e mestre Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro, eminente processualista, por todos os ensinamentos e confiança depositados em mim, e de quem tenho profundo respeito e admiração, tanto pela pessoa quanto pelo profissional, sempre estando disposto e receptivo a dar e ensinar sobre esta ciência chamada direito, sendo um exemplo incomparável de professor e de sucesso profissional.

As minhas examinadoras, pela gentileza e disposição por terem aceitado a análise do presente trabalho.

Aos meus ex-procuradores, Dr. Márcio Gustavo Senra Faria, procurador da Fazenda Nacional, pessoa de caráter ímpar e amigo extraordinário que sempre me incentivou pela busca de meus ideais profissionais e ao Dr. Renato Negrão da Silva, procurador do Instituto Nacional do Seguro Social, homem grandioso e um verdadeiro amigo com que tive o prazer de aprimorar meus conhecimentos jurídicos.

Não poderia esquecer e dedicar uma parte deste trabalho ao Dr. Luis Denuncio Marchizelli, procurador autárquico estadual do Departamento de Estradas de Rodagem, profissional exemplar e pessoa inigualável, com que tenho a honra e o prazer de ter feito estágio, o meu respeito, carinho e profunda admiração.

Agradeço, também, a todos os integrantes da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem, amigos que me proporcionaram privilegiada noção de profissionalismo e dedicação ao trabalho e que de algum modo colaboraram para a realização deste trabalho.

À Juliana, minha namorada, pelo amor incondicional e fonte de minha inspiração.

Agradeço também aos amigos e integrantes do grupo de prática jurídica, Themis Advogados Associados, que sempre me incentivaram e torceram pelo meu sucesso, em especial ao amigo Éllisson Yukio Hasai, profissional competente e brilhante e pessoa sincera que tive o privilégio de conhecer.

Por fim, agradeço a todos os professores das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, que ministraram aulas inesquecíveis em minha vida, sempre me incentivando e estimulando a galgar sempre o melhor. Em especial aos doutores, Jurandir José dos Santos, Rufino Eduardo Galindo Campos, Cláudio José Palma Sanchez, José Maria Zanuto, Gilberto Notário Ligerero e Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes a todos vocês minha profunda admiração.

RESUMO

O presente trabalho de monografia analisa os aspectos gerais e repercussão da tutela específica nas obrigações de fazer e de não fazer, introduzida no âmbito do direito processual civil brasileiro pelo advento da Lei 8.952/94, a qual determinou nova redação do artigo 461 do Código de Processo Civil. O autor utiliza o método histórico, lógico e dedutivo baseando-se em pesquisas bibliográficas referentes ao tema e obras que trata de assuntos correlatos, tais como a efetividade do processo, a intangibilidade humana e o princípio da maior coincidência possível, bem como a legislação pertinente. Como se busca um processo civil de resultados, não basta o cumprimento da obrigação por perdas e danos, deve-se pleitear o efetivo adimplemento daquilo que efetivamente se pede, ou seja, o cumprimento da obrigação *in natura*, que se dará por meio de atos mandamentais ou executivos. Caso não seja possível deve-se pleitear o resultado prático equivalente, somente em último caso o cumprimento por meios de perdas e danos. Com o surgimento de novas relações jurídicas e a necessidade de uma tutela jurisdicional diferenciada, a fim de se tutelar adequadamente e efetivamente os diversos tipos de direitos materiais, principalmente os de conteúdo não patrimonial, que não podem ser eficazmente protegidos através da técnica do ressarcimento pelo equivalente pecuniário, coube, enfim, ao processo, como instrumento para a realização desta função, e aos operadores do direito, o papel primordial de pacificar o meio social e solidificar o ideal de justiça, em face do processo civil de resultados. Tendo em vista esta problemática, apresentou-se a importante modificação legislativa que culminou com a edição do instituto da tutela específica nas obrigações de fazer e de não fazer, sempre objetivando o princípio da maior coincidência possível entre o resultado pretendido e a tutela jurisdicional prestada, sendo a satisfação plena da tutela almejada.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Específica, Estado Liberal, Obrigações, Tutela Jurisdicional.

ABSTRACT

The present work of monograph analyzes the general aspects and repercussion of the protection specifies in the obligations to make and not to make, introduced in the scope of the civil procedural law Brazilian for the advent of Law 8952/94, which determined new writing of article 461 of the Code of Civil action. The author uses the historical, logical and deductive method being based on referring bibliographical research to the subject and works that deal with related subjects, such as the effectiveness of the process, the intangibilities human being and the principle of the biggest possible coincidence, as well as the pertinent legislation. As if he searches a civil action of results, he is not enough to the fulfilment of the obligation for damageses, must yourself be pled the effective payment of what effectively he asks for yourself, that is, the fulfilment of the obligation *in natura*, that will be given by means of mandatory or executive acts. In case that it is not possible must be pled the practical result equivalent, only in last case the fulfilment for ways of damageses. With the sprouting of new legal relationships and the necessity of a differentiated jurisdictional protection, in order to effectively tutor adequately and the diverse types of material rights, mainly of not patrimonial content, that cannot efficiently be protected through the technique of the compensation for the pecuniary equivalent, it fit, at last, to the process, as instrument for the accomplishment of this function, and to the operators of the right, the primordial paper to pacify the social environment and to make solid the justice ideal, in face of the civil action of results. In view of this problematic one, it was always presented important legislative modification that culminated with the edition of the institute of the specific protection in the obligations to make and not to make, objectifying the principle of the biggest possible coincidence between the intended result and the given jurisdictional protection, being the full satisfaction of the longed for protection.

KEYWORDS: Specific protection, Liberal State, Obligations, Jurisdictional Protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ASPECTOS DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	14
1.1 Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional (Direito de Ação + Tutela Efetiva, Adequada e Tempestiva) e o Dogma do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	14
1.2 Da Regra do “Nemo ad Factum Praecise Cogi Potest”	21
1.3 Da Efetividade do Processo e Tutela de Urgência	24
1.4 Modelo Constitucional e Ciência do Processo: Breves Considerações sobre a Instrumentalidade do Processo	26
2 DO ESTUDO DA TUTELA JURISDICIONAL	29
2.1 A Tutela Jurisdicional como Espécie da Tutela Jurídica Estatal	29
2.2 Conceito de Tutela Jurisdicional: Tutela Jurisdicional e Atividade Jurisdicional	31
2.3 Tutela Jurisdicional, Direito Material e Processual	32
2.4 Classificação da Tutela Jurisdicional	35
2.4.1 Tutela cognitiva	35
2.4.2 Tutela executiva	36
2.4.3 Tutela cautelar	38
2.5 Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas	40
2.6 A Cognição no Processo	44
2.6.1 Cognição plena e parcial	46
2.6.2 Cognição exauriente e sumária	48
2.7 Tutela Jurisdicional Diferenciada Adequada ao Direito Material Discutido no Processo e sua Efetividade	51
2.8 Da Tutela Mandamental e Executiva Lato Sensu	53
3 ANÁLISE DA DISCIPLINA DA TUTELA ESPECÍFICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	56
3.1 Do Sentido de “Obrigações”	56
3.1.1 Obrigações de fazer	58
3.1.2 Obrigações de não fazer	61
3.2 Deveres de Fazer Fungíveis e Infungíveis e Deveres de Não Fazer	63
3.3 Deveres cujo Cumprimento Específico é Excluído pelo Direito Material	66
3.4 Deveres de Fazer e Não Fazer Internos ao Processo	66
3.5 Evolução da Tutela às Obrigações de Fazer e de Não Fazer	67

3.6 Evolução da Tutela Específica na Legislação Infraconstitucional	73
3.6.1 Da fonte inspiradora: o anteprojeto do CPC de 1985	73
3.6.2 O artigo 84 do código de defesa do consumidor	74
3.6.3 O artigo 213 do estatuto da criança e do adolescente	77
3.6.4 Do artigo 62 da lei antitruste	78
3.6.5 Manifestações da tutela específica no processo civil tradicional: sentença de despejo, mandando de segurança e ação de reintegração de posse.	79
3.6.6 Da nova redação do artigo 461 do CPC	83
3.7 A Execução Específica Assegurada pelo Artigo 461 do CPC	86
3.8 Das Perdas e Danos (artigo 461, §1º, do CPC)	88
3.9 Medidas Sub-rogatórias para Reforçar a Exeqüibilidade In Natura	91
3.10 Da Multa (artigo 461, §§2º e 4º, do CPC)	91
3.11 Medidas de Apoio para a Tutela Específica (artigo 461, §5º, do CPC)	96
3.12 Aspectos Similares da Tutela Específica (artigo 461, §3º do CPC) e da Tutela Antecipada (artigo 273 do CPC)	100

CONCLUSÃO	102
------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	104
---------------------	------------

INTRODUÇÃO

Colima-se neste ensaio, formular uma digressão acerca da tutelas relativas as obrigações de fazer e de não fazer, introduzido no âmbito do processo civil brasileiro, pela Lei 8.952/94, que deu nova redação ao artigo 461 do CPC, sendo sem sombra de dúvidas um marco jurídico, principalmente em face de que o sistema de tutela tratado não se limita aos esquemas das ações condenatórias, mas sim admite as ações sincréticas, com a coexistência de atividades de conhecimento e execução.

Busca-se com a tutela específica nas obrigações de fazer e de não fazer romper com dogmas processuais, principalmente com proposições que se encontram arraigadas em nosso ordenamento, como o princípio da intangibilidade da vontade humana, o princípio do acesso à justiça, o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório, sendo de suma importância prática e teórica sua utilização, nada obstante terem passados quase doze anos da reforma, tal instituto ainda encontra vários óbices para sua efetivação.

Destarte, a magnitude do tema tomou proporção exponencial com o surgimento dos direitos difusos e coletivos, que necessitam de uma efetividade diferenciada, não bastando mais o simples ressarcimento em perdas e danos, que se mostram inadequadas e insuficientes para a garantia da tutela efetiva, adequada e tempestiva.

O Estado moderno ao avocar o poder para a solução de dirimir conflitos, o fez com o intuito de pacificar todas as relações jurídicas postas em juízo. Assim, o objetivo do Estado social é o bem-comum, ou seja, só haverá êxito na prestação jurisdicional, quando na prática, gerar resultados idênticos que ocorreriam se o cumprimento natural da obrigação fosse cumprindo. Neste diapasão, o processo ganha importância ímpar para a efetivação prática.

Daí dizer-se que quando o titular de um direito obtém tudo aquilo que ele pretendia, haverá tutela específica.

Por esta razão, a tutela específica ganha aspectos próprios e peculiares no cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, que antigamente, apresentavam-se destituídas de meios eficazes para sua realização, sobretudo pela

satisfação direcionada para perdas e danos, sendo um verdadeiro ostracismo jurídico.

Com o advento do artigo 461 pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, o panorama foi substancialmente alterado, jungindo novas técnicas, como as atividades mandamentais e executivas *lato sensu*, havendo, por assim dizer, uma harmonia entre as técnicas de tutela já existentes.

Assim, a regência da tutela específica não deve se limitar à formulação lógica do juízo declaratório, aplicando de acordo com o caso, para que se torne um título executivo, pois tal dispositivo legal autoriza a expedição de ordens judiciais imperativas no mesmo processo, sem a necessidade de processo de execução *ex intervallo*.

Nessa toada, o objetivo do presente trabalho é demonstrar a importância da tutela específica nas obrigações de fazer e de não fazer, que ganham nuances próprias, sendo que a condenação em perdas e danos não mais se coaduna com o fito de certos direitos.

Desta forma, num primeiro momento, visa-se analisar os aspectos sobre o modelo constitucional do processo civil brasileiro, tecendo considerações acerca da função jurisdicional do Estado, que tem o monopólio da solução dos conflitos, bem como dos princípios informadores de tal atividade, e identificar a função instrumental do processo civil.

Ademais, busca-se pincelar características da tutela jurisdicional, que foi classificada em cognitiva, executiva e cautelar. Importa ressaltar a visão crítica sobre a classificação trinária das ações, examinando sua deficiência prática atual, focando a busca pela efetividade do processo, assegurando a tutela almejada.

Por fim, dado o devido respaldo, entra-se propriamente no estudo e análise da tutela específica, destacando o papel fundamental das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, onde se mostram auto-suficientes para satisfazer o direito no seu aspecto teórico, mas sobretudo prático.

Por derradeiro, almeja-se analisar pormenorizadamente todas as discussões em torno do tema, que não são poucos, e merecem uma análise detalhada no

tocante a efetividade do direito pleiteado e de todo ordenamento jurídico, extirpando qualquer insatisfação humana.

Enfim, objetiva-se com o presente trabalho uma visão global da tutela específica nas obrigações de fazer e de não fazer, e não um posicionamento estanque e retrógrado, tendo em vista que os fatos modificam-se a cada dia em proporções significativas, interferindo de modo letal no direito, que muitas vezes mostra-se ultrapassado para determinadas situações. Assim, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer constitui instrumento eficaz, posto a serviço da realização da justiça e mecanismo incomparável para a efetividade da tutela jurisdicional.

1 ASPECTOS DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

1.1 Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional (Direito de Ação + Tutela Efetiva, Adequada e Tempestiva) e o Dogma do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

De acordo com o artigo 5º, inciso XXXV da CF, há a garantia a todos do acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela.

Uma leitura inicial consagraria apenas o direito do cidadão de reclamar em juízo contra qualquer lesão ou ameaça a direito.

Todavia, segundo Marinoni (2000), uma leitura mais moderna, como se sabe, faz surgir a idéia de que esta norma constitucional garante não só o *direito de ação*, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça, e, assim, um direito à tutela jurisdicional *adequada, efetiva e tempestiva*. Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como se imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm o direito a uma mera resposta do juiz. Este direito não é suficiente para garantir os demais direitos, e, portanto, não pode ser pensado como uma garantia fundamental de justiça.

Deve-se ter como escopo à justiça da decisão a ambos os litigantes, por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve em uma expressão muito feliz doutrina brasileira recente, em “acesso a ordem jurídica justa”¹.

¹ Acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda,

Este acesso não deve ser entendido como acesso formal a um pronunciamento do Poder Judiciário deve-se sim procurar a cumulatividade de elementos que somados e interpretados harmoniosamente, constituam o traço lineador que proporcionará o alcance a ordem jurídica justa.

Neste sentido aponta Grinover et al. (2002, p. 33):

[...] O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça.

No entanto, para a efetividade do processo, que nada mais é do que a eliminação de conflitos e fazer justiça, é preciso superar os **óbices** que estão a todo o momento ameaçando o resultado almejado pelas partes e pelo Estado-juiz que é a solução justa do conflito de interesses deduzido pelas partes.

Segundo Grinover et al. (2002, p. 34, grifo do autor), estes óbices situam-se em quatro “*pontos sensíveis*”, a saber:

a) a admissão ao processo (ingresso em juízo). É preciso eliminar as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A oferta constitucional de assistência jurídica integral e gratuita (art.5º, inc. LXXIV) há de ser cumprida, seja quanto ao juízo civil como ao criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos. A justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos [...];

b) o modo-de-ser do processo. No desenrolar de todo processo (civil, penal, trabalhista) é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (devido processo legal), que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo com o juiz (contraditório), que este seja adequadamente participativo na busca de elementos para sua própria instrução. O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual;

c) a justiça das decisões. O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. [...];

d) a utilidade das decisões. Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

Veja que o operador do direito deve ter em sua mente como em seu coração a busca desse ideal, ou seja, extirpar esses óbices, sendo uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em franca evolução, proporcionando não só o acesso à justiça, como também e, principalmente, a tutela *adequada, efetiva e tempestiva*.

Entretanto, pela própria desestruturação do Poder Judiciário, como também pela falibilidade do ser humano, assim como o grande volume de serviços judiciários e a falta de recrutamento de juízes bem preparados e com mentalidade aberta e capaz de perceber a permanente e rápida transformação da sociedade contemporânea, além da falta de mecanismos adequados a solução judicial e extrajudicial, este ideal de acesso à justiça está ainda muito distante de ser concretizado perante o ordenamento jurídico pátrio. Frise-se que se faz necessário uma *preordenação dos instrumentos processuais* capazes de promover a *efetiva, adequada e tempestiva* tutela de direitos. (WATANABE, 1996, p. 161)

Não se pode perder de vista que em relação à tempestividade da tutela, é de suma importância a introdução do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45.

Nada obstante preceitua Sgarbossa e lensue (2005):

Neste sentido, é fácil perceber que, no particular, referida emenda à Constituição veio a inserir no rol dos direitos e garantias fundamentais, expressamente, o direito público subjetivo à celeridade processual. Trata-se da consagração expressa no texto constitucional do Princípio da Celeridade ou Brevidade Processual, tão reclamada pela comunidade jurídica e pela doutrina nacional. <grifo nosso>

Destarte, tal princípio já se encontrava consagrado em diversas normas infraconstitucionais, tais como a Lei nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/01, *verbi gratia*; bem

como pela doutrina pátria, o fato é que inexistia até então previsão expressa que o consagrasse, em nível constitucional.

Pode-se afirmar, ainda, que o Princípio da Celeridade vige em sua plenitude em dispositivos como aqueles que prevêem a tutela antecipada (artigo 273 do CPC), bem como nas ações de cunho mandamental (mandado de segurança, Lei nº 1.533/51 e Lei nº 4.348/64, Habeas Corpus, *v.g.*).

No amplo internacional, tal princípio foi adotado pela Convenção Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos (OEA), realizada na cidade de San Jose da Costa Rica, em 22 de novembro de 1966, foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Tal convenção internacional estabelece, em seu art. 8º, as garantias judiciais a serem observadas pelos Estados-parte no instrumento: *“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”*

Neste enfoque a Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe, nesse particular, inegável avanço, ao inserir, de forma expressa, no rol pétreo dos direitos e garantias fundamentais, tal direito público subjetivo que, ao mesmo tempo, constitui garantia fundamental essencial, eis que o processo é instrumento que viabiliza o exercício dos demais direitos.

Tal cláusula constitucional assecuratória da celeridade ou brevidade processual é, doravante, intangível e insuscetível de modificação, constituindo-se evidentemente em cláusula pétrea, protegida, por conseguinte, pelo manto do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República de 1988.

A morosidade na entrega da prestação jurisdicional equivale, em grande medida, à ineficácia ou inutilidade do próprio provimento. São inúmeros os exemplos em que a longa duração do processo acaba por impossibilitar a execução; sem

contar os inúmeros outros incidentes possíveis que terminam por inviabilizar, no plano fático, a concreção da decisão prolatada.

Note-se que a tutela tempestiva está intimamente ligada ao princípio do duplo de jurisdição, que acaba por inviabilizar em algumas situações a consecução da fruição do direito almejado.

Segundo Cintra et al. (2002, p. 74, grifo do autor) “esse princípio indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou *primeira instância*), que corresponde à denominada *jurisdição inferior*. Garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da ‘jurisdição superior’, ou de segundo grau (também denominada *segunda instância*).” Frise-se que o juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição exercido, tem independência jurídica, pelo que não está adstrito, entre nós, às decisões dos tribunais de segundo grau, julgando apenas em obediência ao direito e à sua consciência jurídica.

Nada obstante o princípio do duplo grau de jurisdição reza pela possibilidade da parte vencida, ingressar com o recurso a um órgão de instância superior, em tese, mais experiente, possibilitando o reexame da decisão da parte inconformada.

Todavia, segundo Marinoni (2000, p. 208) se o direito brasileiro não cultuasse, de forma exagerada e desproporcional, o duplo grau de jurisdição, com certeza a necessidade de tutela antecipatória certamente não seria tão sentida. Veja que o princípio do duplo grau nem pode ser considerado um principal fundamental de justiça.

Neste sentido Lima (2004, p. 159) preceitua:

O Duplo Grau de Jurisdição, [...], é uma garantia constitucional que decorre do Princípio do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e da organização constitucional dos tribunais brasileiros. Não se trata, no Direito Processual Civil, de uma garantia plena, ou seja, que deva ser aplicada em todas as decisões. Se o direito processual garantisse o Duplo Grau de Jurisdição em todas as decisões, o processo passaria a ter caráter protelatório, desrespeitando outros princípios também fundamentais do Processo. Com efeito, se de todas as decisões houvesse recurso para garantir o Duplo Grau de Jurisdição, o processo se perderia no tempo e não atingiria o seu fim.

De maior importância que o princípio do duplo grau de jurisdição é princípio que garante a todos o acesso à justiça, o qual tem como supedâneo o direito à

tempestividade da tutela jurisdicional. Porém, no atual sistema o direito a tempestividade dificilmente pode ser alcançado, em que a definição de todo e qualquer direito, para que se integralize depende de um juízo repetitivo de um direito já declarado pelo juiz de primeiro grau.

De sorte que segundo Marinoni (2000, p. 209):

O duplo grau de jurisdição é importante dentro de certos limites, não devendo ser estendido, irrefletidamente, a todas as demandas cíveis. Frise-se que algumas causas não justificam uma dupla revisão, e para que estas possam ser tuteladas de forma mais efetiva é imprescindível a desmistificação do duplo grau.

Diante da falibilidade humana costumou sustentar que o juiz de primeiro grau pode errar, e conseqüentemente, é conveniente, por tal razão, permitir que a parte exerça o seu direito ao recurso. Mas será que somente o juiz de primeiro grau está sujeito a errar? Ou esse argumento é inócuo em face das evidências que os juízes de segundo grau também podem errar?

Segundo Marinoni (2000, p. 210) “na verdade, correto é dizer que a decisão de primeiro grau, quando assentada em provas, é melhor do que a decisão de segundo grau, em função do contato direto do juiz com a prova, propiciado pela oralidade.”

Complementando este entendimento Marinoni (2000, p.144) entende que “a oralidade propicia um contato direto do juiz com as partes e as provas, dando ao magistrado não só a oportunidade de presidir a coleta da prova, mas sobretudo a de ouvir e sentir as partes e as testemunhas.”

No mesmo sentido Laspro assevera (1995, p. 129):

Embora a oralidade esteja longe de ser o instituto salvador de todo o sistema processual, como se acreditava outrora, verdadeira solução para toda a crise do Judiciário, é, sem dúvida, um dos mecanismos mais importantes de efetividade do processo na legislação da grande maioria dos países, inclusive no Brasil, já que sob ela se congregam os princípios retro analisados que, na prática, já demonstraram trazer melhores resultados na realização da justiça.

Todavia, sempre que falamos em oralidade como um sistema superior àquele escrito, sob o prisma da efetividade, devemos ressaltar que essa afirmação é, de certa forma, simplicista pois parte de uma premissa equivocada de que idealizamos um procedimento comum, capaz de

solucionar, satisfatoriamente, todos os litígios, o que não ocorre. Distinguimos, contudo, em uma visão geral, quatro tipos de litígio e como se apresentam em juízo: questões exclusivamente de direito, questões em que os fatos somente podem ser provados documentalmente, questões em que os fatos não são controvertidos e, finalmente, questões envolvendo fatos controvertidos.

Já ressaltamos que o procedimento oral se sobressai do escrito principalmente com relação aos atos instrutórios e de debates, dando ênfase aos instrutórios. Dessa forma, dentre os quatro tipos de litígio que apresentamos, o procedimento oral é, realmente, imprescindível somente no quarto tipo, ou seja, naqueles em que os fatos são controvertidos. Todavia, esse quarto tipo engloba a maior parte das demandas, daí se enfatizar a importância da oralidade.

Desta forma, afasta-se com o duplo grau de jurisdição a grande vantagem do sistema oral que é a valorização da percepção do julgador, que em contato direto com as partes e com a produção de provas, tem maiores condições de extrair a verdade dos fatos de forma célere, eficaz, efetiva e tempestiva, principalmente, em face do direito discutido, que se reveste do caráter de provisoriedade e imediatividade.

É necessário se destacar a importância do juiz de primeiro grau que segundo Marinoni (2000, p. 153) tem uma nítida relação com a idéia de que o juiz de primeiro grau não merece confiança e, portanto, ter poder para decidir sozinho as demandas. Assim, não se conhecia, nos tempos primeiros, a pluralidade das instâncias; então, administrava diretamente a justiça o povo ou o rei. Veja que o juiz de primeiro grau é transformado, por assim dizer, em um mero instrutor, sendo que a sua decisão é vista senão como um projeto da única e verdadeira decisão que é a do tribunal.

Por derradeiro, para que o Estado proteja de forma adequada, efetiva e tempestiva a tutela posta em juízo é necessário e imprescindível em determinados casos, em nome da oralidade e de uma maior celeridade, que seja eliminado o duplo grau, possibilitando a execução imediata da sentença, vislumbrando-se desta forma uma tutela diferenciada em face desses novos direitos de cunho não patrimonial. Caso assim não for, a sentença do juiz de primeiro grau valerá de pouca coisa ocasionando a procrastinação inútil do processo em razão dos meios recursais postos a disposição do réu que muitas vezes atua de má-fé, refletindo no autor a situação de insatisfação da prestação jurisdicional deduzida, que não foi adimplida e prestada de forma imediata.

Foi neste sentido que em 1994 foi editada a Lei 8.952 que deu nova redação ao artigo 461 do Código de Processo Civil, que trata do instituto da Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer, trazendo modificações significativas para alcançar o ideal mencionado, buscando a simplificação, a agilização e principalmente *a efetividade e tempestividade* da tutela jurisdicional.

Em suma, novos institutos vêm surgindo, e, outros como a tutela específica, foram alterados, buscando superar os obstáculos do acesso à ordem jurídica justa e, por conseguinte atender os princípios constitucionais defendidos pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

1.2 Da Regra do “*Nemo ad Factum Praecise Cogi Potest*”

De acordo com Vidigal (1965, p. 117), “o direito existe para realizar e todo o seu valor reside na possibilidade prática de sua realização”.

Esta afirmação, que dificilmente contestável nos sistemas jurídicos em que o direito se manifesta de maneira concreta, aplicáveis em cada caso, já não é tão evidente em sistemas jurídicos mais adiantados, onde o direito perde este caráter original, apresentando-se assim como um corpo de regras, sobretudo pelo produto do trabalho científico de jurisconsultos.

Em contrapartida desta errônea orientação, ensina Ihering (1877) apud Vidigal (1965):

[...] o direito se deve realizar, de um lado, de maneira necessária, isto é, segura e uniforme; de outro lado, de maneira fácil e rápida. Acrescenta, porém, que as diversas legislações apresentam notáveis diferenças, quanto a essas condições.

Frise-se que a vontade da lei tende a atuar-se no campo dos fatos, até as extremas conseqüências práticas e juridicamente possíveis.

Desta forma, nem sempre, porém, é possível proporcionar ao titular do direito exatamente aquilo que teria, se não houvesse o seu direito sofrido violação. Há casos em que essa satisfação integral é impossível. Em alguns desses casos, tem o

credor de se contentar com um equivalente; em outros, com uma satisfação moral; finalmente, há outros, em que nenhuma satisfação obtém.

Segundo Marinoni (2000, p. 283) o princípio *nemo ad factum praecise cogi potest*, que fundou o dogma da absoluta incoercibilidade das obrigações infungíveis, impediu, até hoje, a introdução de um sistema generalizado de meios de coerção no direito italiano. Especialmente na Itália, a validade de tal princípio tem sido questionada em razão da necessidade da tutela específica de direitos que dependem do cumprimento de obrigações infungíveis.

Num primeiro momento a interpretação do brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest* destaca uma limitação natural: parece materialmente impossível a adoção de mecanismos que utilizem o corpo do obrigado e, mais, contra a sua vontade, afim de que ele cumpra o dever que lhe incumbe. Assim, impõe-se em atenção ao valor fundamental da dignidade humana, ou seja, o homem no mundo jurídico deve ser sempre sujeito e não objeto.

Sob essa ótica, ensina Talamini (2003, p. 33):

Fora das hipóteses de transformação do ser humano em simples objeto, as técnicas capazes de substituir a atuação do devedor ou de pressioná-lo indiretamente a cumprir o dever – estas últimas, desde que nos limites ditados pelo princípio da proporcionalidade – não são ofensivas aos valores inerentes à dignidade humana.

No entanto, quanto às técnicas coercitivas (de pressão psicológica) que visem ao cumprimento de dever de fazer ou de não fazer, negar em absoluto sua legitimidade equivaleria a negar, se não o próprio Direito, sua operacionalidade. (TALAMINI, 2003, p. 34)

Frise-se que não há como, no atual estágio do direito processual civil moderno, a não possibilidade de meios de coerção para a satisfação do direito deduzido pelo autor, sem que haja formas efetivas de prestações jurídicas por meios de atos sub-rogatórios ou executivos *lato sensu*. Note-se que este caráter coercitivo é inerente ao cumprimento dessas obrigações, quais sejam as obrigações de fazer e de não fazer.

A respeito do tema, Talamini (2003, p. 34) assevera:

[...] Rejeita-se, assim, a teoria “coercitiva” do Direito, pela qual não haveria Direito destituído de coação. No entanto, reconhece-se a “coercibilidade” (no sentido de compatibilidade lógica com o emprego da força) como atributo essencial do Direito. O mais freqüente e relevante instrumento de reforço de imperatividade e indução ao cumprimento dos comandos jurídicos é a pressão psicológica da sanção negativa: a ameaça de um mal para o caso de transgressão da norma. Daí que a técnica coercitiva é primordial à certeza e à segurança do Direito – e não faz da pessoa objeto. Bem o contrário, pressupõe vontade que, conquanto passível de influência, seja livre. Como figura estritamente instrumental, a legitimidade da técnica coercitiva será sempre dada pela (i) legitimidade do dever cuja observância ela visa a assegurar e (ii) a proporcionalidade entre a medida de coerção e o valor jurídico que se busca proteger.

Desta forma, a autonomia da vontade humana não pode ser obstáculo à imposição coativa da observância dos deveres de fazer e sendo formal e materialmente legítima a atribuição de um dever ao sujeito, a autonomia da vontade não serve de escudo para exonerá-lo do cumprimento.

De outra banda, em relação ao deveres de não fazer seria um contra-senso afirmar que existe um tal limite que impeça o Estado de, sendo possível, impedir que o sujeito mate, viole direitos da personalidade. Não é recente, aliás, a doutrina que se preocupa em ressaltar a inviabilidade de estender o princípio do *nemo ad factum praecise cogi potest* aos deveres de não fazer.

Neste diapasão como leciona Calvão da Silva (1987, p. 225), a *ratio* do brocardo *nemo praecise* é evitar constrangimentos físicos e imorais sobre a pessoa do devedor, atentados odiosos e intoleráveis aos direitos de personalidade, a fim de proteger a liberdade e a dignidade do homem. Proíbe a violência e opressão sobre a pessoa do devedor, em ordem a obrigá-lo a cumprir uma obrigação que implique a sua estrita participação pessoal, para salvaguarda da intangibilidade da pessoa humana. Pelo que, sempre que seja possível o cumprimento e a execução específica de qualquer espécie de obrigação sem violentar e oprimir a pessoa do devedor, a máxima *nemo praecise potest cogi ad factum* não lhe constitui obstáculo.

Em suma, o princípio *nemo ad factum praecise cogi potest*, que fundou o dogma da absoluta incoercibilidade das obrigações infungíveis, impediu, até hoje, a introdução de um sistema generalizado de meios de coerção no direito brasileiro. Porém, com o advento do artigo 84 do CDC e com a introdução do artigo 461 no Código de Processo Civil, este princípio vem sendo atenuado, pois, é evidente a

necessidade de relativização da autonomia da vontade humana em face das obrigações infungíveis.

1.3 Da Efetividade do Processo e Tutela de Urgência

A problemática da efetividade do processo tem como eixo central o “tempo”. Se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo ele desempenha papel semelhante, pois, processo também é vida.² Inegavelmente a demora processual é insuportável quanto menos economicamente é a parte, o que vem a agravar a desigualdade social que também se reflete no procedimento. Desta forma, o tempo é um dos grandes adversários da efetividade do processo.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição desempenha função fundamental na busca pela efetividade do processo. De nada adianta o acesso à justiça se o direito material discutido não for garantido de forma efetiva, ou seja, se o processo que é o meio hábil para buscar esse direito for capaz de satisfazer essa pretensão.

Nesse sentido, entende Marinoni (1994, p. 57):

[...] Dessa forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social.

No momento em que o Estado assumiu o direito de decidir, vedando em regra a autotutela, surgiu a ação processual com veículo destinado a sua realização. Esta ação processual para poder realizar as diversas ações do direito material, precisa a elas adaptar-se. Assim, nessa perspectiva, a ação não se exaure com sua mera propositura, mas configura direito ao procedimento, à cognição, ao provimento e aos meios coercitivos adequados à pretensão do direito material.

Outro aspecto importantíssimo como acentua Dinamarco (2001), é que um dos grandes males da Justiça reside no conformismo do próprio juiz diante de certos preconceitos que tradicionalmente limitam a efetividade da tutela e o levam a atitudes passivas diante da inocuidade de certas decisões, atrelado à indesejável estagnação

² DONALDO, Armelin. **A tutela jurisdicional cautelar**. RPGESP, v. 23, p.115.

das legislações, esse comportamento é responsável pela fraqueza da Justiça e pela generalizada insatisfação em face dela.

Segundo Dinamarco (2001), tutela é proteção e consiste na melhora que o litigante vencedor recebe na sua situação jurídica deduzida em juízo, de modo que, terminada a relação jurídica processual, ele se encontre, na sua vida em comum em relação ao outro litigante e aos bens controvertidos, em situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Logo, há sentenças aptas a conceder por si próprias a tutela a quem tem razão, como a constitutiva e as declaratórias em geral, todavia, existem as que deixam a situação ainda indefinida, sem eliminar de pronto a crise jurídica que envolve os litigantes. Tais são as sentenças condenatórias, e de modo mais agudo, as que condenam por obrigações de fazer ou de não fazer. Aqui está o ponto central onde o obrigado tem meios eficientes para prosseguir em sua resistência à pretensão do credor e ao comando contido na sentença judicial, prejudicando a efetividade do processo face ao direito material discutido.

Os sistemas processuais em geral têm grande tendência ao conformismo, optando com extrema facilidade pela conversão do objeto da obrigação em pecúnia renunciando à execução específica.

Rebatendo tal assertiva Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei apud por Dinamarco (2001, p. 756) dizem:

Na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem razão tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.

Essa colocação doutrinária, indubitavelmente, ainda não se traduziu em disposições legislativas e orientações jurisprudenciais, que de modo objetivo e enérgico autorizem medidas capazes de remover essas resistências e omissões, para proporcionar a efetiva execução específica dos julgados nessa matéria, proporcionando a tão almejada efetividade do processo.

As tutelas de urgências e o ideal da tutela diferenciada começaram a ser implantadas, de maneira tímida, com a adoção do poder geral de cautela (artigo 798 do Código de Processo Civil), com o julgamento antecipado da lide (artigo 330 do

Código de Processo Civil), com o procedimento sumário (artigos 275-281 do Código de Processo Civil), com a ampliação do rol de títulos executivos e outros expedientes manejados pelo Código de 1973.

Destarte, foi na reforma da década de 1990, que o Código de Processo Civil sofreu as mais significativas remodelações na linha das tutelas diferenciadas, dentre elas a criação em caráter geral da tutela antecipada (artigo 273), a consagração das garantias da tutela específica para as obrigações de fazer e não fazer (artigo 461) e a ação monitória (artigos 1102-A a 1102-C).

Importante ressaltar, que no caso das obrigações de fazer e não fazer, várias e importantes inovações no âmbito do direito processual foram introduzidas, tanto para reforçar a teoria do cabimento da execução específica, sempre que possível, como para protegê-la por variados mecanismos de antecipação de tutela, de coerção e de sub-rogação.

Assim, o artigo 461 do Código de Processo Civil coloca em último plano a conversão em perdas e danos, e dá garantia ostensiva ao direito do credor de exigir, em juízo, o cumprimento in natura da prestação devida, ou de algo que praticamente a ela equivalha. Desta forma, o que se almeja é a plena realização do direito material discutido por intermédio da tutela específica, onde a sentença mandamental e as executivas *lato sensu* operam papel preponderante, mediante a utilização de técnicas e mecanismos de sumarização do processo, e que serão analisados nos capítulos posteriores.

1.4 Modelo Constitucional e Ciência do Processo: Breves Considerações sobre a Instrumentalidade do Processo

Indubitavelmente, o Estado seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição exerce o denominado poder estatal, que se traduz em atos imperativos visando à prática e a observância dos objetivos do processo. É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos de interesses, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa. Assim, o processo é, nesse prisma, um instrumento a serviço da paz social.

Sob essa ótica, particulariza Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 41):

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídicos.

De acordo com Dinamarco (2000, p. 149, grifo do autor) é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego.

Conforme dito anteriormente, o processo perquire escopos, ou seja, propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Logo, fixar esses escopos, nada mais é do que buscar a *utilidade* do processo.

Assim, o coroamento de toda a atividade desenvolvida com vista a certos objetivos bem definidos e até mesmo individualizada em função deles há de ser representado, naturalmente, pela plena realização dos objetivos eleitos.

Neste sentido propugna-se Dinamarco (2000, p. 297):

Propugna-se pela admissão do maior número de pessoas e conflitos ao processo (universalidade da jurisdição), indicam-se caminhos para a melhor feitura do processo e advertem-se os riscos de injustiça, somente porque de tudo isso se espera que possam advir resultados práticos capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas envolvidas. Não é demais realçar uma vez mais a célebre advertência de que o processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito.

Em suma, aqui está a síntese de tudo. Logo, é preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja capaz de alterar o mundo, ou seja, de conduzir as pessoas à “ordem jurídica justa”. Neste norte, requer-se uma maior aproximação do processo ao direito, mas o processo deve estar posto a serviço do homem, e não este a serviço da técnica. Desta forma, para a consecução deste propósito é indispensável que o sistema processual esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos

reconhecidos. Assim, falar da instrumentalidade do processo é alertar para a necessária efetividade do processo, ou sejam para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho para ter consciência dos objetivos a atingir, bem como conhecer e superar os óbices econômicos e jurídicos que antepõem ao livre acesso à justiça.

2 DO ESTUDO DA TUTELA JURISDICIONAL

2.1 A Tutela Jurisdicional como Espécie da Tutela Jurídica Estatal

De acordo com Dinamarco (2001, p. 807-808):

A tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos magistrados, o Estado ministra a quem tem razão num processo. Enfim, tutela é proteção, ajuda. É *jurisdicional* a proteção outorgada mediante o exercício pleno da *jurisdição*, para que a parte beneficiada por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava.

Nada obstante, o alvo máximo do processo civil é a pacificação de pessoas e a eliminação de conflitos de interesses, obedecendo por óbvio os critérios de justiça, consistindo nisso a função estatal que é tradicionalmente chamada de jurisdição. Desta forma, o exercício pleno da jurisdição há de ter como resultado a prevalência efetiva de uma pretensão, para que o conflito seja extirpado e o Estado cumpra sua função pacificadora. Aqui se fala em processo civil de resultados.

Complementando a discussão Dinamarco (2001, p. 809) explicita:

Tutela jurídica, no sentido mais amplo, é a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade – seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio. A tutela jurídica estatal realiza-se em dois planos: o da fixação de preceitos reguladores da convivência e o das atividades destinadas à efetividade desses preceitos.

A historicidade das nações e do direito mostra como a ordem jurídica substancial procura ser o espelho dos valores vigentes em cada tempo e lugar. Particularmente, a evolução dos conceitos axiológicos repercute no ordenamento jurídico mediante o modo como define e dimensiona os direitos, poderes e faculdades, equilibrando-se com obrigações, deveres e ônus. Assim, a propensão que cada um a obter situações sempre favoráveis é contida e regulada segundo pressupostos éticos e axiológicos acatados pelo Estado, sendo que isso ocorre, em primeiro lugar, no plano abstrato da lei material.

O Estado, por intermédio de meios de atuação próprios, predispõe a impor imperativamente a observância das normas (tutela preventiva) e as conseqüências antes ditadas no plano puramente abstrato (tutela reparatória). Entre esses meios de atuação, inclui-se a atividade administrativa, como também e, principalmente, a jurisdicional.

Neste patamar, falar em tutela jurídica equivale, portanto, a captar o fenômeno tutelar estatal a partir de determinado ponto de seu percurso. Há de se considerar que a fixação de normas de convivência e sua atribuição abstrata de bens é parte integrante do *iter* da tutela que o Estado oferece.

Por derradeiro, o Estado estabelece as situações em que os próprios direitos surgem na vida das pessoas, protegendo-as desse modo e querendo que obtenham de fato os bens e as situações pleiteadas. Como assegura Dinarmarco (2001, p. 811) “isso já é tutela jurídica”. Isso significa que, não basta que o legislador preveja as situações de vantagem no plano substancial sem que existam instrumentos adequados para a persecução de sua realização prática.

Além disso, a tutela jurisdicional é a tutela de “*quem tem razão*” havendo uma progressão que vai do ingresso em juízo à obtenção de um provimento. Nessa medida, é inegável que a tutela jurisdicional designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento.

Neste sentido, aceitando-se essa premissa, no processo de conhecimento, a tutela (sentença de mérito) pode beneficiar tanto ao autor quanto ao réu, dependendo de quem venha a lograr êxito, amparado logicamente pelo direito material. Também se pode concluir que, no processo de execução, apenas se cogita uma tutela em favor do exeqüente, sendo que já existe um título executivo que legitima um direito pré-existente, visto que neste caso somente são praticados atos de invasão na esfera patrimonial do executado, ficando o exame do mérito em um plano eventual – como no caso dos embargos –; e que no processo cautelar, onde não há uma autêntica prestação de tutela, exceto se admitida a tese de um direito substancial de cautela.

Assim, conforme ressalta Bedaque (2001, p. 20):

Na medida em que a atividade jurisdicional representa a resposta dada pelo Estado à proibição da autodefesa, é necessário proporcionar ao titular de um interesse juridicamente protegido, exatamente aquilo que o direito substancial lhe concede, mas que, por alguma razão, não foi possível efetivar-se naturalmente.

Desta forma, a tutela jurisdicional deve atender a necessidade de urgência em algumas situações, sendo que o Estado deve proporcionar meios eficazes para satisfação de direitos, visando neutralizar o tempo, principal empecilho para a efetividade de processo, dando a cada um a proteção necessária para a proteção de seus direitos.

2.2 Conceito de Tutela Jurisdicional: Tutela Jurisdicional e Atividade Jurisdicional

A tutela jurisdicional não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juízes no exercício da função jurisdicional. Como leciona Dinamarco (2001, p. 812), “a tutela é o *resultado* do processo em que essa função se exerce. Ela não se exaure na sentença em si mesma como um mero ato processual, mas primordialmente nos efeitos que ela projeta para fora do processo, ou seja, nas relações entre as pessoas”. Aqui ocorre a denominada atividade jurisdicional.

Para que se possa dar seguimento ao exame proposto, é preciso fixar premissas de ordem conceitual, para se entender o que vem a ser *tutela jurisdicional*.

A tutela jurisdicional se apresenta sob várias formas, com conteúdo diverso, tudo em função da natureza do direito a ser protegido. Logo, é necessário verificar de que maneira o direito processual se dispõe a assegurar a atuação das regras materiais, ou seja, quais os mecanismos de que é dotado o direito processual para oferecer proteção no plano substancial.

Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal, é imprescindível que o titular da situação substancial possa utilizar instrumento estruturado para assegurar a proteção real de seu direito, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe

conferiria. Daí se diz que a efetividade do processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a resolver os inúmeros problemas surgidos no plano material.

É por isso, que na construção do sistema processual de tutelas, não se pode menosprezar ou ignorar a realidade jurídico-material. Reconhecendo essa influência, a efetividade do processo estará realizada.

Portanto, com base nessas premissas, a tutela jurisdicional deve ser adequada às especificidades do direito material, não podendo haver a construção de um sistema processual totalmente neutro, sendo que a vantagem de meios procedimentais, formas e espécies de tutelas relacionadas com o direito material, estão relacionadas com as necessidades específicas das relações de direito substancial.

Neste sentido, Bedaque (1996, p. 31) conceitua tutela jurisdicional:

Tutela jurisdicional, portanto, é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial.

Vem bem a calhar, o entendimento de Yarshell (1999, p. 29) sobre a tutela jurisdicional:

[...] a propósito do conceito de tutela jurisdicional – entendida como a que é prestada em favor de quem tem razão (ou como sinônimo de tutela de direitos no âmbito jurisdicional) –, poder-se-ia dizer tratar-se de conceito sincrético ou, quando menos, calcado na premissa da ação como direito concreto, isto é, como direito a um provimento favorável.

Por fim, a tutela jurisdicional significa mais do que direito de ação, representa a adequação do provimento à situação lamentada pelo demandante, sendo assim um conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial.

2.3 Tutela Jurisdicional, Direito Material e Processual

A partir do momento que há uma insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá e deverá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional. Pontes de Miranda (1973, p. 117) diz que “o Estado prometeu a prestação jurisdicional. Assim, com o assumir essa função que substitui a justiça de mão própria, nasceu aos titulares de direitos, pretensões, ações e exceções, a pretensão à tutela jurídica.” Desta forma, o Estado o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito de interesses, segundo um método de trabalho pré-estabelecido em normas adequadas. A isso se dá o nome de *processo*.

Para justificar a autonomia científica do direito processual, os estudos fundamentais deste novo ramo da ciência do direito preocuparam-se, inicialmente, em delinear sua separação do direito material.

Devemos ter em mente que o direito processual e o direito material são ramos diferentes, embora possuam uma ligação intrínseca e indissociável, submetido cada um a princípios e regramentos próprios. Foi na segunda metade do século XX, que a ótica processual se deslocou justamente para essa conexão que não pode deixar de existir entre direito material e processo. Por isso, é que o processo passou a ser estudado como meio de valorizar o direito como um todo e de assegurar a tão almejada efetividade às garantias e mandamentos de todo o direito de fundo, de maneira que nenhum dos dois ramos possa ser visto de forma isolada, mas sim de uma única realidade normativa. Na medida em que se reconhece a necessidade de o instrumento se adequar ao objeto, o processo e seus institutos fundamentais devem ser moldados à luz das necessidades sociais, que fazem surgir novas relações jurídicas. Exemplo disso se vê na ação civil pública para defesa do meio ambiente, direitos do consumidor, portador de deficiência, criança e adolescente, dentre outros.

Deste modo, a tutela efetiva dos interesses coletivos, próprios de uma sociedade de massa, exige e requer a renovação do modelo clássico de processo, inadequado e insuficiente para resolver as novas questões que certamente irão surgir.

Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 40, grifo do autor) fornece uma clara e importante diferenciação conceitual entre os dois institutos:

[...] chama-se *direito processual* o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado. *Direito material* é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.).

No entanto, o que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, ou seja, das partes, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste.

Como diz a doutrina, por intermédio de Grinover (2001, p. 40), “o direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material”.

Nada obstante, os processualistas preferem substituir a fórmula clássica “instrumento a serviço do direito material” pela expressão “tutela jurisdicional”, que em outros termos, nada mais significa do que proteção dos direitos mediante atuação plena da ordem jurídica. (LOPES, 2001, p. 25)

Assim, antes e durante o desenvolvimento do processo, as partes processuais têm asseguradas inúmeras garantias, como a inafastabilidade, isonomia, contraditório, ampla defesa, direito constitucional à prova. Todas essas garantias constituem mecanismos do devido processo legal e imprescindíveis ao acesso e à legitimidade da tutela jurisdicional. São instrumentos processuais que visam garantir a tutela e o acesso à ordem jurídica justa postas e disponibilizadas pelo Estado seguindo o modelo processual constitucional (CF, artigo 5º, XXXV).

Daí, dizer-se que “a tutela jurisdicional é a proteção que se dá a determinado interesse, por via jurisdicional, assegurando direitos ou a integridade da esfera jurídica de alguém”. (BEDAQUE, 1996, p. 30)

Por assim dizer, a tutela jurisdicional é o amparo que os juízes, no exercício pleno da jurisdição, oferecem ao litigante que tiver razão, ou seja, é a concreta e efetiva oferta dos bens ou situações jurídicas que lhe favoreçam na realidade da vida, sendo assim, a real satisfação de uma pretensão.

Bedaque (1996, p. 31, grifo do autor) diz que:

Semelhante é o significado da expressão *tutela jurídica de direitos*, utilizada pela doutrina italiana, que representa a garantia constitucional da tutela jurisdicional de todos os direitos subjetivos, sendo impossível ao legislador subtrair das pessoas o direito de acesso ao Poder Judiciário.

Portanto, a tutela de direitos é o fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento, ocorrendo dentro ou fora do processo, mediante intervenção estatal. Neste diapasão, há uma equivalência entre as duas locuções, de forma a falar-se em *tutela jurisdicional dos direitos*, isto é, a tutela de direitos mediante o exercício da jurisdição.

2.4 Classificação da Tutela Jurisdicional

O Estado impôs a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem, limitando desta forma a autotutela. Por conseguinte, outorgou ao Poder Judiciário a atribuição de solucionar os conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto.

Destarte, a grande parte dos fenômenos processuais leva em conta dados fornecidos pela situação da vida regrada pelo direito material. Deste modo, a prestação jurisdicional divide-se em três espécies distintas: tutela de cognição, tutela de execução e tutela cautelar. Em consequência disso, à tutela de cognição corresponde ao processo de conhecimento; à de execução ao processo de execução e à de assecuração ao processo cautelar.

2.4.1 Tutela cognitiva

De acordo com Fux (1996, p. 07):

A atividade cognitiva é considerada o núcleo mais expressivo da jurisdição, sendo que realmente, a cognição, como a atividade de conhecer fatos e direito para julgar, lega ao Judiciário a tarefa de dizer o direito – *jus dicere* – aplicável à espécie, substituindo a inteligência dos contendores na compreensão dos fins da lei.

Logo, o Poder Judiciário por intermédio da cognição, aplica a lei ao caso concreto, impondo a sua vontade, exteriorizada no ato final, com coerção e autoridade. Visa-se, por assim dizer, no processo de conhecimento a obtenção da resposta judicial acerca de quem efetivamente tem razão à luz do direito positivo.

Neste tipo de tutela o processo serve para dar razão a quem efetivamente tem, ou seja, o Judiciário é convocado a declarar entre duas partes ou mais, quem tem razão e quem a não possui. Destarte, é aqui que a cognição encetada pelo juiz admite variações quanto à extensão (sumária e exauriente) e profundidade (horizontal e vertical) do tema, porém este estudo será analisado em momento oportuno.

Pode-se dizer que a tutela cognitiva provoca o juízo, em seu sentido mais restrito e próprio. Por intermédio de sua instauração, o órgão jurisdicional é chamado a julgar, declarando qual das partes tem ou não razão. Há uma verdadeira análise, seja de maneira superficial (quando a atividade jurisdicional demanda celeridade em razão do direito discutido) ou exauriente (quando a atividade jurisdicional requer uma análise mais aprofundada), visando conhecer os fatos e declarar o direito.

Assim, na tutela cognitiva, há uma submissão do direito afirmado a um exame destinado a certificar ou não sua existência, sendo que o juiz analisará os fatos e declarará se a demanda é fundada ou infundada, adequando o plano abstrato ao plano da lei (concreto), dizendo quem tem razão ou não, exercendo a atividade jurisdicional que lhe foi outorgada.

2.4.2 Tutela executiva

No segundo gênero de tutela jurisdicional está a tutela executiva, que visa precipuamente a prática de atos que visem a satisfação do direito afirmado no mundo prático obtendo deste modo o bem da vida pleiteado ou a situação que lhe favoreça.

A este propósito comenta Fux (1996, p. 14):

Os atos jurisdicionais que se pleiteiam não o são de definição de direitos, como ocorre na cognição, mas antes de realização, mesmo em face da demonstração *prima facie* do bom direito do exequente pela exibição inicial e obrigatória de um “título executivo”. Preponderam, pois, os atos materiais sobre os intelectivos, o que justifica uma maior descentralização das atividades processuais e o aparecimento de maior número de protagonistas nesse processo, onde os meios são múltiplos para alcançar-se o escopo final da tutela, que é a “satisfação prática” dos interesses do credor.

Na tutela executiva, as repercussões práticas dos atos coativos são de execução forçada, distinguindo-se do processo de cognição, onde o que se altera no processo de execução não é a situação existente entre as partes, e sim, uma mudança física, real ou material relativamente ao que antes existia. A propósito da distinção entre processo de conhecimento e processo de execução, Grinover (2002, p. 313), observa que “no primeiro, se vai dos fatos ao direito (*narra mihi factum dabo tibi jus*), enquanto que no segundo se vai do direito (declarado na sentença) aos fatos (que são modificados pela atividade executiva, para conformar-se ao direito).”

Segundo, Pacheco (1976, p. 70-71):

Execução é a prestação jurisdicional do Estado, a pedido do interessado, para a efetivação do enunciado de sentença exeqüível ou do título extrajudicial. Nesse caso, é a conformação da realidade ao enunciado sentencial ou do título executivo extrajudicial, como prestação jurisdicional, por meio do processo, instaurado pelo interessado, de acordo com a lei processual.

No mesmo sentido, preceitua Santos (2001, p. 205):

A execução forçada, ou, simplesmente, execução, que é o processo pelo qual o Estado, por intermédio do órgão jurisdicional, e tendo por base um título judicial ou extrajudicial, empregando medidas coativas, efetiva e realiza a sanção. Pelo processo de execução, por meio de tais medidas, o Estado vias a alcançar, contra a vontade do executado, a satisfação do direito do credor.

Portanto, a execução é a atuação da sanção inerente ao título executivo. Nada obstante, a tutela executiva baseia-se numa história de equidade e proteção evidentes direitos fundamentais do devedor. Por isso que segundo Fux (1996, p.15), “o processo de execução evoluiu juntamente com a evolução dos conceitos de inadimplemento e suas conseqüências, estas outrora bárbaras até o ponto em que

se toca o limite do prestígio ao inadimplemento, notadamente no campo das obrigações personalíssimas, por força da regra do *nemo potest cogi ad factum*, como já visto (item 1.2 *retro*), superada pelas *astreintes* do direito francês.”

Tem a tutela satisfativa o fito de dar ao credor aquilo que ele obteria se a obrigação tivesse sido cumprida voluntariamente, preservando-se de tal forma que ele não sinta os efeitos do descumprimento. Para isso, vale-se o Estado de meios múltiplos de obstinação do devedor, suprimindo-o nos casos em que não seja imprescindível o seu atuar. Nesse diapasão, ora o Estado substitui o devedor no cumprimento da obrigação (meios de sub-rogação), ora compele o *solvens* a colaborar sob pena de infligir-lhe uma sanção pecuniária ou restritiva de direitos (meios de coerção).

De sorte que, a finalidade da tutela executiva é assegurar o direito do credor que se justifica pelo título executivo, sem sacrificar de sobremaneira o devedor, dispondo que o exeqüente deve receber aquilo a que faz jus segundo o título executivo, devendo-se alcançar esse fim do meio menos oneroso para o devedor. Logo, a execução objetiva um resultado específico que é o provimento satisfativo do direito do credor.

2.4.3 Tutela cautelar

Para que a reintegração do direito por via jurisdicional pudesse ser eficaz e tempestiva, seria necessário que o conhecimento e a execução forçada intervissem instantaneamente, de modo a colher a situação do fato tal como se apresentava no momento em que a atividade jurisdicional foi invocada. Entretanto, a instantaneidade do provimento jurisdicional de mérito não é possível na prática, porque o desenvolvimento das atividades jurisdicionais reclamam tempo. Assim, há o perigo ou receio de que, enquanto os órgãos jurisdicionais operam, a situação de fato se altere de tal modo que torne ineficaz e ilusório o provimento.

Nesta mesma linha de raciocínio, observa Fux (1996, p. 19):

Observou o legislador de todos os tempos que o próprio processo de “amadurecimento” da decisão após a manifestação das partes impunha um lapso de tempo, por vezes prejudicial ao objeto do juízo, que, exatamente por isso, ficava sujeito a mutações prejudiciais ao julgamento, quer por força de atos maléficos perpetrados por uma parte contra o direito da outra antes do julgamento da causa, quer em função da própria natureza das coisas.

Por esta razão, acrescenta-se a tutela cognitiva e a tutela executiva, uma terceira tutela, auxiliar e subsidiária, que visa assegurar o êxito das duas primeiras: é a denominada tutela cautelar.

Importante ressaltar que esse tipo de tutela diz-se eminentemente processual porque o interesse tutelado não é atributivo de bens da vida. Assim, a tutela cautelar revela-se a mais importante de todas as tutelas pela própria antecedência lógica toda vez que uma situação de periclitção sinaliza para a frustração da tutela principal (cognitiva ou executiva) em razão da impossibilidade de prestação da justiça imediata.

Ademais, a atividade cautelar é preordenada a evitar que o dano decorrente da não observância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional. O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor, verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, sendo que a tutela cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo.

Observa Grinover (2002, p. 318) que:

A atividade do órgão jurisdicional, quando provê à tutela cautelar, não difere intrinsecamente das demais: há conhecimento, para decidir se se verificaram as condições impostas pela lei para a concessão do provimento cautelar; e há execução, para atuar a medida nos casos mais freqüentes em que essa atividade ulterior é necessária para atingir o escopo a que o processo tende.

Por conseguinte, no processo cautelar há atos cognitivos, bem como, atos executivos, visando assegurar o resultado prático de um outro processo, dito principal.

Em suma, as três tutelas estudadas (cognitiva, executiva e cautelar) constituem-se nas espécies de tutela jurisdicional que se diferenciam em razão das

circunstâncias inerentes à situação da vida que clama pela proteção jurisdicional, com princípios, procedimentos e ações próprias, formando a estrutura base de todo o processo civil brasileiro, sendo de suma importância o estudo delas, para o entendimento dos itens seguintes.

2.5 Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas

Atualmente, muito se fala em tutela jurisdicional diferenciada como fator decisivo para a efetividade do processo. Trata-se de adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado. Essas formas especiais de tutela jurisdicional levam em conta a natureza do direito pleiteado e os mecanismos necessários para sua efetiva satisfação.

De sorte que, não existe um único processo que ofereça uma única forma de tutela para todas as situações de vantagem, porém existe, ao invés, uma pluralidade de processos e uma pluralidade de formas de tutela jurisdicional, sendo que a diversidade destes processos e destas formas de tutela, e as suas variadas combinações, refletem a diversidade das necessidades de tutela das situações de vantagem.

Antigamente todas as pessoas eram livres para externar suas vontades e, assim, dispor de seus bens e contrair obrigações, onde o regime contratual encontrou seu apogeu na consagração da regra do *pacta sunt servanda*. O contrato, oriundo da vontade livre do contratante, era lei a ser respeitada e cumprida, sem resistência.

Destarte, naqueles tempos, como o indivíduo era o centro de toda a normatização jurídica, mesmo quando não cumprisse o contrato, não poderia, de forma alguma, ser pessoalmente compelido ou forçado a executar a prestação consignada ao credor. Logo, toda e qualquer sanção imposta ao descumprimento da obrigação teria de recair sobre o patrimônio do devedor.

Porém, quando a prestação estivesse ligada a uma ação pessoal do devedor – um fazer ou um não fazer –, esbarrava a concepção liberalista numa barreira intransponível. Deste modo, ninguém poderia obrigar um indivíduo a praticar uma

execução forçada. Era a concepção da regra romana *nemo ad factum potest cogi*, sendo tal regra exportada para todo o mundo ocidental.

Ademais, na plenitude do liberalismo, não havia lugar, em princípio, para a execução específica das prestações de fazer e não fazer. Em razão da intangibilidade humana preconizada pelo liberalismo, restando ao credor senão conformar-se com as perdas e danos.

No entanto, no século XX, com o conseqüente desvio de foco do indivíduo para a sociedade que se conseguiu divisar a existência de interesses sociais que estavam a reclamar a atenção do ordenamento jurídico, forçando, assim, a ampliar seus domínios. Nesta época, o Estado Liberal foi aos poucos sendo suplantado pelo Estado Social. Assim, o Estado Democrático assumiu a intervenção na vida econômica e social para proclamar e fazer respeitar os direitos coletivos e difusos e, para tanto, não podia valer-se apenas dos procedimentos arcaicos e ultrapassados do século XIX, com o predomínio dos ideais liberalistas.

Aos poucos foram surgindo ações de feição coletivo para instrumentalizar direitos até então nem sequer conhecidos da ordem jurídica tradicional, como os direitos indivisíveis da comunidade, isto é, da sociedade concebida como um todo. Ao mesmo tempo, ampliava-se à ordem jurídica material para agasalhar os direitos transindividuais ou coletivos, e concebiam-se novos procedimentos judiciais que pudessem lhes dar cobertura quando necessário fosse discuti-los em juízo. (THEODORO JÚNIOR, 2002)

Foi neste contexto que se insinuou e se fez prevalecer a teoria das tutelas diferenciadas, buscando, sobretudo dar uma maior efetividade, ou seja, perseguir resultados correspondentes a melhor e mais justa composição do litígio.

Complementando tal entendimento, a principal preocupação dessa nova visão da tutela jurisdicional era não só a de criar novos procedimentos como abrir, sempre que possível, um leque de opções que permitisse, conforme as oportunidades, contar com mais de uma via processual à sua disposição; e dentro de um mesmo procedimento, fosse possível inserir-lhe expedientes de aceleração e reforço de eficácia, tendentes a proporcionar ao direito material da parte a mais plena tutela conforme a particularidade de cada caso. Nesse sentido, as chamadas tutelas

diferenciadas se prestam a valorizar o hodierno *processo de resultados*, onde o compromisso maior da jurisdição é com a efetividade da prestação posta a disposição do litigante. (THEODORO JÚNIOR, 2002)

Para Soares (2000, p. 135), “entendida literalmente a expressão tutela jurisdicional diferenciada, ter-se-ia que para necessidades diversas de tutela corresponderiam formas diversas de sua prestação.”

Neste sentido entende Yarshell (1999, p. 31):

Com efeito, quando a doutrina fala, por exemplo, de uma tutela jurisdicional “diferenciada”, não cogita apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também dos meios predispostos à consecução desse resultado. Assim, embora nesse contexto o resultado se revista de peculiaridades e características ditadas pelos meios ordenados a sua consecução, é também para esses últimos que se atribui o qualificativo diferenciado.

Assim, para que o sistema processual possa proteger de forma adequada e efetiva as várias situações concretas, tornam-se imprescindíveis não só procedimento, cognição e provimento adequados, mas também um amplo leque de modalidades executivas capazes de permitir ao juiz tornar efetiva a tutela jurisdicional nos vários casos que a ele são apresentados. Logo, as tutelas diferenciadas giram em torno das peculiaridades das demandas ajuizadas e das correspondentes adaptações de rito, provimento e cognição.

No tratamento do tema, não se pode esquecer daquilo que se convencionou chamar de *tutela jurisdicional específica*, consubstanciada nas execuções que atuam diretamente sobre o objeto do direito exeqüendo ou coisa devida, para que assim se atinja uma restauração idêntica à da situação violada. Trata-se de tema intimamente vinculado ao direito material, que, na verdade, determina o limite da atuação jurisdicional. Ali está fixada a extensão do direito a ser reconhecido e atuado pelo juiz, que não deve ficar aquém, mas também não pode ir além do permitido pelo ordenamento material.

Neste sentido, entende Bedaque (1996, p. 53):

Muitas das dificuldades encontradas pelos processualistas para determinar exatamente o limite possível da intervenção jurisdicional na esfera jurídica

do devedor dessa espécie de prestação, substituindo sua vontade e proporcionando ao credor exatamente aquilo que lhe é assegurado, residem na imperfeita compreensão dos limites traçados pelo ordenamento jurídico material. Por isso, a correta determinação da natureza da tutela jurisdicional substitutiva, seu alcance e sua eficácia dependem fundamentalmente do direito substancial.

Outrossim, ligada às formas de tutela diferenciada e de tutela específica, a própria antecipação da tutela reforça, por assim dizer, as afirmações anteriores. Vale dizer: os meios atuam, ainda que provisoriamente, em prol de quem não tem razão.

De acordo com Bedaque (2001, p. 26):

a expressão tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo.

Nada obstante, de maior interesse é o segundo entendimento acerca do tema, onde o sentido da expressão tutela diferenciada, abrange as modalidades de tutela sumária. Assim, nestes tipos de tutela, o que se busca é a sumariedade da cognição, visando assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

Em suma, por enquanto basta a constatação da existência, no sistema processual brasileiro, de formas diferenciadas de tutela jurisdicional, caracterizadas pela urgência e pela sumariedade da cognição exercida pelo juiz. Em outras palavras, o estudo das tutelas jurisdicionais diferenciadas visa buscar uma forma adequada da prestação da tutela jurisdicional em face da pretensão deduzida, principalmente em face do surgimento de novos direitos que demandam meios processuais ágeis e céleres, pois, o direito material posto em juízo necessita de efetividade garantindo-se assim, o acesso à justiça a todos os indivíduos. Ademais, busca-se a superação de limitações genéticas do processo de conhecimento ordinário e de sua adequação ao mundo contemporâneo. Aliás, para um melhor entendimento a respeito do tema, é de fundamental importância entender o que vem a ser a chamada *cognição do processo*.

2.6 A Cognição no Processo

Cabe ressaltar que o direito processual não pode caminhar de forma desvinculada com o direito material, sendo que o processo foi concebido para o direito material e não o contrário. Desta forma, não se pode dizer hoje em dia que, a idéia da tutela jurisdicional, se resume apenas a uma sentença, pois o jurisdicionado não deseja apenas uma declaração dizendo que ele ou aquele tem direito; ele aspira a real efetivação de sua pretensão, ou seja, o bem da vida objeto da lide. Logo, a tutela jurisdicional revela-se muito mais ampla, pois está intimamente ligada a noção de acesso a uma ordem jurídica justa e a própria efetividade do processo.

Aquele que afirma ser titular de um direito o faz com suporte num fato do qual está crente da existência, existência esta que se conforma com o ordenamento jurídico, portanto, está a parte certa do seu direito. Do mesmo modo, a parte contrária ao contestar, assim também procede estando convicta do seu direito. Ao jurisdicionado é que caberá investigar, no curso da relação jurídica processual, qual das versões é verdadeira proporcionando-lhe a certeza.

Até bem pouco tempo atrás, a tutela cautelar, era um instrumento excepcional e suficiente, para evitar que a lentidão do processo resultasse a inefetividade da prestação da tutela jurisdicional. Destarte, a proliferação das cautelares distorceu o procedimento ordinário resultando em novas exigências de uma sociedade urbana de massa, bem como resultando em um crescimento desordenado, com a formação de grandes centros urbanos e também do desenvolvimento da tecnologia de informática e das telecomunicações. Daí porque o processualista começou a desenvolver novas técnicas procedimentais que permitissem a efetivação do direito material mediante *cognição sumária*. (ALMEIDA, 2006)

Nada obstante, para que o procedimento se amolde à pretensão do direito material, é de suma importância o estudo da *cognição*, como técnica destinada à concepção de tutelas jurisdicionais diferenciadas.

A cognição é uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou a peculiaridade da pretensão a ser tutelada, sendo que a utilidade da cognição como uma técnica para a concepção de diferentes tipos de procedimento,

com vistas à instrumentalidade do processo, tanto que o legislador processual a levou em consideração em inúmeras oportunidades. Destarte, levando-se em conta a pretensão de direito material do interessado, é possível concluir-se, através do tipo de cognição que lhe é apropriada, qual a forma de tutela que se mostra mais compatível.

Watanabe (1999, p. 58-59) conceitua cognição:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

Por assim dizer, cognição nada mais é que a aquisição de um conhecimento, ou seja, o magistrado no decorrer do processo toma conhecimento de todo o conjunto probatório existente nos autos para dizer o direito, isto é, dizer quem tem razão. (ALMEIDA, 2006)

Assim, o juiz antes de decidir a demanda e realizar o direito no plano material, realiza uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, sendo que existe um caráter prevalentemente lógico da cognição. Desta maneira, a atividade do juiz, reduz-se a um silogismo, no qual a regra jurídica abstrata constituiria a premissa maior, os fatos representariam a premissa menor e o provimento do juiz seria a conclusão.

Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser classificada em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade).

Ensina Watanabe (1999, p. 111), que no plano *horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo. Nesse plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou parcial) segundo a extensão permitida. Já no plano *vertical*, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta).

Esclarece ainda o mesmo autor que pode haver a combinação dessas modalidades de cognição, sendo que o legislador está capacitado a conceber

procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais.

Logo, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada por intermédio de provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento exaustivo quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição, sendo uma decisão que propicia um juízo de segurança e certeza maior.

Por derradeiro, pode ocorrer a combinação de diferentes espécies de cognição, como por exemplo: a) a cognição plena e exauriente (procedimento comum do processo de conhecimento); b) a cognição parcial e exauriente (embargos de terceiro); c) a cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* (mandado de segurança); d) cognição sumária ou superficial (liminares possessórias, ações cautelares e antecipação de tutela). Visando-se, desta forma, tornar eficaz o direito à adequada tutela jurisdicional.

2.6.1 Cognição plena e parcial

Na análise da *cognição plena*, esta objetiva à amplitude do conhecimento do juiz no plano horizontal, sendo assim considerada quando puder atingir, sem restrições, todas as questões do processo, como numa ação de investigação de paternidade.

A cognição plena é muito bem observada no procedimento comum ordinário, que em virtude de seu formalismo e solenidade, é mais lento, sendo considerado um modelo para os outros tipos de cognição. Na sua aplicação a crise de incerteza é completamente extirpada e solucionada, porque as partes puderam externar suas pretensões com uma maior amplitude (petição inicial, contestação e eventualmente a réplica), tendo assim um desenvolvimento linear principalmente quando da fase instrutória, e por derradeiro com as alegações finais que culminará com a sentença. Isto não significa que essa cognição seja exclusiva do procedimento comum ordinário, podendo ser perfeitamente utilizada no procedimento comum sumário. Em

suma, a cognição plena é refere-se à amplitude de conhecimento no plano horizontal.

Numa outra ótica, existe a chamada *cognição parcial*, que nada mais é do que uma limitação quanto à amplitude do debate das partes, restringindo-se o campo das pretensões de direito material e, conseqüentemente, das alegações da defesa, sem haver, no entanto, diminuição da intensidade da cognição, que se mantém no plano vertical exauriente.

Esclarece Watanabe (1987, p.87), “que a cognição parcial caracteriza-se por estabelecer uma limitação somente no tocante à amplitude, sem restrição, no entanto, à profundidade da cognição sobre o objeto cognoscível. Em outros dizeres, significa dizer que, em relação aos pontos e questões que podem ser conhecidos e resolvidos, desenvolve-se uma cognição exauriente, a qual, possuindo profundidade plena, permite ao juiz a prolação de uma sentença com aptidão suficiente para produzir coisa julgada material”.

Neste sentido observa Marinoni (1994, p. 15):

O legislador, através da técnica da cognição parcial, pode desenhar procedimentos reservando determinadas exceções, que pertencem à situação litigiosa, para outros procedimentos; nos procedimentos de cognição parcial, o juiz fica impedido de conhecer as questões reservadas, ou seja, as questões excluídas pelo legislador para dar conteúdo a outra demanda. É o caso das ações possessórias e das ações cambiárias.

A cognição parcial pode ser compreendida a partir do plano do direito material. Através desta perspectiva é possível a investigação do conteúdo ideológico dos procedimentos. Assim, a cognição parcial privilegia os valores da certeza e celeridade ao permitir o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada material em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa.

Um exemplo esclarecedor é o do Decreto-lei n. 911/69. Marinoni (1994, p.16) complementa que “no procedimento da busca e apreensão, o réu, na contestação, só poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais (art. 3º, §2º, do Decreto lei n. 911/69). O procedimento ora objeto da nossa análise, além de permitir a apreensão liminar do bem alienado fiduciariamente

(art. 3º, *caput*), restringe a matéria de defesa; é óbvio que estas limitações da cognição, a primeira no sentido vertical e a segunda no horizontal, têm por fim único a construção de um procedimento que atenda aos interesses de uma determinada classe”.

Podemos dizer que a técnica da cognição parcial permite apenas a visualização da ideologia dos procedimentos e não o controle da legitimidade dos procedimentos no sentido substantivo, tarefa que pode ser realizada pela cláusula do *substantive due process*.

2.6.2 Cognição exauriente e sumária

De acordo com Zavascki (1997, p.19), “sempre que a indagação do juiz não sofrer limitação quanto ao objeto cognoscível, ela será exauriente em relação à sua profundidade, ainda que haja restrição em relação ao campo das pretensões de direito material e, por sua vez, às alegações de defesa, caracterizando-se como limitações pertinentes à extensão da cognição, como o que se verifica na ação possessória ou na ação de consignação em pagamento, nas quais a extensão do debate é limitada pela parcialização do conflito (cognição limitada), mas o nível de cognição é integral (cognição exauriente)”.

A *cognição exauriente* deve ser entendida como uma técnica aplicável aos processos que visam à solução definitiva das lides submetidas ao conhecimento do jurisdicionado. Logo, quando um processo é submetido a uma cognição exauriente o espectro probatório foi totalmente analisado não podendo mais ser objeto de cognição em outro processo.

Destarte, a cognição exauriente é vislumbrada não só no procedimento ordinário, mas também no procedimento sumário. Também é verificada no plano dos procedimentos especiais.

Dias (1999, p.37) diz que, “a cognição exauriente, portanto, baseia-se em juízo de certeza, de convicção. É a modalidade prevista para a tutela definitiva porque, desenvolvida com maior profundidade, privilegia o valor da segurança jurídica”.

No mesmo sentido preceitua Nunes (2000, p. 35):

A cognição exauriente é a cognição típica dos processos que visam à solução definitiva das lides trazidas ao conhecimento do magistrado e quando se fala em cognição exauriente, portanto, se quer dizer que a lide objeto da cognição não mais será objeto de cognição em outro processo.

Quando se fala em cognição exauriente, não estamos ligando-se às fases procedimentais, mas sim ao momento em que o magistrado conhece a prova, devendo sempre fazê-lo profundamente, isto é, de forma exauriente. Assim, conhecimento exauriente refere-se ao conjunto de provas analisadas pelo magistrado até aquele momento colhido. Podemos dizer que a tutela de cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório de forma antecipada, ou seja, não permite a postecipação da busca da verdade e da certeza; a tutela de cognição exauriente, ao contrário da sumária, é caracterizada por produzir coisa julgada material.

Outro tipo de cognição que merece um estudo minucioso é o da técnica da *cognição sumária*.

Classificada no plano vertical, a cognição sumária conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável.³ (MARINONI, 1994, p. 17)

A cognição sumária é superficial, ou seja, menos aprofundada no sentido vertical. Neste tipo de cognição, de fato, não se produz coisa julgada material. Na sentença cautelar ou antecipatória o juiz nada declara, limitando-se, em caso de procedência, a afirmar a probabilidade da existência do direito afirmado pelo autor e a ocorrência da situação de perigo, de modo que, proposta a ação principal e aprofundada a cognição do juiz sobre o direito afirmado, o enunciado da sentença sumária poderá ser revisto, para que em um momento posterior declare o direito, agora de forma plena, tendo em vista o conhecimento de toda a lide proposta.

³ Podemos dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizada no sentido vertical objetivam: a) assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar); b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória urgente); c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista do custo do procedimento comum, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); d) realizar, quando o direito do autor surge como provável e a defesa é exercida com objetivos protelatórios, antecipadamente um direito (a tutela antecipatória, não fundada em *periculum in mora*, que se pretende introduzir no direito brasileiro).

Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina. (WATANABE, 2000, p. 128)

A cognição sumária pode ter graus diferenciados, não dependendo da cronologia do provimento jurisdicional no *iter* do procedimento, mas sim da relação entre a afirmação fática e as provas produzidas. Veja o seguinte exemplo: a liminar do procedimento do mandado de segurança e a liminar do procedimento cautelar diferem nitidamente quanto ao grau de cognição. No mandado de segurança a liminar é deferida com base no juízo de probabilidade de que a afirmação provada não será demonstrada em contrário pelo réu, enquanto a liminar cautelar é concedida com base no juízo de verossimilhança, por intermédio das provas admitidas no procedimento sumário.

Frise-se que a cognição sumária é uma técnica de elevada importância para a concepção de procedimentos ágeis, rápidos e de compasso ajustado ao ritmo da sociedade moderna e dos novos direitos que surgem a todo o momento. Esse tipo de cognição dependendo da relação da afirmação fática e as provas produzidas para ser concedida.

Neste sentido preceitua Marinoni (2000, p. 27):

O juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que o juiz assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe.

Para Watanabe (2000, p. 144-145):

Por mais que se consigna reduzir à expressão mínima as formalidades do processo comum e por melhor que seja a organização judiciária, haverá sempre direitos, pretensões materiais e interesses legítimos que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados, seja em termos de

procedimentos de cognição plena e exauriente ajustados às peculiaridades das situações substanciais controvertidas, seja em forma de procedimentos de cognição sumária, que atendam aos reclamos de extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional.

Por derradeiro, de acordo com a instrumentalidade do processo que norteia todo o sistema processual, a *cognição sumária* constitui uma técnica processual de valor insubstituível para a concepção de processo que tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.

2.7 Tutela Jurisdicional Diferenciada Adequada ao Direito Material Discutido no Processo e sua Efetividade

Com a proibição da autotutela privada, o Estado assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflituos. Assim, o processo dever fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida.

Ademais, todo o cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional, o que exige uma estruturação de procedimentos capazes de fornecerem a tutela jurisdicional adequada ao direito material discutido, ou seja, procedimentos que possibilitem resultado igual ao que seria obtido se espontaneamente fossem observados os comandos legais.

Marinoni (2000, p. 22):

A pouca sensibilidade para a necessidade de adequação do processo ao direito material e o fascínio que o procedimento ordinário sempre despertou nos processualistas permitiram o surgimento de lacunas no sistema processual de tutela dos direitos. É oportuno lembrar que, em determinada época, a instrumentalidade do processo foi confundida com a sua neutralidade em relação ao direito material; seria necessária apenas uma espécie de procedimento, e esse, acreditou-se, teria aptidão para propiciar tutela adequada às diversas situações de direito material.

De sorte que, não existe e não pode existir um único procedimento para a tutela dos direitos, mister se faz à existência de uma gama de procedimentos que se

ajustem a mais diversas situações postas em juízo, tendo em vista o surgimento dos chamados *novos direitos*.

Destarte, a problemática da efetivação das tutelas jurisdicionais diferenciadas em relação ao direito material discutido, não pode ser adequadamente compreendida à distância da premissa de que a prestação jurisdicional somente é efetiva com a sua efetivação.

Para Marinoni (2000, p. 70), “na realidade, o direito à adequada tutela jurisdicional tem como corolário a regra de que, quando possível, a tutela deve ser prestada na forma específica”.

Deduze-se, pois, que para se considerar uma tutela realmente efetiva e adequada, deve a mesma corresponder, sempre que possível, ao resultado que porventura seria obtido pelo titular do direito, ante a observância voluntária do ordenamento jurídico. Neste sentido, emerge a *tutela específica*⁴, que corresponde exatamente àquilo que se almeja, em detrimento da tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário da obrigação inadimplida devendo-se admitir esta tão somente quando impossível aquela, ou quando assim preferir o credor.

Atualmente, os processualistas pátrios têm se preocupado com a certa insuficiência do ordenamento jurídico, que muitas vezes, não dá uma resposta efetiva à situação lamentada. Neste sentido, várias reformas processuais foram levadas a efeito em nosso país, havendo, expressa disposição legal para a tutela de situações satisfativas de urgência, como o artigo 273 do CPC que trata da tutela antecipada, bem como para a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer disposta no artigo 461 do mesmo diploma legal, podendo o juiz neste último caso, valer-se das medidas que julgar necessárias para assegurar a efetivação da tutela.

Na busca pela efetividade da tutelas jurisdicionais diferenciadas adequada ao direito material discutido no processo, o aspecto mais importante é no tocante a sumariiedade da cognição, ou seja, para que uma tutela seja efetiva e adequada, mister se faz a busca de técnicas processuais e mecanismos que sejam aptos a

⁴ Segundo Talamini (2003, p.230) “específica é a tutela que tende à consecução de bens jurídicos outros, que não dinheiro. Mais precisamente, *tutela específica* (categoria que abrange – mas não se limita a – *execução específica*) é a que visa ao exato resultado jurídico que se teria, se não houvesse a necessidade do processo, em todos aqueles casos em que esse resultado final não consista na mera satisfação de uma dívida pecuniária”.

proporcionar de forma rápida e célere o direito pleiteado. É preciso romper com certos paradigmas que se cristalizaram em nosso ordenamento, sendo verdadeiros óbices para a satisfação plena dos direitos. Logo, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer é mais um marco, que com certeza trouxe benefícios importantíssimos para a tutela dos novos direitos.

Conforme exposto, a adoção das tutelas diferenciadas tem íntima relação com a efetividade almejada pelo Processo Civil de resultados. Assim, como o que se visa atualmente é a plena realização dos direitos por intermédio da tutela específica, tem-se como escopo o desenvolvimento das sentenças e provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, que operam no plano dos fatos, mediante técnicas de sumarização que serão analisadas no item que se segue.

2.8 Da Tutela Mandamental e Executiva Lato Sensu

O processo de conhecimento mostra-se inadequado e incapaz de dar efetividade aos diversos tipos de direitos materiais, principalmente em relação aos novos direitos que vem surgindo a todo o momento na sociedade.

De acordo com Yarshell (1998, p. 163):

ao lado das tutelas tradicionais, a doutrina reconhece cada vez com maior força, a existência das duas outras modalidades de ações – mandamentais e executivas *lato sensu* – contudo, do ponto de vista lógico e sistemático tais categorizações não estão calcadas no mesmo critério empregado para a tipologia precedente e, sob esse ângulo, não podem ser cientificamente aceitas sem ressalvas.

Continua o sobredito autor:

No direito brasileiro, não há dúvida de que o sistema conhece provimentos executivos *lato sensu*, isto é, que se executam independentemente de novo processo. A respectiva identificação ocorre a partir da autorização legal para que a ordem se cumpra por mandado, isto é, por ordem do juiz (v.g., nos casos de despejo, reintegração de posse, ação de depósito e, segundo alguns, ação de desapropriação). Com isso, não se abre oportunidade para embargos do devedor, uma vez que não há instauração de uma nova relação jurídica processual. Quanto ao provimento mandamental, ele tem sido identificado na regra do artigo 461 do CPC que, de resto, repete o teor do artigo 84 do CDC. A mandamentalidade residiria em que o juiz, em vez

de condenar, emitiria uma ordem, cuja inobservância daria ensejo à prática de sanções, tendentes a compelir o devedor ao adimplemento.

A principal diferença das tutelas condenatórias é que nas tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* não demandam processo de execução *ex intervallo*, uma vez que o mandamento da primeira e a eficácia da segunda são atuados no próprio processo de conhecimento, rompendo desta forma, com a classificação tradicional, pois, só assim poderá o direito material ser eficazmente tutelado.

Neste sentido preceitua Grinover et al. (2002, p. 305-306):

A ordem judicial da sentença mandamental e a eficácia própria da sentença executiva *lato sensu* não dependem, para sua concretização, de processo de execução autônomo, como ocorre para a sentença condenatória pura.

Na realidade, trata-se de sentenças que impõe prestação, mas que não são remetidas à forma tradicional da instauração de um novo processo de execução, pois tem suficiente força satisfativa, podendo o seu titular pleitear diretamente a tutela executiva.

Na tutela executiva *lato sensu*, conforme ensina Pontes de Miranda (1975) *apud* Marinoni (2000, p. 50), “na ação executiva quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, mas sim o que a parte deveria ter feito”.

O novo artigo 461 do CPC, semelhante ao artigo 84 do CDC, afirma que, “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Segundo Watanabe *et al* (2001, p.503-504), comentando o Código de Defesa do Consumidor, “o provimento do juiz na tutela das obrigações de fazer ou não fazer não se restringe à mera condenação, mas abrange a expedição de mandados ou ordens (ação mandamental), cujo descumprimento, poderá configurar o crime de desobediência, como ato de afronta à Justiça, e não apenas à parte contrária, e ainda ensejará a adoção de técnicas de sub-rogação de obrigações em outras que

permitam a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação”.

Bedaque (2001, p. 104) tem uma interessante visão, asseverando que “aliás, a respeito dessa técnica, adotada para determinadas demandas com pedido condenatório, tenho sustentado ser a que melhor atende à idéia de efetividade do processo, devendo, na medida do possível, ser eliminado o binômio condenação-execução”.

Depreende-se assim, que a adoção dessas modalidades de tutela, destinada a eliminar as crises de adimplemento, reduziria a necessidade do processo de execução, bastando, desta forma, a condenação ser acompanhada de medidas que proporcionassem sua satisfatividade imediata, independentemente da propositura de nova demanda.

Portanto, com a inserção do artigo 461 no Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 8.952/94, enumera medidas a serem adotadas pelo juiz visando a efetividade da tutela específica ou com o objetivo de alcançar resultado prático equivalente. Assim, no rol do artigo 461 do Código de Processo Civil, encontram-se providências que implicarão mediante sub-rogação, a completa satisfação do direito reconhecido na sentença condenatória, independentemente de processo executivo autônomo. Além disso, vale-se o mencionado artigo de atos mandamentais, onde contém uma verdadeira “ordem” para o réu, mas o seu cumprimento não se dá por atos sub-rogatórios; dá-se por intermédio de meios coercitivos que visam pressionar o sujeito passivo a aceitar a ordem e realizar a conduta.

Em suma, não se pode, pensar no binômio condenação-execução como um dogma. Ao contrário, trata-se meramente de técnica processual substituível por mecanismos mais adequados às necessidades do direito material, sem qualquer sacrifício dos postulados básicos do processo.

3 ANÁLISE DA DISCIPLINA DA TUTELA ESPECÍFICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Do Sentido de “Obrigações”

Em primeiro lugar, antes de adentrarmos propriamente no estudo da tutela específica, objeto da presente monografia, mister se faz uma breve consideração acerca das obrigações em geral e, principalmente, sobre as obrigações de fazer e não fazer.

De acordo, com Arnaldo Rizzardo (2006, p.01), o homem é um ser eminentemente social. Ninguém vive isolado. A vida demanda uma constante interação social dos indivíduos. A realização humana é atingida progressivamente pela expansão do relacionamento social. Ou o sucesso da pessoa depende da capacidade de se inter-relacionar. Pessoa alguma suporta a vida isolada. Basicamente, passa-se a vida em função dos outros. Consegue-se a plenitude humana, ou o sentimento de afirmação, em proporção à aceitação do indivíduo no meio social. Já nas elaborações filosóficas da sociedade, afirmava-se que a mesma é necessária para o homem atingir a felicidade. O homem isolado não pode satisfazer as exigências mais elementares da vida. A plena atuação da pessoa é atingida na vida social.

E continua a aludido autor dizendo que “chega-se, então, para viabilizar a convivência social, à necessidade de uma correspondência entre os direitos e deveres ou obrigações. Não se pode prescindir da idéia do direito a idéia da obrigação”.

Ademais, a vida em sociedade, sem sombra de dúvidas, necessita da cooperação de outros homens, pois, por si só, não se pode prover a todas as suas necessidades. Além disso, à medida que o meio social evolui, multiplicam-se as necessidades humanas, dado o crescente reclamo de conforto pelo indivíduo. Assim, para satisfazer a esse anseio cada vez maior, a produção se desenvolve, através de uma divisão do trabalho e de uma especialização cada vez mais avançada. Daí depender a pessoa, dia a dia, mais e mais do seu semelhante. Atualmente, é

impossível o homem prover a todas suas necessidades; sejam sociais, econômicas, culturais, sexuais, dentre outras, de maneira autônoma. É necessário um interrelacionamento constante.

De acordo com Sílvio Rodrigues (2002, p. 03):

A troca, conhecida em outros tempos como permuta, depois a compra e venda, ademais outros contratos vieram possibilitar ao ser humano obter um número cada vez maior de utilidades. Tais convenções estabelecem um vínculo entre as partes, por intermédio do qual estas limitam sua natural liberdade, obrigando-se a fornecer uma prestação. Assim, por exemplo, por livre manifestação de seu querer, o vendedor se obriga a fornecer a coisa e o comprador o preço. Desse modo, surge um vínculo prestigiado pela lei, através do qual o devedor se dispõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa, em favor do credor.

Deste comentário, Sílvio Rodrigues (2002, p. 03-04) assim conceitua obrigação, “é o vínculo de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo)”.

Também conceitua obrigação Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 07): “obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (1998, p. 407) também conceitua obrigação:

É a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecido entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantido-lhe o adimplemento por meio de seu patrimônio.

Depreende-se, destas definições, que toda a obrigação possui três elementos básicos, quais sejam: o vínculo jurídico, as partes e um objeto. De extrema importância é o ramo dos “direitos das obrigações”, haja vista, que o direito das obrigações constitui a base não só do direito civil, mas de todo o direito, sendo um verdadeiro arcabouço e fundamento, sendo que a sociedade funciona por intermédio de relações jurídicas.

Nada obstante, o sistema de tutelas estabelecido a partir do artigo 461 do CPC não se limita às obrigações propriamente ditas. Estende-se a todos os deveres jurídicos cujo objeto seja um fazer ou um não fazer.

De acordo com Talamini (2001, p. 127), não faria sentido a lei excluir de regime de proteção mais adequado os deveres ditos não obrigacionais. Precisamente entre estes é que se apresentavam algumas das situações mais críticas em face das deficiências do anterior regime. Principalmente em face da influência do Estado Liberal, bem como da regra da intangibilidade humana, tão cultuada em outros tempos. A confirmar que se trata de emprego do termo obrigação em seu sentido largo, basta considerar que também no artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública (7.347/85) e no artigo 84 do Código do Consumidor (L. 8.078/90) – dispositivos que inspiraram a formulação do artigo 461 – emprega-se obrigação de fazer ou de não fazer. Entretanto, é indiscutível lembrar que tais diplomas têm em mira principalmente a realização de direitos sem índole obrigacional.

3.1.1 Obrigações de fazer

De acordo com Sílvia Rodrigues (2002, p. 33):

Na obrigação de fazer o demandado se vincula a um determinado comportamento, consistente, em praticar um ato, ou realizar uma tarefa, donde decorre uma vantagem para o credor, seja ela jurídica ou não, podendo o mesmo constar de um trabalho físico ou intelectual, como também da prática de um ato jurídico. Assim, assume obrigação de fazer, o empreiteiro que ajusta a construção de uma casa; ou o escritor que promete a uma editora uma série de livros; ou a pessoa que, em contrato preliminar, se propõe a outorgar, oportunamente, um contrato definitivo.

Assim, a obrigação de fazer abrange o serviço humano em geral, seja material ou imaterial, a realização de obras e artefatos, ou a prestação de fatos que tenham utilidade para o credor.

Cumprido salientar que a obrigação de fazer difere das obrigações de dar, principalmente porque o credor pode, conforme as circunstâncias, não aceitar a

prestação por terceiro, enquanto nestas se admite o cumprimento por outrem, estranho aos interessados.

Neste sentido, Gonçalves (2004, p. 69) diferencia essas obrigações:

Nas obrigações de dar a prestação consiste na entrega de uma coisa, certa ou incerta; nas de fazer o objeto consiste em ato ou serviço do devedor. O problema é que, em última análise, dar ou entregar alguma coisa é também fazer alguma coisa.

Na mesma linha de raciocínio entende Washington de Barros Monteiro (1997, p. 89):

O substractum da diferenciação 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 será mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer.

Destarte, nas obrigações de dar, concentra-se o interesse do credor no objeto da prestação, sendo irrelevantes as características pessoais ou qualidades do devedor. Por outro lado, nas obrigações de fazer, ao contrário, principalmente naquelas em que o serviço é medido pelo tempo, gênero ou qualidade, esses predicados são relevantes e decisivos.

Retomando a discussão acerca do que vem a ser obrigação de fazer, Sílvio Rodrigues (2002, p. 33) conceitua este tipo de obrigação: “A obrigação de fazer é aquela que tem por conteúdo um ato a ser praticado pelo devedor, donde resulte benefício patrimonial para o credor”.

Nada obstante, as denominadas obrigações de fazer possuem duas diferentes espécies de obrigações de fazer: aquelas em que a pessoa do devedor constitui preocupação essencial do credor (obrigações infungíveis), e as em que isso não ocorre (obrigações fungíveis).

Nas denominadas obrigações infungíveis, o negócio jurídico só se estabelece em razão da pessoa, ou seja, *intuitu personae*, pois o credor só visa à prestação avançada, se fornecida por aquele devedor cujas qualidades pessoais ele tem em vista.

Em vista disso, a recusa ao cumprimento de obrigação de fazer infungível resolve-se tradicionalmente, em perdas e danos, pois não se pode constringer fisicamente o devedor a executá-la, principalmente pela regra do *nemo ad factum postes cogi*, conforme visto no Capítulo I item 1.2.

No entanto, atualmente, admite-se a execução específica das obrigações de fazer, como se verifica no artigo 461 do CPC e 84 do CDC, dentre outros dispositivos previstos em leis esparsas. Destarte, o que se permite com isso é a possibilidade de meios de obrigar o devedor a cumprir este tipo de obrigação, inclusive com a adoção de medidas de apoio, como a *astreinte*, até a satisfação da obrigação determinada.

Ademais, o pensamento do dogma da intangibilidade da vontade humana, que impedia a execução específica das obrigações de fazer, devendo-se resolver em perdas e danos, zelosamente guardado nas tradições francesas, somente foi relativizado graças à tenacidade de pensadores como Chiovenda e Calamandrei.

Importante observar que existe uma distinção fundamental entre infungibilidade natural e infungibilidade jurídica. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 220), considera-se integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa humana, ou em sua liberdade de querer, qualquer mecanismo consistente na produção, mediante atividades estatais imperativas, da situação jurídica final a que o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer deveria ter conduzido. Aceita-se também a imposição de medidas de *pressão psicológica*, como as multas periódicas e outras, destinadas a induzir o obrigado contumaz a querer adimplir, ou seja, a cumprir a obrigação, para evitar o agravamento da situação.

Portanto, a regra quanto ao descumprimento da obrigação de fazer é a da execução específica, que se dará mediante a prática de atos mandamentais ou sub-rogatórios. Todavia, nem sempre é possível cumprir a tutela específica. Nesse caso, deve ser buscado o resultado prático equivalente, pelas mesmas formas (providimentos coercitivos ou sub-rogatórios). Somente depois de tentadas e frustradas as etapas anteriores é que o inadimplemento das obrigações de fazer ou de não fazer se resolverá em perdas e danos. Desta forma, nas obrigações infungíveis ou também chamadas de obrigações *intuitu personae*, revela-se com maior exatidão

que a prestação deve ser almejada nas qualidades pessoais devedor, bem como em condições particulares a critério do credor.

De outra banda, não menos importante, mas necessariamente objeto da presente monografia existe as denominadas obrigações de fazer fungíveis, que são aquelas em que a pessoa do devedor não figura com relevância. Logo, ao dono do automóvel que encomendou sua limpeza é, de certo modo, indiferente que o veículo seja lavado por uma ou outra pessoa.

Preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 75):

Quando se trata de obrigação fungível (a assumida por um marceneiro, de consertar é pé de uma mesa, p. ex.), não importa, para o credor, que a prestação venha a ser cumprida por terceiro, a expensas do substituído. Interessa-lhe o cumprimento, a utilidade prometida.

Assim, em sentido contrário, quando ocorre o inadimplemento da prestação, impossibilitando-se esta sem culpa do devedor resolve-se a obrigação; sendo que não há o que prestar, já que ninguém pode realizar o impossível. Neste sentido, o artigo 248 do Código Civil diz, “se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos”.

3.1.2 Obrigações de não fazer

De outra banda, temos as obrigações de não fazer, sendo aquelas em que o devedor assume o compromisso de se abster de um fato, que poderia praticar, não fosse o vínculo que o prende. Trata-se de obrigação negativa, paralela à obrigação de fazer, que é positiva. (RODRIGUES, 2002, p. 41).

Sendo assim, a obrigação de não fazer, ou também conhecida como negativa, impõe ao devedor um dever de abstenção: o de não praticar o ato que poderia livremente fazer, se não se houvesse obrigado. Trata-se de ato que implica em abstenção da prática de um fato.

Assim, entende Carlyle Popp (1995, p. 88):

Nas obrigações de não fazer, ao contrário das positivas, em que o devedor se compromete a prestar uma ação comissiva, seu comprometimento é com a inação, com o comportamento negativo.

Destarte, neste sentido Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 78), diz que o adquirente que se obriga a não construir, no terreno adquirido, prédio além de certa altura, ou a cabeleireira alienante que se obriga a não abrir outro salão de beleza no mesmo bairro, por exemplo, devem cumprir o prometido. Se praticarem o ato que se obrigaram a não praticar, tornar-se-ão inadimplentes, podendo o credor exigir, com base no art. 251 do Código Civil, o desfazimento do que foi realizado, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado as perdas e danos.

Importante salientar que nas obrigações de não fazer o devedor obriga-se a uma abstenção, conservando-se em uma situação omissiva onde o seu cumprimento está na constância ou sucessividade da abstenção, que se explica, por dizer que o sujeito passivo deve omitir o ato em todas as ocasiões em que poderia realizá-lo.

Neste sentido, entende Arnaldo Rizzardo (2006, p. 149):

Enquanto nos outros tipos ao devedor requer-se, para o adimplemento, uma ação, no caso presente exige-se a total abstenção. Compromete-se o devedor a não praticar certo ato. Torna-se inadimplente a partir do momento em que realiza a ação que não deveria ser realizada.

A previsão legal das obrigações negativas está no Código Civil de 2002, sendo que ensina Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 65), que em simetria com o disposto no artigo 249 do Código Civil de 2002 quanto à obrigação de fazer, o Código, no art. 251, assegura ao credor da obrigação negativa a via judiciária, para obter sentença que imponha ao devedor o desfazimento daquilo a cuja abstenção se obrigara, ou a autorização para que desfaça por si ou por outrem, às expensas do devedor.

Sílvio Rodrigues (2002, p. 41-42) comenta um importante aspecto no tocante as obrigações negativas, dizendo que:

A obrigação de não fazer será lícita sempre que não envolva restrição sensível à liberdade individual. Assim, é ilícita a obrigação de não casar, ou a de não trabalhar, ou a de não cultuar determinada religião, porque ao Estado repugna prestigiar um vínculo obrigatório que tem por escopo

alcançar resultado que colide com os fins da sociedade. Daí, por serem imorais ou anti-sociais tais tipos de obrigação, o direito não lhes empresta a força coercitiva.

Em suma, nas obrigações de não fazer, ressalta a idéia de inércia do devedor em face de um direito garantido ao credor, cujo descumprimento pode ser obrigado por meio do artigo 461 do Código de Processo Civil.

3.2 Deveres de Fazer Fungíveis e Infungíveis e Deveres de Não Fazer

Sem sombras de dúvida, é no âmbito dos deveres de fazer e de não fazer que se verifica com maior intensidade a inadequação da estrutura tradicional destinada a operar sanção sucessiva por intermédio da estrutura binomial *condenação + execução*.

O *dever de fazer fungível*, em tese, até é compatível com a estrutura tradicional, pois, nada obstante, sua violação, em princípio, poderia ser enfrentada por intermédio de processo executivo em que terceiros prestariam a atividade no lugar do executado.

De acordo com Antônio Pereira Gaio Júnior (2000, p. 42), “[...] poderá o credor executar a dever fungível mesmo que contrariamente à vontade do devedor, podendo para isto utilizar os serviços de terceiros, ficando o devedor responsável pelos respectivos gastos, ou mesmo revertê-la em perdas e danos”.

Vale ressaltar os ensinamento de Eduardo Talamini (2003, p. 220-221), onde o mesmo destaca alguns aspectos importantes que devem ser analisados:

1.^o) por vezes, apesar de fungível o dever de fazer, sua realização por terceiros é excessivamente difícil e onerosa – especialmente se for considerado o ônus de o exequente adiantar as respectivas despesas. Sob esse aspecto, a atividade sub-rogação do dever de fazer é significativamente muito mais custosa do que aquela operada em relação aos deveres de entregar coisa e pagar. É de todo incomum, nessas outras execuções, que o custo a ser adiantado pelo exequente equivalha ao do próprio bem jurídico perseguido. Bastaria essa constatação para derrubar a suposta adequação da tutela mediante estrutura condenatória-executiva, que em tese existiria para os deveres de fazer fungíveis;

2.^o) muitos dos deveres de fazer, conquanto fungíveis, têm caráter contínuo ou periódico. Para esses, a simples repressão à violação já ocorrida, mediante meios sub-rogatórios, não confere proteção integral e suficiente –

fazendo-se necessárias providências dirigidas contra a possível continuidade ou repetição da transgressão;

3.º) o dever de fazer, embora fungível, pode ter momento exato para se efetivado, tornando-se, depois, objetivamente inútil – de modo que o sancionamento restitutivo não seria aplicável.

Veja-se que para todas essas hipóteses é imprescindível o emprego de provimentos com eficácia mandamental, acompanhado conseqüentemente de medidas coercitivas, buscando-se assim o cumprimento pelo próprio réu e; provimentos com eficácia executiva *lato sensu*, aptos a engendrar medidas sub-rogatórias que dispensem o tortuoso caminho do processo de execução.

Nada obstante, para o cumprimento das execuções de fazer e de não fazer, no sistema brasileiro, contempla-se o uso do mecanismo coercitivo da multa diária (*astreinte*). Todavia, não é o suficiente, faltando a prolação de uma verdadeira ordem ao executado.

Vale dizer, para que o cumprimento dos deveres de fazer fungíveis não reste infrutífero, faz-se necessário a adoção de sanções preventivas intimidatórias, como a indução do réu ao cumprimento no momento oportuno, pela ameaça de medidas coercitivas e (ou) simultâneas sub-rogatórias, como realização da atividade por terceiros, no exato momento em que deveria ocorrer.

Por outro lado, existem os denominados *deveres de fazer infungíveis*. De acordo com Eduardo Talamini (2003, p.222), “quanto ao dever de fazer cuja prestação é infungível fica de plano afastada a possibilidade de medidas sub-rogatórias. A adequada tutela só se terá com provimentos mandamentais. Ademais, e a exemplo do que se notou para os deveres fungíveis, se a atividade infungível devida tiver momento exato para ser realizada, sob pena de depois se tornar objetivamente inútil, apenas a sanção preventiva intimidatória, amparada em provimento no mais das vezes antecipado, poderá surtir efeito – a fim de evitar a mera conversão em perdas e danos”.

Denota-se que a realização dos deveres de fazer infungíveis em razão de sua própria natureza é inconciliável a adoção de meios sub-rogatórios (meios executivos *lato sensu*), haja vista que estes meios são satisfeitos por intermédio de feitura de atos por terceiros, desmistificando a natureza da infungibilidade. Assim, os meios

mandamentais mostram-se mais eficazes e compatíveis para a consecução do dever pretendido.

Em último lugar existem os *deveres de não fazer*. Aqui, é que a estrutura condenatória-executiva atinge grau absoluto de inadequação.

Comenta Eduardo Talamini (2003, p. 222):

Não são imagináveis mecanismos sub-rogatórios em sentido estrito, a fim de que um terceiro abstenha-se ou tolere em lugar do obrigado. Daí por que os mecanismos sub-rogatórios tradicionais do processo de execução das obrigações de não fazer foram predispostos apenas para o desfazimento do resultado material da conduta ativa indevida.

Tal inviabilidade não é apenas jurídica, mas sim fática. Por isso é que não é possível a fungibilidade em relação aos deveres de não fazer. Em um panorama de tutelas que considerasse apenas a figura da condenação em seus moldes tradicionais, só faria sentido tratar da fungibilidade em relação aos deveres de fazer. Por assim dizer, não se cogita, nesse contexto, de medidas sub-rogatórias aptas a diretamente suprir a própria conduta negativa faltante.

Atualmente, o sistema de tutelas previsto no artigo 461 do CPC, é viável aos deveres de não fazer, o emprego de sanções preventivas e simultâneas, que são efetiváveis por intermédio de meios de sujeição. Assim, exemplifica Eduardo Talamini (2003, p. 291), “pense-se na prevenção preclusiva (*v.g.*, a prévia remoção de instrumentos indispensáveis para a consecução da conduta indevida) e na repressão simultânea (*v.g.*, o impedimento de atividade nociva, através de medidas repressivas diretas); na sub-rogação simultânea operada através de intervenção em uma pessoa jurídica – entre outras hipóteses aqui já cogitadas. Também nesses casos, tem-se a produção de resultado prático correspondente ao adimplemento”.

Por fim, é de suma importância a definição dos deveres de não fazer passíveis de produção do resultado prático equivalente. Aqui, identifica-se, em cada caso concreto, a viabilidade prática e a proporcionalidade do emprego das medidas preventivas ou simultâneas de repressão direta.

3.3 Deveres cujo Cumprimento Específico é Excluído pelo Direito Material

Existem ordenamentos jurídicos, como a Itália, Alemanha, Portugal, França, como também países de *common law* em que as regras do artigo 461 do CPC não estão previstas ou são excluídos os mecanismos de tutela específica para determinada prestação de fato cuja imposição de direitos da personalidade importaria em grave violação aos direitos da personalidade.

Nada obstante, a temática apresentada refere-se precipuamente ao direito material, ficando excluído o direito processual.

De acordo com Eduardo Talamini (2003, p. 131), “determinados deveres não são passíveis de efetivação específica sob o regime ali previsto não porque este lhes seja *processualmente* excluído, mas porque, *substancialmente*, sua violação dá ensejo, no máximo, a perdas e danos”.

Assim, o casamento exige consentimento livre, espontâneo e contemporâneo à celebração do ato – de modo que o rompimento dos esponsais confere, quando muito, direito à reparação dos danos patrimoniais e morais derivados da quebra de expectativa de casamento. Logo, o dever de casar em razão dos esponsais não é passível de efetivação por meios coercitivos ou sub-rogatórios, não porque meios processuais são insuscetíveis de realização desse direito, mas porque substancialmente é impossível tal realização, restando outrossim, somente a reparação por perdas e danos.

Destarte, existem direitos que em razão de seu conteúdo material, ou seja, do seu aspecto substancial, é impossível a realização e a aplicação da tutela específica como meio apto para sua consecução. Em último caso, resta a parte conforma-se com a indenização, quanto muito, em perdas e danos.

3.4 Deveres de Fazer e Não Fazer Internos ao Processo

Em uma breve análise existem determinados deveres de fazer e de não fazer que podem surgir no curso de um processo, ou seja, no limiar do processo e estão instrumentalmente vinculados à efetivação da tutela relativa a deveres de entregar ou

pagar. Tais deveres não estão propriamente ligados a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, ou seja, relativo ao aspecto material, mas sim se apresentam internos ao processo, tendo natureza processual. Pode-se dizer que tais deveres estão ligados a atos que as partes devem tomar no sentido de contribuir com a prestação jurisdicional.

Eduardo Talamini (2001, p. 163) entende:

Pense-se no dever que tem o executado de indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução (art. 600, IV) ou no dever de permitir o acesso dos auxiliares do juízo ao local em que se encontram os bens sujeitos à efetivação da tutela. Tais deveres instrumentais de fazer e de não fazer têm natureza processual. Reclamam, em última instância, no dever de colaborar com o funcionamento da justiça e não praticar atos que atentem contra sua dignidade (e, por isso, não vigoram apenas dentro do processo executivo do Livro II). A violação desses deveres processuais é sancionada com as penas gerais atinentes à litigância de má-fé, com as penas específicas do art. 601 (quando a violação ocorre no processo executivo), e em certos casos, pode dar ensejo a indenização civil e punição criminal.

Por isso é que, considerando o direito vigente, não há como submeter de forma autônoma tais deveres processuais ao regime do artigo 461 do CPC. Assim, assevera Eduardo Talamini (2001, p. 163), “o desrespeito a deveres de fazer e de não fazer instrumentais, de cunho processual, no curso da efetivação da tutela referente a pagamento de soma ou entrega de coisa, não tem o condão de subverter ou transformar o regime dessa tutela”.

3.5 Evolução da Tutela às Obrigações de Fazer e de Não Fazer

Como visto, há fundamentalmente dois entraves para uma efetiva tutela dos direitos. Um primeiro localizado na estrutura do processo civil clássico, que não contém instrumentos e técnicas capazes de propiciar a esperada efetividade do processo. Um outro presente na idéia de que o direito processual civil somente adquiriria importância científica se ficasse à distância do direito material, o que levou os estudiosos do direito processual a não classificar as diversas formas de tutela dos direitos, esquecendo algo que é absolutamente fundamental para se verificar se o

processo, como instrumento que é, está cumprindo os seus desígnios no plano do direito substancial. (MARINONI, 2000, p. 60)

Deste modo, os artigos 461 do CPC e 84 do CDC, contêm instrumentos processuais novos, quando comparados com aqueles que fazem parte da estrutura do processo tradicional, abrindo oportunidades para novas modalidades de sentença (mandamental e executiva *lato sensu*) e à tutela antecipatória, como também conferem ao juiz um leque de poderes à determinação do meio processual mais idôneo para a tutela das diversas situações de direito material, como a imposição de multa como forma de coerção, ou com a adoção de medidas de apoio para dar suporte a execução *in natura* da obrigação.

Em vista disso, as obrigações de fazer e de não fazer foram sensivelmente modificadas, visando sobretudo à efetividade do processo e a realização do direito material, tendo uma constante evolução, principalmente em face do surgimento dos novos direitos, onde a classificação tradicional mostra-se inadequada para a sua realização.

Acentua Marinoni (2000, p. 61-62):

As necessidades do direito material exigem modalidades de tutela que não podem ser prestadas através do procedimento ordinário clássico e das três sentenças da classificação trinaría. Havendo novas técnicas de tutela, até há pouco desconhecidas, surge como consequência natural a possibilidade da concessão de novas modalidades de tutela dos direitos, que devem ser precisadas a partir das próprias necessidades do direito material.

O grande desafio da doutrina contemporânea não é o de apenas estudar as novas técnicas de tutela, mas sobretudo o de, a partir das reais e concretas necessidades do direito material, isolar e delinear as tutelas que devem responder de forma adequada a essas necessidades.

Nos tempos modernos, nunca esteve o credor de obrigação de fazer e não fazer totalmente afastado da execução específica. Nosso Código de Processo Civil, mesmo antes da Lei 8.952/94, remontando a antiga sistemática da praxe luso-brasileira, disciplinava, no âmbito do processo executivo, um procedimento próprio para se assegurar ao credor de tal tipo de obrigação a realização compulsória do fato devido, desde que possível de implementação por terceiro, sem necessidade, pois, de coagir pessoalmente o devedor. Distinguiam-se, assim, as obrigações fungíveis e as infungíveis. Para aquelas havia como promover a execução forçada específica ou

in natura. Para as últimas, diante da obstinação do inadimplente, só restava ao credor contentar-se com as perdas e danos a serem exigidos por meio de execução indireta. (THEODORO JÚNIOR, 2002)

Nesse contexto liberal, mormente nas relações contratuais, não havia como se prestigiar determinadas situações jurídicas a fim de lhes conceder tutela específica. Assim, o Estado deveria ser neutro, prestando a todos o mesmo tipo de tutela, em regra condenatória, no que se coloca mais que perfeitamente a tutela ressarcitória, que muitas vezes mostrava-se inócua, pois, existem obrigações em que nada adianta o ressarcimento em dinheiro.

A execução da obrigação de fazer ou de não fazer, por conseguinte, possuía cunho eminentemente real, ou seja, vai-se até o patrimônio do obrigado e de lá se retira o necessário para a satisfação da pretensão, sem molestar sua vontade. Quando não fosse possível a satisfação por esse modo, verificar-se-ia a mágica transmutação da obrigação (qualquer que fosse ela) em uma nova obrigação de indenizar por perdas e danos. (SEGUNDO, 2005, p. 263)

Ensina Calmon de Passos (1995) apud Segundo (2005, p. 264):

Importando a obrigação de fazer, sempre, um fato a ser prestado pelo devedor, a aquiescência deste no prestar a atividade é fundamental para a obtenção do resultado perseguido pelo credor. A recusa do devedor, no particular, coloca em confronto dois valores: o do respeito à liberdade individual, pelo que se afasta a legitimidade de ser violentado o devedor em sua liberdade, resolvendo-se o inadimplemento em perdas e danos, e o da tutela do interesse do credor, assegurando-lhe a execução específica.

Por assim dizer, há um embate entre dois valores: de um lado a liberdade individual e de outro o direito à tutela específica.

Sob a influência dos ideais liberais, o direito processual guiou-se por muito tempo pela inexecutabilidade específica das obrigações de fazer ou de não fazer, em face da incoercibilidade da vontade humana, sendo assim, praticamente impossível naqueles tempos, o adimplemento da obrigação por intermédio da tutela específica.

Neste sentido entende Segundo (2005, p. 266):

Nesse estágio social, portanto, a consideração em absoluto da intangibilidade da vontade deixando sem tutela específica grande parte dos

direitos que por ela anseiam torna-se insatisfatória. Veio à pêlo a consciência de que o valor pecuniário, em grande parte dos casos, não responde como “equivalente” de modo a prestar satisfatoriamente a tutela jurídica.

No entanto, o ponto que merece destaque é que a própria gama de direitos a ser tutelada sofreu significativas transformações com o advento dos direitos de segunda (sociais, econômicos e políticos) e terceira (metaindividuais) gerações, no quais, perdas e danos, na maioria das vezes, representam muito pouco em termos de tutela jurídica. Exemplificando: do que adiantaria a cominação de perdas e danos, para alguém que tem sua saúde afetada em face de poluentes lançados por uma indústria automobilística, senão não pare esta de poluir o ambiente, mas o indenize em pecúnia?

De nada valeria a tutela ressarcitória nesses casos. Segundo identifica Cândido Rangel Dinamarco (1997) apud Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (2005, p. 266):

O primeiro e grande passo na superação dos limites à tutela específica dos deveres de fazer e não fazer foi a distinção, que se acatou, entre o resultado, objeto da obrigação, e as atividades mediante as quais se pode chegar a ele, cabendo ao direito conceber os mecanismos (sub-rogatórios) para que o órgão jurisdicional possa, substitutivamente, atingi-los, no que restaria intocada a dignidade e liberdade do indivíduo.

Complementado tal entendimento, Tereza Arruda Alvim (1995) apud Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (2005, p. 266):

Entendeu-se que a busca da prestação de tutela judicial específica não macula a dignidade humana ou até, ao contrário, vai ao encontro dela, cuja vontade já havia sido anteriormente manifestada. A alteração ilegítima dessa vontade é que não merece a proteção do direito.

Destarte, as inovações trazidas com o artigo 461 do CPC, bem como do artigo 84 do CDC, não vieram modificar as regras materiais das obrigações de fazer e não fazer, pois estas já consagravam o cabimento da execução específica, desde que se tratasse de obrigação fungível. O grande lance da reforma está em facilitar e tornar mais efetivo o uso da execução específica de tais obrigações.

Todavia, o que merece um destaque maior é com relação as obrigações infungíveis, que mesmo antes do Código de Processo Civil de 1973, já contavam com a execução indireta, ou seja, com um processo que usava a cominação de multas para coagir ao credor a realizar a prestação *in natura*. Como se vê, não é novidade a preocupação do ordenamento jurídico pátrio com a execução específica das obrigações de fazer e não fazer. O grande problema, nas obrigações infungíveis, se agrava em razão do caráter personalíssimo, pois, não admitem atividade sub-rogatória.

Existem algumas distinções de obrigações infungíveis, como assevera Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (2005, p. 271, grifo do autor):

Existem prestações que adquirem *status* de infungível porque assim se convencionou em contrato (v.g. o contrato que tem por objeto a pintura de uma casa e consta que só determinada pessoa pode fazê-lo), temos aí *infungibilidade convencional*; outras adquirem em razão de disposição legal (firmar contrato definitivo de compra e venda ajustada em instrumento anterior de promessa), *infungibilidade jurídica* e, enfim, outras por estarem atreladas diretamente às qualidades pessoais do obrigado (cantar ópera), são as *naturalmente infungíveis*.

Na denominada infungibilidade convencional, a admissão da tutela específica depende de caso a caso. De acordo como Carreira Alvim (1997), apud Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (2005, p. 271):

Embora nessa modalidade de obrigação, a infungibilidade grave em torno da pessoa do devedor, porque é em função dele que é contratada a prestação, não se pode perder de vista o interesse do credor; e exemplifica: se o devedor foi contratado para pintar um mural com motivos indígenas, pelo fato de ele pintar motivos indígenas e não cumpriu a obrigação, nada impede que, a pedido do credor possa a obrigação ser cumprida por terceiros, à custa do obrigado. Apesar de tratar-se do ato de pintar (fazer) a razão determinante do ajuste, não foi tanto a pessoa do devedor, senão a natureza do produto de sua atividade, o que rarefece a pessoalidade da prestação, tornando-a faticamente fungível.

Já em relação às obrigações de fazer juridicamente infungíveis sempre que o resultado puder ser obtido sem violentar a liberdade, nos limites da razoabilidade, há que ser concedida a tutela específica, principalmente mediante a adoção de atos sub-rogatórios.

No que concerne as obrigações de fazer naturalmente infungíveis, ensina Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (2005, p. 272):

Que não admitem a execução específica submetendo-se à regra de que, quando não cumprida pelo devedor resolvem-se em perdas e danos. Nada obstante isso o art. 461 disponibilizou meios mais eficientes de conduzir o devedor ao adimplemento, o que deverá tornar as perdas e danos breve exceção.

Por outro lado, nas obrigações de não fazer devem ser consideradas sob duas óticas diferentes, de acordo com Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (2005, p. 272):

As obrigações chamadas em doutrina de instantâneas, que descumpridas não deixam possibilidade de desfazimento (*v.g.* não passar pelo local “x”, não se exhibir em espetáculo teatral ou no programa de televisão) e as permanentes que admitem interrupção ou desfazimento (*e.g.* obrigação de não explorar determinado ramo de comércio, de não erguer construção, de não impedir a passagem de animais alheios pelo próprio terreno).

Nesse contexto, ensina Barbosa Moreira (1996) apud Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (2005, p. 272) que a distinção é relevante no que concerne às conseqüências do inadimplemento: uma vez descumprida a obrigação de prestação negativa instantânea, é impossível cogitar de se desfazer o que foi feito, de modo que o credor só poderá haver uma reparação pecuniária; já quando contínua a obrigação, torna-se viável em regra, a exigência de que cesse a violação ou se desfaça o que se fez descumprindo a obrigação. Nesta última hipótese, em vez da obrigação originária de não fazer, surge para o devedor outra obrigação derivada, de natureza diversa: a obrigação de desfazer, que no fundo se reduz a uma obrigação de fazer (*v.g.* de demolir a construção).

Em suma, as obrigações de fazer (fungíveis e infungíveis) e de não fazer, foram sensivelmente alteradas e modificadas ao longo de anos, sendo em virtude de avanços sociais e políticos (como a evolução para o Estado Social), como também em razão do surgimento dos chamados novos direitos. Assim, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer cumprem nessas obrigações (de fazer e de não fazer) papel preponderante, importando em adoção de medidas que busquem a

satisfação do direito pleiteado pelo autor, com a efetividade da tutela jurisdicional, garantindo o acesso à justiça.

3.6 Evolução da Tutela Específica na Legislação Infraconstitucional

3.6.1 Da fonte inspiradora: o anteprojeto do CPC de 1985

Não é novidade, destarte, a preocupação do ordenamento jurídico pátrio com a execução específica das obrigações de fazer e não fazer.

Segundo Talamini (2003, p. 113) em 1939, o CPC, voltou a existir, como figura geral, o preceito cominatório para a prestação de fato ou abstenção de ato. Previram-se onze casos especiais de deveres de fazer ou de não fazer e uma cláusula de encerramento de sistema, abrangendo a generalidade das prestações legais e convencionais com esse objeto (CPC, art. 302, I a XII).⁵

É bem verdade que o próprio Código de 1939, no título reservado à *execução das obrigações de fazer ou não fazer*, deu tímido passo, abrindo margem à engendração de medida coercitiva por parcela da doutrina e dos tribunais da época. Note-se que naquele período dava-se ao exeqüente, nas obrigações de fazer e de não fazer, a oportunidade de requerer multa ou perdas e danos, conforme o art. 999 do CPC de 1939.

⁵ Art. 302. A ação cominatória compete: I – ao fiador, para exigir que o afiançado satisfaça a obrigação ou o exonere da fiança; II – ao fiador, para que o credor acione o devedor; III – ao deserdado, para que o herdeiro instituído, ou aquele a quem aproveite a deserdação, prove o fundamento desta; IV – ao credor, para obter reforço ou substituição de garantia fidejussória ou real; V – a quem tiver direito de exigir prestação de contas ou for obrigado a prestá-las; VI – ao locador, para que o locatário consinta nas reparações urgentes de que necessite o prédio; VII – ao proprietário ou inquilino do prédio, para impedir que o mau uso da propriedade vizinha prejudique a segurança, o sossego ou a saúde dos que o habitam; VIII – ao proprietário, inclusive o de apartamento em edifício de mais de cinco (5) andares, para exigir do dono do prédio vizinho, ou do condômino, demolição, reparação ou caução pelo dano iminente; IX – ao proprietário de apartamento em edifício de mais de cinco (5) andares impedir que o condômino transgrida as proibições legais; X – à União ou ao Estado, para que o titular do direito de propriedade literária, científica ou artística reedite a obra, sob pena de desapropriação; XI – à União, ao Estado ou ao Município, para pedir; a) a suspensão ou demolição da obra que contravenha a lei, regulamento ou postura; b) a obstrução de vales ou escavações, a destruição de plantações, a interdição de prédios e, em geral, a cessação do uso nocivo da propriedade, quando o exija a saúde, a segurança ou outro interesse público; XII – em geral, a quem, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo.

Outro dispositivo importante do CPC de 1939 foi o artigo 1005 que estabelecia que o ato que só pudesse ser executado pelo devedor, estabelecia-se que o juiz ordenaria que este o fizesse, no prazo fixado, sob cominação pecuniária, que não excedesse o valor da prestação.

De acordo do Watanabe (1996, p. 40):

A fonte inspiradora do artigo 461 foi o *Anteprojeto* de modificação do Código de Processo Civil elaborado pela Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça em 1985, integrada por Luís Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Sergio Bermudes, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e Kazuo Watanabe. O *Anteprojeto* foi publicado no *Diário Oficial da União*, em 24-12-1985, suplemento número 246, e a proposta nele contida consistia na criação de uma ação especial sob o nome de *tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer* (arts. 889-A e parágrafos e 889-B). Apesar da pequena diferença de redação, a essência da proposta era a mesma do art. 461 em análise. O legislador de 1994 (lei n.8.952), em vez de ação especial, preferiu criar um *provimento especial* de processo de conhecimento para tutela das obrigações de fazer ou não fazer. Embora aluda simplesmente à 'obrigação de fazer ou não fazer', o art. 461 tutela não só a obrigação negocial como também o dever decorrente de lei. O *Anteprojeto* de 1985 trazia um texto mais pormenorizado, pois referia àquele 'que, *por lei ou convenção*, tiver o direito de exigir de outrem que se abstenha da prática de algum ato, tolerem ou permita alguma atividade, ou preste fato.

Não pode se olvidar que em 1990, dois diplomas legais valeram-se da sugestão contida no *Anteprojeto* de 1985: a) o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), no artigo 213; e b) Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no artigo 84. Ambos com disposição substancialmente idêntica ao do *Anteprojeto*, embora com pequenas diferenças de redação. E em 1994, a Lei Antitruste (Lei n.8.884/94), no art.62, acolheu a mesma proposta e especificou um meio de execução ainda não previsto em outros diplomas legais (*intervenção na empresa*) para a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer (arts.63 e 69-78). Importante também ressaltar a carga executiva da sentença de despejo.

3.6.2 O artigo 84 do código de defesa do consumidor

No tocante ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) nota-se de forma nítida que existe uma proteção especial do consumidor na busca da satisfação

coletiva e do bem estar social, principalmente com o asseguramento legislativo do devido processo legal, que assume por assim dizer, nuances próprias, nas quais se vêem instrumentos de efetividade expressos e positivados, diferentemente do texto constitucional que traz em seu bojo significado meramente formal. Com o advento do CDC, trilhou-se uma nova concepção sobre o estudo das tutelas jurisdicionais.

Assim, dispõe o mencionado artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor:

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

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

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

§ 3º - 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.

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

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

Nada obstante, esses contornos de busca do devido processo legal e da função social que o Código de Defesa do Consumidor trazem em sua essência, a nova posição dos juristas tende assegurar a uma ordem jurídica justa e eficaz. Logo, busca-se garantir um processo que garanta o justo.

Segundo Filomeno (1999) apud Lunardi (2002, p.42):

[...] não cumprindo o Estado o papel que lhe cabe (fiscalização e autuações por infrações de caráter administrativo, pela Vigilância Sanitária, por exemplo), temos a possibilidade de o Judiciário atuar a fim de proteger os consumidores de possíveis danos, através das tutelas específicas.

Como se sabe, o artigo 84 do CDC tem grande semelhança com o artigo 461 do CPC, dispondo, no seu *caput*, que “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”.

A forma mais eficaz da tutela específica, nas ações de tutela coletiva, é principalmente a tutela inibitória. Nela, busca-se resguardar os direitos que não podem ser protegidos de forma adequada pelo ressarcimento em dinheiro. Note-se que não se outorgar à tutela preventiva, como *v.g.* no consumo de alimentos com efeitos cancerígenos, equivaleria à expropriação dos direitos, admitindo-se apenas a tutela patrimonial, que por conseguinte haveria ofensa a garantia dos cidadãos e da própria dignidade da pessoa humana.

As disposições contidas no CDC põem bem à mostra a preocupação do legislador pela instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo, e também pela sua adequação à nova realidade sócio-econômica em que vivemos. O dispositivo do artigo 84 do CDC confere aos consumidores a tutela jurídica processual específica e adequada de todos os direitos consagrados no Código.

Neste sentido expõe Watanabe (2001, p. 772):

O legislador deixa claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, o que importa, mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático protegido pelo Direito. E para a obtenção dele, o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais e adequadas ao seu alcance, inclusive, se necessário, a modificação do mundo fático, por ato próprio e de seus auxiliares, para conformá-lo ao comando emergente da sentença. Impedimento da publicidade enganosa, inclusive com o uso da força policial, se necessário, retirada do mercado de produtos e serviços danosos à vida, saúde e segurança dos consumidores, e outros atos mais que conduzam à tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer.

Desta forma, o artigo 84 do CDC em quase nada difere do artigo 461 do CPC. Logo, valeu-se o legislador da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do mandamental e do executivo *lato sensu*, para conferir uma maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer ou não fazer.

3.6.3 O artigo 213 do estatuto da criança e do adolescente

A Lei 8.069 de 1990 no seu artigo 213 assevera que nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações 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. Este artigo preocupa-se com a instrumentalidade substancial e uma maior efetividade do processo.

Assim, preconiza o artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 213 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio da ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 2º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 3º - A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que houver configurado o descumprimento.

Assevera Cury, Silva e Mendez (2002, p. 699) o nascedouro da previsão das obrigações de fazer ou não fazer no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Seguramente, a fonte inspiradora deste artigo foi o anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil publicado no DOU, edição de 24.12.85, elaborado pela Comissão nomeada em 1985 pelo Ministério da Justiça e integrada por Luiz Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Jr. e Sérgio Bermudes. Consta desse anteprojeto, com efeito, praticamente com as mesmas palavras, a sugestão de criação de uma ação especial de tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer (v. arts. 889-A e §§ e 889-B).

Nota-se que a denominada tutela específica encontra uma gama variada de assuntos dentro da proteção de interesses coletivos e difusos vinculados à infância e a juventude.

De acordo com Cury, Silva e Mendez (2002, p. 701) o legislador deixa bem claro que, na busca da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, o que

importa mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático protegido pelo direito. E, por conseguinte, o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais e adequadas ao seu alcance, inclusive com a alteração do mundo fático, por ato próprio ou de seus auxiliares, para conformá-lo ao comando emergente da sentença.

Nada obstante, existem microssistemas no nosso ordenamento jurídico, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que reclamam uma tutela diferenciada que concorde com a especificidade de certas categorias de interesses, como os relacionados ao meio ambiente, ao consumidor e à infância e juventude, sendo que a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer é mais uma arma para garantia desses direitos.

3.6.4 Do artigo 62 da lei antitruste

A previsão da tutela específica de obrigações de fazer e não fazer na Lei Antitruste (Lei 8.884/94), encontra previsão em seu artigo 62 prescrevendo que nas execuções que tenham por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de 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.

Neste sentido preceitua Ulhoa (1995, p. 136):

Em sintonia com os mais evoluídos instrumentos judiciais de tutela dos interesses, individuais ou transindividuais, a lei antitruste estabelece a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer através de provimento judicial que assegure o resultado prático equivalente ao adimplemento. O juiz pode determinar toda a sorte de providências para atender ao comando legal, desde a apreensão de mercadorias transacionadas, a interrupção da prestação de serviços, o cancelamento de registros de contratos e atos, a proibição de operações societárias, a celebração compulsória de contratos de aquisição ou de fornecimento etc.

De acordo com Popp (1994, p. 139), “na chamada tutela específica, o que se visa é o cumprimento da obrigação inadimplida (fazer ou não fazer) ou a entrega da

coisa prometida (entrega de coisa certa ou incerta), ainda que, muitas vezes, a satisfação do credor ocorra mediante resolução em perdas e danos”.

Assim, a disciplina específica da execução judicial do CADE basicamente contém os mecanismos e institutos previstos nas regras do artigo 461 do CPC. A Lei 8.884/94 atribuiu às decisões do Plenário do CADE que cominem multa ou imponham obrigações de fazer ou não fazer a eficácia de título executivo extrajudicial. Cumpre ressaltar também que idêntica eficácia foi atribuída aos compromissos de cessação da prática sob investigação, celebrados junto ao CADE.

Nada obstante, a lei Antitruste especificou um meio de execução ainda não previsto em outros diplomas legais (intervenção na empresa) para a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer (artigos 63 e 69 a 78).

Por fim, Talamini (2003, p.456) assevera que “a execução da imposição de deveres de fazer e de não fazer recebeu disciplina bastante peculiar (artigo 62 e seguintes). Desta forma, além das medidas precipuamente sub-rogatórias, estabeleceu-se um processo em que o juiz profere provimentos mandamentais e está autorizado a adotar medidas sub-rogatórias e coercitivas atípicas”. Note-se que é mais um ramo do direito em que está presente a tutela específica, pois, não poderia a obrigação ser resolvidas com perdas e danos.

3.6.5 Manifestações da tutela específica no processo civil tradicional: sentença de despejo, mandando de segurança e ação de reintegração de posse.

Importante ressaltar a forte carga de executividade que a sentença de despejo possui. Nada obstante, sua função não consiste em formar um título executivo, tal como ocorre na sentença condenatória típica. Tendo em vista a alta carga de executividade de que é dotada, é ela executável nos próprios autos do processo em que foi proferida, não necessitando de uma execução *ex intervallo* dependente da propositura, pelo locador, de uma nova ação, dita ação executória.

Este caráter de executividade é reafirmado no artigo 65, *caput* da Lei de Locação onde disciplina que “findo o prazo assinado para a desocupação, contado

da data da notificação, será efetuado o despejo, se necessário com emprego de força, inclusive arrombamento”.

Indubitavelmente, que a sentença de despejo é dotada de tal executividade que se torna desnecessário o ajuizamento de uma ação de execução. Insta salientar que isto traz grandes conseqüências práticas que acabam, por fim, a viabilizar o acesso à justiça, tendo uma tutela adequada, efetiva e tempestiva.

Importante ressaltar o comentário de Watanabe (1996, p. 23) onde aponta características que reafirmam este acesso à justiça:

Dessas conseqüências, as mais significativas são as seguintes: a) inadmissibilidade de embargos do executado, conclusão que decorre do simples fato de inexistir ação executória; b) necessidade de dedução de toda a defesa na fase de conhecimento, inclusive no tocante ao direito de retenção por benfeitorias, e não através de embargos na fase de execução; c) execução promovida por simples mandado, após a notificação para a desocupação no prazo fixado, sem a necessidade do processo de execução forçada previsto no Livro II do Código de Processo Civil, que disciplina o “Processo de Execução”.

Frise-se que apesar da prática de atos de alta carga decisória, principalmente no caso de descumprimento do comando emergente da sentença, é de fácil percepção que a ação de despejo visa assegurar a proteção de um direito patrimonial. Todavia, embora aparente estar incidindo sobre um bem imóvel, os seus verdadeiros efeitos repercutem na liberdade das pessoas que ali residem, pois, são elas expulsas contra suas vontades, através do uso da violência oficial.

Por derradeiro, é necessário se pensar que na ação de despejo, por exemplo, quando o juiz a decreta, acaso não expede ele o mandado de despejo para retirar uma família inteira, por vezes uma senhora de idade ou doente, ou mesmo, crianças do imóvel?

Em suma, porque para a proteção de direitos de natureza patrimonial, podemos ter este tipo de tutela, e para a proteção de direitos não-patrimoniais, muitos deles ligados aos direitos da personalidade, o sistema processual não pode ter instrumentos de eficácia igual ou equivalente?

O princípio da intangibilidade da liberdade pessoal constitui, por inúmeras vezes, um empecilho para a realização da obrigação de fazer ou não fazer na

infungibilidade de ordem prática. Ao seu descumprimento, a solução que o ordenamento jurídico processual admite é a sub-rogação em equivalente pecuniário. Assim, os exemplos citados são suficientes para evidenciar que estamos diante de um tipo de provimento judicial com o qual está familiarizado, há muito tempo, o nosso legislador processual.

Não se pode olvidar que também há manifestação da tutela específica no mandado de segurança. De acordo com Franco (2002, p. 354), o mandado de segurança é o instrumento processual destinado à rápida e eficaz corrigenda do Poder Público.

Franco assevera (2002, p. 355), a Administração Pública dispõe, dadas as circunstâncias de um caso concreto, de atos que podem, independentemente da atuação judiciária e da concordância do administrados, invadir sua esfera jurídica [...], é correlata a noção que os administrados necessitam de veículos igualmente eficazes para poderem, em cada caso concreto, contrastar a correção do ato administrativo e, o que é mais evidente, se efetivamente, naquele caso concreto, o ato administrativo poderia estribar-se em exigibilidade ou executoriedade. Por isto verifica-se a importância da liminar em mandado de segurança, onde mecanismos são utilizados para imunizar uma situação fática, visando à não atuação da Administração Pública, vale dizer, impedir que, possa a Administração agir contra o administrado, já tido, para todos os fins, como jurisdicionado.

Neste sentido expõe Friede (1996, p. 390):

A medida liminar em mandado de segurança, como a exemplo de outras ações é, pois, uma providência cautelar emergencial; verdadeira solução acauteladora de um possível direito agravado no instante da impetração, ou ameaçado com esse agravo, e que, em ambos os casos, poderá sofrer prejuízo irrecuperável se não for assegurado de imediato.

Na busca pela efetividade do processo, idéia essa de fundamental relevância na execução específica, ou seja, o ideal da maior proximidade possível entre o que a parte obtém da execução e aquilo que teria obtido, na hipótese de adimplemento voluntário da obrigação. Nas obrigações de fazer ou não fazer, essa coincidência

passa, por vezes, pela prática de um ato pelo devedor, pois impossível a atividade sub-rogatória praticada pelo Estado.

Os motivos que levaram os legisladores a permitir a criação da medida liminar, em mandado de segurança, deve-se à própria importância do objeto da ação mandamental e, principalmente, porque a esse imperativo pretende assegurar que a eventual concessão da segurança, no seu tempo, trará efetividade aos resultados esperados, e não será uma mera declaração de direito sem expressão.

Indubitavelmente, o mandado de segurança possui provimentos que muitas vezes são de caráter mandamental ou executivo *lato sensu*, onde é latente a presença da tutela específica, seja em uma obrigação de fazer ou não fazer. Verdade é que o artigo 461 do CPC tem uma grande semelhança com o mandado de segurança, apesar de suas nuances próprias, onde a medida liminar visa buscar ao final a específica utilidade em benefício daquele que foi atingido por ameaça ou lesão a direito. Logo, a tutela específica que possui provimentos de natureza mandamental e executivo *lato sensu*, veicula por assim dizer uma “ordem” a qual deve ser cumprida pelo obrigado.

Por fim, outro ramo do direito onde se evidencia a presença das tutelas de urgência, sobretudo da tutela satisfativa antecipada (que pode ser *genérica* – artigo 273 do CPC, ou *específica* de cada procedimento, a exemplo da liminar possessória – artigo 928 do mesmo diploma legal) é no caso das ações de reintegração de posse.

Em primeiro lugar, devemos entender o que vem a ser a reintegração de posse. A ação de reintegração de posse é cabível todas as vezes que ocorrer um ato de esbulho à posse do possuidor. Neste tipo de ação, o possuidor é retirado da posse e é colocado outro em seu lugar, onde é imprescindível a demonstração da má-fé.

Sobre este assunto entende Talamini (2003, p. 440):

[...] caso ocorra o esbulho no curso da demanda, todas as providências destinadas à reintegração e ao desfazimento de plantações e construções feitas em detrimento da posse são adotadas no próprio processo, apresentando-se, desse modo, a força executiva *lato sensu*.

Assim, as ações de reintegração de posse, revestem-se de eficácia mandamental, bem como de provimentos executivos *lato sensu* sendo que nesse aspecto a disciplina do artigo 461 não teria nada com que contribuir senão houvesse esses instrumentos garantidores do direito discutido, haja vista que são aptos e eficazes para a efetividade do processo.

Particularmente, as tutelas de urgência são um instituto de direito processual que permite o denominado acesso à justiça, que visa propiciar a tão almejada efetividade do processo. Outrossim, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer pode ser facilmente constatada nas ações de reintegração de posse, pois, nada obstante, haverá um fazer que é a retirada de um possuidor por outro, embora seja de forma forçada. Ademais, poderão ser usados meios sub-rogatórios e coercitivos atípicos, nos limites em que é razoável o emprego dessas medidas na tutela para entrega de coisa. O juiz ao proferir uma sentença de reintegração de posse manda que o demandado saia do imóvel o quanto antes, podendo inclusive ser concedida em caráter antecipado, conforme regra predisposta no artigo 461, §3º, do Código de Processo Civil.

3.6.6 Da nova redação do artigo 461 do CPC

Como já dito anteriormente, a tutela específica foi consagrada no ordenamento jurídico pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, onde foi dada nova redação ao artigo 461 do CPC⁶.

A origem mais direta do novo dispositivo é o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, que ali ficou praticamente transcrito. A idéia é esta: empregar todos os meios legítimos, mesmo a força quando necessário, para proporcionar ao credor de um fazer ou de um não-fazer precisamente o mesmo resultado útil que o

⁶ Foi nesse clima e sob a pressão dessas tendências doutrinárias e pretorianas que o direito brasileiro veio a anunciar o novo art. 461 de seu Código de Processo Civil, destinado à disciplina da *tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer*. Essa inovação, trazida na Reforma do Código de Processo Civil (lei n. 8.952, de 13.12.94), faz parte de um contexto endereçado à efetividade da tutela jurisdicional e é por isso que se permeia do intuito de reforçar os poderes do juiz. (DINAMARCO, 2002, p. 598-599)

adimplemento da obrigação lhe teria proporcionado. Nada de impor meras compensações em dinheiro. (DINARMARCO, 2002, p. 599)

A tutela específica do artigo 461 foi colocada no Livro do Processo de Conhecimento (Livro I), notadamente no capítulo da sentença e da coisa julgada (Capítulo VIII), quando do tratamento do procedimento ordinário, de modo que não se afastasse, indubitavelmente, a influência da tutela executiva relacionada às obrigações de fazer ou de não fazer.

Deste modo, ao ser disposta no processo de conhecimento, é evidente que a tutela específica dita regras para o conteúdo da sentença que julgar procedente o pedido, evidenciando assim que se trata de sentenças condenatórias, constitutivas ou meramente declaratórias.

Assim, conforme entendimento de Dinamarco (1998, p.155) , observa-se que conceder a tutela específica em sentença significa constituir ou desconstituir uma situação jurídica, segundo os desígnios do direito material, ou condenar o demandado a fazer ou não fazer o que estava obrigado. Frise-se que o objetivo é sempre a obtenção do resultado prático que deveria ter sido produzido mediante o adimplemento, ou seja, a conduta do obrigado. A função jurisdicional, nestes casos, é substitutiva do adimplemento e, na medida do possível, busca realizar a situação final desejada pela ordem jurídica.

Outrossim o artigo 461 não teria maior importância se tivesse sido concebido apenas como meio de garantir o acesso à complicada execução forçada do artigo 634 do CPC, dado a sua notória complexidade bem como sua escassa aptidão prática para levar rapidamente o credor a satisfação *in natura* de seu direito.

Sobre o tema ensina Theodoro Júnior (1996, p. 23):

O que, em primeiro lugar, visou o legislador, no novo texto do art. 461, foi assegurar para o credor um julgamento que lhe propiciasse, na medida do possível, a prestação *in natura*, e ainda no âmbito do processo de conhecimento, obter medidas de tutela diferenciada, que, diante de particularidade do caso concreto, pudessem reforçar a exequibilidade da prestação específica e, se necessário, abreviar o acesso à satisfação de seu direito material.

Note-se que a lei preocupou-se com situações em que seja impossível ou ao menos difícil chegar de modo completo e exauriente ao ideal de perfeita substituição do adimplemento (atividade do obrigado) pelas atividades jurisdicionais.

Para tentar solucionar estes empecilhos, o legislador preconizou a possibilidade, de o juiz, quando da prolação da sentença ditar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, principalmente por intermédio de atos sub-rogatórios ou executivos *lato sensu*, como por exemplo, na substituição de declaração de vontade nos compromissos de contratar pela sentença judicial.

Notadamente, é no cumprimento de obrigações infungíveis, de caráter personalíssimo, que a tutela específica ganha maior destaque, principalmente, em decorrência da intangibilidade da vontade humana. Por outro lado, variados poderão ser os expedientes, se a obrigação for fungível, isto é, realizável por terceiro; porém, ficará restrito a cominação de multas (*astreinte*) se, por ser infungível, apenas o devedor puder realizar, a prestação pela qual se obrigou.

Aliás, a feição interdital do processo de conhecimento autorizada genericamente pelo artigo 273, e não somente pelo artigo 461, ambos do CPC, traz a possibilidade da junção de duas funções jurisdicionais – conhecimento e execução – fundirem-se em um mesmo processo.

Cumprir destacar, que numa só relação processual o juiz acerta o direito da parte e ao mesmo tempo o realiza, de sorte que a sentença, diante da tutela executiva antecipada, em sendo procedente a demanda, se limitará a tornar definitiva a providência satisfativa já tomada em favor do réu.

Por fim, pode-se concluir que o artigo 461, posto que inserido entre as normas do processo de conhecimento, não se limita apenas a propiciar atividade cognitiva ou de accertamento. Ao definir o direito da parte, o juiz procurará assegurar convenientemente a execução específica para depois da sentença. Casos, porém, ocorrerão que os provimentos antecipatórios e as medidas de apoio se concretizarão ainda na pendência do processo de conhecimento, eliminando assim, a separação e, processos distintos e autônomos, ou seja, entre cognição e execução.

3.7 A Execução Específica Assegurada pelo Artigo 461 do CPC

O artigo 461 do Código de Processo Civil não teria maior significação se tivesse sido concebido apenas como meio de garantir o acesso à complicada execução forçada do artigo 634 do Código de Processo Civil, dada sua notória complexidade em razão dos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, bem como sua escassa aptidão prática para levar o credor à satisfação *in natura* de seu direito. (THEODORO JÚNIOR, 2002)

Desta forma, o que visou o legislador com a edição do artigo 461 do CPC foi assegurar ao credor um julgamento que lhe propiciasse, na medida do princípio da maior coincidência possível defendido por Barbosa Moreira, a prestação *in natura*, e ainda no âmbito do processo de conhecimento, obter medidas de tutelas diferenciadas, que diante do caso concreto, pudessem reforçar a exeqüibilidade da prestação específica, abreviando assim o acesso à satisfação do direito material.

Observa Marcelo Guerra (1997) apud Eduardo Talamini (2001, p. 223) uma importante e tênue diferenciação:

Afirma-se, por vezes, que é “específica” a tutela que confere ao titular do direito o mesmo bem que se teria se não houvesse a transgressão, e “genérica” a que propicia o equivalente pecuniário.

Do ponto de vista processual, Eduardo Talamini (2001, p. 224) observa uma diferenciação entre as duas tutelas:

[...], genérica é toda a forma tutela que tenda à obtenção de dinheiro no âmbito da responsabilidade patrimonial do devedor – seja mediante direta consecução do numerário, seja pela transformação de outros bens em pecúnia, através de expropriação. Específica é a tutela que tende à consecução de bens jurídicos outros, que não dinheiro. Mais precisamente, tutela específica (categoria que abrange – mas não se limita a – execução específica) é a que visa ao exato resultado jurídico que se teria, se não houvesse a necessidade do processo, em todos aqueles casos em que esse resultado final não consista na mera satisfação de uma dívida pecuniária.

Importante ressaltar que o *caput* do artigo 461 menciona “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente”. Como se nota, o artigo

é claro em assegurar ao credor medidas que assegurem aquilo que se pretendia, se a situação no plano material fosse descumprida, buscando a tão almejada tutela específica.

Neste sentido, expõe Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (2005, p. 273):

Já no caput o art. Menciona “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente” [...]. Logo, ganha evidência o verbo determinar e, indubitavelmente, no rol dos seus significados semânticos, devem sobrelevar: prescrever, ordenar, estabelecer, decretar, que vão ao encontro da teleologia do artigo, a busca da tutela específica.

Fica evidente, que o juiz ao se pronunciar não deve proferir uma sentença ou providência de natureza declaratória, que, como se sabe, nestes casos de nada vale. Deve sim o magistrado proferir providências de natureza executiva *lato sensu* e mandamental, providências estas que são por óbvio, atividades práticas, fadadas a se manifestarem no mundo da realidade.

Nota-se que a execução específica assegurada pelo artigo 461 do CPC não esbarrou em barreiras ideológicas que envolvem o processo de conhecimento, mas norteadas pelo “*novo*” conceito de acesso à justiça, buscando rompê-las, prevendo ações sincréticas nas quais convivem cognição e execução, adotando uma estrutura flexível onde os diversos provimentos devem se ajustar consoante ditar a natureza da tutela específica que tiverem por fim emprestar. (SEGUNDO, 2005, p. 274)

Complementando tal entendimento, Theodoro Júnior (2002):

[...] Numa só relação processual o juiz acerta o direito da parte e o realiza, de sorte que a sentença, diante da tutela executiva antecipada, em sendo procedente a demanda, se limitará a tornar definitiva a providência satisfativa já tomada em favor do autor.

Conclui-se, desse modo, que o artigo 461 do CPC, incluído dentre as normas do processo de conhecimento, não se limita a propiciar apenas atividade cognitiva ou de acerto. Vale dizer, o provimento outorgado pelo artigo 461 do CPC continuará sendo de acerto e o juiz cuidará de definir o direito da parte e de assegurar-lhe a execução específica para depois da sentença. Porém, caso ocorram provimentos antecipatórios e as medidas de apoio se concretizarão no limiar do

processo de conhecimento, eliminando, desta forma, a separação em processos autônomos e distintos, entre cognição e execução. Desta forma, Dinamarco (2002, p. 600), diz que “o resultado jurídico-positivo dos clamores da doutrina por uma Justiça que não seja simplesmente enunciativa de preceitos em provimentos inócuos, mas que assuma e cumpra efetivamente seu compromisso de propiciar aos litigantes verdadeiro acesso à justiça”. Assim, a tutela jurisdicional do artigo 461 do CPC não está nas sentenças mas nos resultados práticos que elas venham efetivamente a produzir na vida das pessoas.

3.8 Das Perdas e Danos (artigo 461, §1º, do CPC)

Conforme visto anteriormente, para se garantir o cumprimento específico das obrigações de fazer ou de não fazer, foi introduzido ao processo de conhecimento, um tipo de ação cujo objeto é a tutela jurisdicional específica, para a satisfação *in natura* da obrigação dispensando o processo executivo *ex intervallo* ou uma tutela ressarcitória de natureza substitutiva, sendo essa pleiteada somente como *ultima ratio*.

Porém, existem casos em que não é possível a satisfação de um direito por intermédio da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Somente ocorrerá a conversão em perdas e danos quando se tornar impossível o resultado específico (tutela específica e resultado prático equivalente) ou então por opção do autor. Assim, fora estas hipóteses e daquelas outras em que o próprio direito material explícita ou implicitamente exclui o direito ao cumprimento específico, o juiz não está autorizado a deferir mera indenização.

Dispõe o aludido artigo 461, §1º, do CPC, *in verbis*:

Art. 461 [...]

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

Mas o que se entende por perdas e danos?

O artigo 402 do CC diz que as perdas e danos abrangem, além do que a pessoa efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, é compreendido como sendo o dano emergente e o lucro cessante.

Sílvio Rodrigues (2002, p. 253) entende:

[...] a idéia que se encontra na lei é a de impor ao culpado pelo inadimplemento o dever de indenizar. Indenizar significa tornar indene, isto é, reparar prejuízo porventura sofrido. De modo que, em regra, não deve o prejudicado experimentar lucro na indenização.

Preferiu o legislador que a conversão em perdas e danos ocorra em último lugar. Desta forma, o artigo 461, §1º, do CPC só autoriza que se imponha ao credor a conversão em perdas e danos quando for impossível obter o resultado final desejado.

Eduardo Talamini (2001, p. 324-326) ressalta dois casos de impossibilidade de resultado específico, que são: a) quando surge um óbice material ou jurídico à sua consecução e, b) quando, com o não cumprimento pontual, desaparece objetivamente seu interesse para o titular do direito.

Na primeira hipótese, existe impossibilidade da prestação da obrigação em razão de circunstâncias pessoais do devedor ou concernir a um aspecto externo, de modo que, neste segundo caso, a qualquer terceiro seria impossível produzir o resultado visado com o cumprimento. Vale dizer: conquanto passível de realização por terceiro, o impedimento concernente à pessoa do devedor afastaria o direito de produção do resultado específico, de modo que restaria apenas investigar se a impossibilidade deu-se por culpa do devedor, a fim de que, em caso positivo, ele arcasse com perdas e danos. (TALAMINI, 2001)

Já com relação a segunda hipótese, há de existir a constatação de que o resultado específico não se reveste mais da utilidade concreta em virtude da qual se havia estabelecido o dever de fazer ou de não fazer. Exemplificando: com o descumprimento da obrigação de prestar serviço de iluminação em um evento artístico ou político, ainda que nenhum óbice material ou jurídico se ponha para que o serviço seja prestado depois da data prevista, tal prestação já não cumprirá a finalidade prática para a qual ela havia sido contratada.

Importante ressaltar que o autor uma vez que tenha optado pela conversão em perdas e danos não pode o réu agora, voltar atrás, pretendendo cumprir o dever de fazer, a não ser que haja concordância expressa por parte do autor. Logicamente, essa questão só se põe para os direitos disponíveis, ou seja, passíveis de transação. Já em relação aos direitos indisponíveis quanto ao resultado específico, será sempre viável, enquanto não houver impossibilidade, a observância da conduta pleiteada, embora manifestada de forma tardia, o que não afastará o dever de indenizar os danos gerados até tal momento.

Nada obstante, há entendimentos de que o artigo 461, §1º, do CPC, permite a conversão em perdas e danos em qualquer momento, porém na verdade, notadamente, pela ordem de providências estabelecida neste artigo, somente quando impossível a tutela específica ou o resultado prático equivalente é que se facultará ao credor, livremente mandar executar a obrigação à custa do devedor ou pedir a indenização por perdas e danos.

Deve-se ter em mente que a interpretação lógica e mais acertada do dispositivo deve ser a seguinte: uma vez impossibilitada a tutela específica da obrigação, poderá o credor da obrigação, ao seu alvedrio, optar entre a obtenção do resultado prático equivalente ou a conversão em perdas e danos. Ao devedor resta somente o direito de cumprir a obrigação na forma original ou à vontade do credor. De suma importância e influência é o princípio do meio menos gravoso possível.

Assim, pela sistemática do Código de Processo Civil, bem como pela dinâmica do artigo 461, §1º, do CPC, a ação de cumprimento que tenha por objeto obrigação de fazer ou de não fazer prioriza a tutela específica. Caso não seja possível o adimplemento mediante a execução *in natura* da obrigação, deve o credor optar pelo resultado prático equivalente, e persistindo tal impossibilidade, resta ao credor contentar-se com as perdas e danos. Veja que a tutela ressarcitória, ou melhor dizendo, perdas e danos, é sempre a última via para a satisfação de uma pretensão que objetive o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. Prima-se, por conseguinte que a execução dever realizar-se da forma menos gravosa para o devedor.

3.9 Medidas Sub-rogatórias para Reforçar a Exeqüibilidade In Natura

Comprometido o processo moderno com a execução específica das obrigações de fazer e não fazer, a lei haverá de propiciar à parte meios imperativos para buscar o resultado prático a que corresponde o direito subjetivo do credor. Variados poderão ser esses expedientes, se a obrigação for fungível, isto é, realizável por ato de terceiro; ficarão, todavia, restritos à cominação de multa (*astreinte*) se, por ser infungível, apenas o devedor puder realizar, pessoalmente, a prestação a que se obrigou. (THEODORO JÚNIOR, 2002)

Destarte, a nova postura legislativa é de valorização da execução específica da obrigação, ainda que a obrigação seja de natureza infungível. Assim, a imposição de multa diária por tempo de atraso no cumprimento da prestação devida, tenta-se compelir o devedor a realizá-la, antes de convertê-la em perdas e danos. Em muitos casos, porém, essa prestação pode, perfeitamente, ser alcançada por obra do credor ou de terceiro, cabendo ao devedor suportar o respectivo custo. Outras vezes, não se alcança exatamente a prestação devida, mas chega-se a resultado prático a ela equivalente. Por isso, fala-se em meios sub-rogatórios, que vêm a ser todo e qualquer expediente adotado pelo juiz para alcançar, com ou sem a cooperação do devedor, o resultado correspondente à prestação devida.

Neste sentido, a mais enérgica medida para agir sobre o ânimo do demandado é a sanção pecuniária, ou seja, a *multa*, que será mais bem estudada no próximo item.

3.10 Da Multa (artigo 461, §§2º e 4º, do CPC)

Em duas manifestações a nova configuração da tutela das obrigações específicas dispõe sobre *multas* a serem impostas como sanção ao inadimplemento. Deste modo, a ordem do juiz far-se-á acompanhada de mecanismos coercitivos, que em última análise, objetivam induzir o demandado a cumprir a obrigação inadimplida o mais célere possível. No §2º dita a regra de cumulação da multa com possíveis perdas e danos, porém, no §4º disciplina a possibilidade do juiz a impô-la.

Logo, a imposição de multa ao demandado provoca a opção pelo adimplemento da obrigação, ou seja, o legislador instiga o ânimo do obrigado a satisfazer a obrigação o quanto antes, pois, o direito posto em debate demanda celeridade processual, quanto mais material. Deste modo, a multa é um meio (instrumento) para se alcançar um fim (a tutela específica).

Todos os dispositivos que impõem a sanção de multa diária (*astreinte*) têm a finalidade de promover a efetividade de alguma decisão judiciária. Por isso mesmo as multas costumam associar-se ao instituto do *contempt of court*, considerado que o descumprimento de ordens judiciais importa em insubordinação à autoridade e não só lesão ao credor. As novas disposições contidas no atual art. 461 do Código de Processo Civil, contemplam sanções dessa ordem como resguardo à efetividade da sentença que ao fim do processo concede a tutela específica e também da decisão antecipatória desta. Vale dizer, em suma, a multa tem natureza puramente coercitiva não tendo natureza reparatória, como se vê em outros dispositivos previstos em nosso sistema jurídico. (DINARMACO, 1998, p. 159)

Desta forma, os §§2º e 4º, do artigo 461, do CPC, preconizam:

Art. 461 [...]

§2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa⁷.
(*g.n.*)

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

Kazuo Watanabe (1996), diz que a multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva. Nesse sentido deve ser interpretado o §2º do artigo 461 do Código de Processo Civil.

⁷ A multa do artigo 461, §2º, do CPC consiste numa sanção processual imposta como meio de coação psicológica, destinado a vencer a resistência do obrigado, para que cumpra o preceito. (ALVIM, 1997, p.113)

Em relação ao parágrafo 2º, Dinamarco (1998, p. 159) entende:

A cumulabilidade entre multa e perdas e danos é consequência lógica e natural das diferentes naturezas e finalidades dos dois institutos: a primeira visa a motivar o adimplemento e a segunda define o objeto da obrigação do obrigado inadimplente.

Note-se que a multa não tem nada a ver com o valor da prestação inadimplida ou com as perdas e danos. Sua função é eminentemente coercitiva visando que o devedor cumpra a obrigação o mais rápido possível.

Cumpre salientar, que não há parâmetros objetivos para a delimitação do valor da multa em relação ao valor da prestação inadimplida. Senão vejamos o seguinte exemplo: uma fábrica de produtos químicos que derrama dejetos tóxicos em um rio, e se pleiteia a tutela específica por meios de provimentos mandamentais. Neste caso, a função da multa é obrigar, coagir, ordenar que a empresa pare o quanto antes tal atividade ou promova a introdução de mecanismos de filtros de purificação para a manutenção do rio.

No caso em espeque, se tal fábrica tiver dinheiro suficiente para pagar tal prejuízo causado pelos seus próprios atos, pagando a multa, onde assim se livraria da obrigação, de nada valeria valor limitado. Logo, é imprescindível que a multa possa ser arbitrada em limites superiores à realidade, forçando, por assim dizer, a retirada imediata e consequente prestação da obrigação avençada.

Assim, entende Marinoni (2000, p. 190-191):

Neste sentido, e por lógica, 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 liberar-se da sua obrigação, devolvendo o valor que foi pago pela prestação.

Como se vê, a multa visa obrigar o devedor a adimplir o quanto antes a obrigação, sendo que a multa não pode ficar limitada ao valor da prestação ou ao valor das perdas e danos.

Importante ressaltar que o valor da multa inicialmente fixado poderá ser alterado, para mais ou para menos, conforme variem as circunstâncias do caso concreto, isso se dá em razão da própria natureza coercitiva da multa. Desta forma,

como a imposição independe de pleito do autor, igualmente a revisão de seu valor poderá ser procedida de ofício, sempre respeitando os valores da suficiência e compatibilidade. (TALAMINI, 2001, p. 244)

Assim, a modificação do valor da multa depende fundamentalmente da mudança dos fatos que haviam ensejado sua definição originária. Por exemplo, o cumprimento de uma parte do comando judicial poderá ensejar sua diminuição, e do contrário, a persistência do demandado em descumpri-la é elemento suficiente para autorizar o seu aumento.

Em outros dizeres, o adimplemento ou o inadimplemento da obrigação pelo demandado implica reflexamente no valor da multa, visto que a natureza da multa é coercitiva e não reparatória ou punitiva. Ou seja, uma vez inobservado o dever tornando impossível sua consecução específica, não em falar-se em multa, mesmo porque a medida coercitiva apenas incide enquanto viável o cumprimento voluntário da obrigação.

Corroborando tal entendimento entende Eduardo Talamini (2001, p. 243, grifo do autor):

A determinação do valor da multa pelo juiz não é ato discricionário – ainda que se reconheça a inexistência de critérios absolutos, prévios e abstratos para sua definição. O julgador há de estabelecê-los levando em conta as duas balizas, “suficiência” e “compatibilidade”, e sempre com o preciso exame do caso concreto. Será revisável pelo grau de jurisdição superior a multa fixada em valor tanto “insuficiente” para induzir o réu quanto excessivo – caso em que será incompatível e ofensiva ao princípio do menor sacrifício.

O artigo 461 protege o cumprimento da ordem proferida pelo juiz com medidas de apoio ou de reforço. O §4º do artigo 461 do CPC, permite, *ex officio*, a fixação de multa pelo inadimplemento da decisão antecipatória da tutela ou da própria sentença.

Neste sentido, conclui José Rogério Cruz e Tucci (2002, p. 79):

Trata-se de meio coercitivo, que “deverá” ser imposto àquele que descumprir o comando judicial, toda vez que o juiz pressentir a sua utilidade para constringer o réu, ou seja, “sempre que multa revelar-se” suficiente e compatível com a obrigação”, segundo a fórmula adotada no art. 461, §4º. Só ficará descartado o emprego da multa quando esta revelar-se absolutamente inócua ou desnecessária, em virtude de circunstâncias concretas.

Nada obstante, a multa diária constitui mecanismo de coerção apto a induzir o cumprimento de obrigação positiva, vale dizer, a realização de uma atividade a ser desenvolvida. A multa recai imediatamente, acumulando-se dia após dia e somente cessa com o adimplemento da obrigação principal. Já com relação a obrigação negativa, a doutrina tem sugerido que a multa fixa é a apropriada.

Assim, o §4º do artigo 461 do Código de Processo Civil abriu a possibilidade de imposição da multa *ex officio*, o que é novidade no CPC. Esse dispositivo chega ao Código num momento de abertura para uma grande plasticidade das funções do juiz no comando do processo e empenho pela efetividade de suas decisões.

Um aspecto que merece destaque é com relação ao *valor da multa* (artigo 461, §4º, CPC). A lei faz referência a “suficiência” e “compatibilidade” da multa com a “obrigação”. Tais parâmetros prestam-se não só a indicar as hipóteses de cabimento da multa, como ainda definem os seus limites quantitativos. Mas não se trata de limitação do valor da multa ao da obrigação nem ao dos danos derivados da violação. A multa processual é inconfundível com a cláusula penal contratualmente fixada, de modo que não lhe é aplicável o artigo 920 do Código Civil. (TALAMINI, 2001, p. 242)

Nesse contexto, a fixação do valor da multa pelo juiz não deve ficar relegado ao seu alvedrio. Assim, a determinação do valor da multa pelo juiz não é ato discricionário – ainda que se reconheça a inexistência de critérios absolutos, prévios e abstratos para sua definição. O julgador há de estabelecê-los levando em conta as duas balizas, “suficiência” e “compatibilidade”, e sempre com o preciso exame do caso concreto. (TALAMINI, 2001, p. 243)

Note-se que o valor da multa fixado inicialmente poderá ser alterado para mais ou para menos, conforme variem as circunstâncias concretas. O artigo 461 nada expressa a esse respeito, diferentemente do que ocorre no processo de execução (artigos 644 e 645 do CPC).

Encerrando o estudo sobre a multa do artigo 461 do Código de Processo Civil, reitera-se que sua eficiência como meio de pressão psicológica condiciona-se, em grande parte, à efetividade da via da execução monetária, mediante a qual será cobrada. Assim, em prol da tutela específica é importante tornar mais eficiente o

processo de execução por quantia certa para o recebimento do valor da multa. Por assim dizer, é de suma importância a imposição de multa pelo juiz como mais uma medida que se coloca apta a induzir e coagir o demandado a prestar a tutela específica.

3.11 Medidas de Apoio para a Tutela Específica (artigo 461, §5º, do CPC)

A redação original do artigo 461, §5º, trazida pela Lei 8.952/94 recebeu diversas e severas críticas, em virtude da ampliação dos poderes do juiz. Em que pesem as inúmeras considerações acerca do tema, o entendimento que tem prevalecido é que a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer já possuía alicerce em nosso ordenamento, isto é, no campo dos direitos patrimoniais, como a própria ação de despejo, a sentença é executada inclusive com a remoção de pessoas, sejam crianças ou adultos, possuam ou não outro imóvel para habitar.

Desta forma, a crítica é que a tutela dos direitos patrimoniais recebe um tratamento privilegiado do legislador. Porém, em relação aos direitos de cunho não patrimoniais, muito mais relevantes do que aqueles, como os ligados aos interesses coletivos, difusos ou aos direitos da personalidade, possa ter tratamento diferenciado?

O §5º do artigo 461, com redação alterada pela Lei 10.444/02, permite ao juiz determinar as medidas necessárias para a realização da tutela específica, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial, visando unicamente produzir resultados práticos, independentemente da vontade do demandado.

Tais medidas são tomadas para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente. A norma prevista no parágrafo §5º do artigo 461 do CPC, autoriza não só o emprego de mecanismos sub-rogatórios da conduta do demandado, indo além, conferindo ao juiz poderes para a imposição de outros meios coercitivos destinados a acompanhar a ordem judicial dirigida ao réu, para que ele cumpra o fazer ou não fazer.

As medidas em questão são determinadas pelo próprio juiz do processo de conhecimento e podem referir-se tanto ao cumprimento da antecipação de tutela como à execução da sentença definitiva. Com elas procura-se a satisfação do direito do credor, e não apenas a conservação de elementos úteis ao processo. (THEODORO JÚNIOR, 2002)

Diz o §5º do artigo 461 do CPC (com redação alterada pela Lei 10.444/02):

Art. 461. [...]

§5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisa, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Importante destacar que também no parágrafo 5º do artigo 461 do CPC também se refere a *multa*, no entanto, essa fixação de ofício pelo juiz pode ser alterada quando o valor tornar-se excessivo ou insuficiente.

Neste sentido aponta Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 112):

O que se fez no §5º foi acrescentá-la aos outros expedientes (métodos) de que o juiz pode se valer para tornar mais vantajoso, aos olhos do réu, cumprir a obrigação *in natura* do que se sujeitar à execução indireta (às conseqüências do não cumprimento das ordens judiciais). Esses outros expedientes são a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, atividades essas todas elas realizáveis, se necessário, com o auxílio de força policial.

Destarte, a enumeração legal é reconhecidamente exemplificativa, de sorte que a autorização contida no §5º do artigo 461 compreende qualquer outra medida que se torne necessária e compatível com o propósito de proporcionar ao credor a “tutela específica” ou o “resultado prático equivalente”.

Assim, assevera Eduardo Talamini (2001, p. 263):

Provavelmente, é muito maior a quantidade de medidas sub-rogatórias que, com base nessa regra, serão usadas nos casos concretos. Mas a adoção de meios atípicos de indução psicológica, *nos limites a seguir expostos*, não pode ser ignorada. Há casos em que a multa vai revelar-se insuficiente ou

inadequada, sendo concebível recorrer a outras formas de pressão – por exemplo, a divulgação diária em veículos de comunicação de nota emitida pelo órgão jurisdicional, informando ao público que o réu está descumprindo ordem judicial. Tais mecanismos, a exemplo da multa, poderão ser utilizados mesmo que se trate de dever de natureza fungível.

No entanto, em sentido contrário, por intermédio de Humberto Theodoro Júnior (2002), diz que, “embora o rol das medias sub-rogatórias ou de apoio contido no §5º do artigo 461 seja meramente exemplificativo, o juiz não tem um poder ilimitado na adoção de outras providências para atingir a execução específica. Expedientes condenados pela ordem jurídica, como a prisão civil por dívida, obviamente não se incluem nos meios de coerção na espécie”. Depreende-se assim, que o que não se admite é o juiz cível usar a prisão diretamente como expediente de execução civil⁸.

Deste modo, as medidas autorizadas pelo supracitado dispositivo destinam-se à própria realização da tutela pretendida. São mecanismos para a efetivação do resultado específico, seja com ou sem a colaboração do réu, e não meras medidas conservativas. Logo, as denominadas medidas de apoio, são medidas tendencialmente satisfativas. São de “apoio” no sentido de que, obviamente, não constituem em si mesmas a tutela, mas servem de instrumento para a produção do resultado pretendido, ou seja, são os meios para a realização dos fins.

Não podemos esquecer que mesmo no universo de medidas em tese admissíveis, terão de ser considerados os princípios gerais da proporcionalidade e razoabilidade, que norteiam toda a atuação estatal. As providências adotadas devem guardar relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior que o necessário. Destarte, o artigo 620 do mesmo diploma legal, nada mais é do que expressão dessas diretrizes no processo executivo. Daí que a formulação contida nessa norma é por igual aplicável no processo do artigo 461, não por analogia, mas pela direta incidência daqueles princípios. (TALAMINI, 2001, p. 265)

Diante do caráter não exaustivo do elenco contido no §5º do artigo 461, faz-se necessário o exame de tais medidas, realçando o alcance da tutela específica.

⁸ Neste sentido, Eduardo Talamini (2001, p. 296-297).

A *busca e apreensão, in casu*, é providência que pode se referir, no todo ou em parte, ao objeto criado pela execução da obrigação de fazer, bem como a alguma coisa necessária ou útil a tal execução. As ordens desse tipo são tomadas incidentalmente, dentro do processo em curso, sem instauração de verdadeira execução para entrega de coisa. (THEODORO JÚNIOR, 2002)

Já com relação a *remoção de pessoas e coisas* é prestada com a tomada física de um bem corpóreo que é componente da produção do resultado específico. Esta serve à retirada forçada de coisa que é obstáculo a tal produção (ex.: placa que afeta indevidamente a fachada de prédio com valor histórico, equipamento poluente; painéis publicitários ofensivos a regras legais ou contratuais de concorrência etc). (TALAMINI, 2001, p. 268-269)

Neste contexto, a remoção de pessoas e coisas, difere da busca e apreensão porque não se destina a proporcionar a entrega do objeto apreendido ao credor.

Em relação a remoção de pessoas, não é algo inédito em nosso sistema. Pense-se na ação de despejo ou de reintegração de posse. Pode-se pensar na remoção de grevistas que se recusam a deixar o recinto de trabalho, por exemplo, ou no empreiteiro que não retira seu pessoal da obra cuja continuidade foi adjudicada a outrem.

O *desfazimento de obras*, não se restringe ao cumprimento da sentença que o tenha imposto como decorrência de obrigação de não fazer. O que se visa é permitir o expediente mesmo incidentalmente, até mesmo como antecipação de tutela, quando presentes os seus pressupostos legais. Logo, em tais casos a demolição se dará em caráter de urgência, como cumprimento de simples mandado, sem se sujeitar ao processo de execução, como, aliás, ocorre com as medidas cautelares e demais provimentos de urgência. (THEODORO JÚNIOR, 2002)

Em penúltimo lugar, temos o *impedimento de atividade nociva*. Este tipo de medida de apoio pode ocorrer em caráter preventivo ou repressivo e segue o procedimento mandamental, para pronta efetivação. A rigor, o impedimento de atividade nociva abrange a própria remoção de pessoas e coisas.

Por fim, o juiz pode *requisitar a força policial*. Eduardo Talamini (2001, p. 270), entende que, “não constitui uma medida de apoio autônoma, mas providência

instrumental a outras. A possibilidade de requisitar força policial, para resguardar a observância de provimentos mandamentais ou demover a resistência à atuação executiva, é inerente à autoridade do juiz”. Trata-se de medida que enfatiza a força emanada pelo juiz.

3.12 Aspectos Similares da Tutela Específica (artigo 461, §3º do CPC) e da Tutela Antecipada (artigo 273 do CPC)

Aparentemente, o Código de Processo Civil, teria adotado dois regimes distintos de antecipação de tutela nos artigos 273 e 461. De fato, no artigo 273 exige-se que a parte apresente prova inequívoca conducente à verossimilhança do alegado comprove o perigo de dano de difícil reparação e que os efeitos da providência a ser antecipada não sejam irreversíveis. (THEODORO JÚNIOR, 2002)

Ademais no artigo 461, §3º, do CPC, a lei reclama como condição da tutela antecipada, a relevância do fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final, caso não se adiante a prestação jurisdicional. Ora, falar-se em relevância do fundamento não é outra coisa senão exigir-se a verossimilhança do alegado. Nada obstante, não existe diferença profunda, no aspecto do *fumus boni iuris*, entre o artigo 273 e o artigo 461, §3º, ambos do Código de Processo Civil.

Estatui assim o §3º do artigo 461 do Código de Processo Civil:

Art. 461 [...]

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

Assim expõe Kazuo Watanabe (1996):

O §3º do artigo 461 admite a concessão da tutela antecipatória. Os requisitos são a relevância do “fundamento da demanda” (que é mais do que o *fumus boni iuris* do processo cautelar) e o “receio de ineficácia do provimento final” (é a situação de perigo, ou o *periculum in mora*).

Os requisitos estão mais para a tutela antecipatória do artigo 273 do que para o processo cautelar. É que estamos diante de tutela antecipatória, e não de tutela cautelar.

Permite o legislador, no dispositivo mencionado, a designação da audiência de justificação prévia. E deixou afirmado o caráter provisório da tutela antecipatória, de que poderá ser ela “revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Tem inteira aplicação, aqui, tudo que afirmamos linhas atrás a respeito da motivação da decisão, tanto para a concessão da liminar, como também para sua posterior revogação ou modificação.

Depreende-se que sem embargo de algumas diferenças de redação, o parágrafo 3º do artigo 461 associa-se ao sistema de antecipação de tutela jurisdicional, estruturado no novo artigo 273 do CPC. Neste contexto, “como antecipação de tutela específica, essa visa pôr o titular de direito no gozo da própria situação final sonhada pelo obrigado e postulada no *petitum*”. (DINAMARCO, 1998, p.158).

Já João Batista Lopes (2001, p. 122) faz uma diferenciação muito feliz acerca da tutela antecipada, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil e da tutela específica, prevista no artigo 461, §3º, do Código de Processo Civil, que merece ser transcrita:

Insista-se, mais uma vez: a tutela antecipada (artigo 273) e a tutela específica (artigo 461) formam um microssistema orgânico e harmônico, sendo a primeira regra geral de antecipação e a segunda regra especial destinada a disciplinar as obrigações de fazer e de não fazer.

Assim, entre as diversas razões da reiteração da possibilidade de antecipação da tutela, com base no artigo 461, §3º, do CPC, existe a preocupação em destacar a relevância da tutela urgente para as situações materiais protegidas pelo sistema processual e a necessidade de um especial modelo de efetivação da tutela jurisdicional. Desta forma, houve, a previsão de mecanismos diferentes para efetivar a tutela dos deveres de fazer e de não fazer. Logo, a autorização legal para antecipar a tutela jurisdicional extirpou qualquer dúvida quanto se aplicar ao provimento antecipador da tutela do artigo 461 o regime de atuação material previsto neste dispositivo legal. Ressalta-se a importância da concessão da antecipação da tutela nos casos das obrigações de fazer ou de não fazer.

CONCLUSÃO

Pode-se constatar que a tutela específica, preconizada pelo artigo 461 do CPC, foi alçada pelo legislador como prioridade do sistema, sendo que o demandado somente será remetido para o resultado prático equivalente, quando for impossível chegar-se à prestação devida; e, somente haverá condenação em perdas e danos quando for impossível o adimplemento por tutela específica ou por opção do credor. Assim, tutela específica é a tutela que tende à consecução de outros bens, que não o ressarcimento em dinheiro, mas principalmente visam como objeto principal a realização de atos dos demandados, implicando em ações concretas e não meramente ressarcitórias.

Neste sentido, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer objetivam dois escopos: primeiramente, dar uma maior efetividade ao processo e, em segundo lugar, a revigorar os poderes do juiz, deixando de ser um mero expectador do litígio, fazendo com que o processo seja visto como um meio de acesso à justiça eficaz, posto à disposição de todos os litigantes.

Essa nova inovadora sistemática vale-se substancialmente de medidas coercitivas ou medidas mandamentais, pois, somente por intermédio destas o credor poderá obter o provimento que teria, se a situação de fato não fosse descumprida. Importante ressaltar que, os provimentos de cunho condenatório, declaratório e constitutivo, constituem meios inócuos nos tempos atuais, servindo muitas vezes para procrastinar a marcha processual nas obrigações de fazer e de não fazer. Assim, com o surgimento dos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, e o conseqüente reconhecimento do legislador, revelou-se imprescindíveis à adoção de tais medidas, que, sem mais delongas, realizam no plano prático aquilo que é pretendido pelo autor.

Portanto, as ações executivas *lato sensu*, entendidas como aquelas que possibilitam a prática de atividades de sub-rogação na mesma relação processual e ações mandamentais, que permitem ordem de conteúdo coativo, unem em uma mesma atividade jurisdicional, atos cognitivos e executórios, sendo imprescindíveis

para um processo civil de resultados, principalmente com o surgimento dos chamados novos direitos.

Com o objetivo de reforçar estes mecanismos, foram criadas as multas, *astreinte*, do direito francês, sendo aplicadas como um expediente de coerção, de forma a induzir o demandado a cumprir a obrigação o quanto antes. Desta forma, em razão da natureza coercitiva, as multas podem ser aplicadas em valor superior ao da obrigação; do contrário, teria o obrigado a oportunidade de livrar-se pagando o valor da obrigação. Nada obstante, o juiz, lança mão da multa para a satisfação o quanto antes da obrigação, inclusive *ex officio*, sendo um expediente imprescindível e eficaz para o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer.

Em suma, pode-se dizer que os clamores por justiça de toda uma sociedade foram atendidos, ainda que com alguma resistência, sempre objetivando dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito. Rompendo com paradigmas antigos, como o princípio do *nemo ad factum potest cogi* e o princípio da intangibilidade humana, que muitas das vezes, inibem ou impedem o provimento jurisdicional, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer assumem o papel de cumprimento efetivo do provimento jurisdicional, proporcionando aos litigantes o verdadeiro acesso à justiça e a ordem jurídica justa. Em outros dizeres, o verdadeiro ganhador do litígio não está nos provimentos das sentenças, mas nos resultados práticos que elas venham efetivamente a produzir no cotidiano das pessoas, ou seja, de nada vale o juiz declarar um direito, sendo que é necessário o prosseguimento por meio de um outro processo, denominado executivo. A tutela específica, realiza no plano prático, com o apoio das medidas executivas *lato sensu* e mandamentais, e outros provimentos acessórios, aquilo que se obteria se o direito discutido não fosse violado. Assim, é realizado no plano processual aquilo que se quer no plano fático, ou seja, uma tutela efetiva, adequada e tempestiva de direitos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Rafael Augusto Paes de. A cognição nas tutelas de urgência no Processo Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=868>>. Acesso em: 25 jul. 2006.

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

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança**: um tema com variações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da Nova Reforma do CPC**: Lei 10.352, de 26.12.2001; Lei 10.358, de 27.12.2001; Lei 10.444/02, de 07.05.2002. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. comentários jurídicos e sociais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Beatriz Catarina. **A jurisdição na tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. t. 2.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 1.

_____. **A reforma da reforma**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

DONALDO, Armelin. A tutela jurisdicional cautelar. **RPGESP**, São Paulo, v. 23, p.115, ANO.

FILOMENO, José Gerald Brito (Colab.). **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

FRANCO, Fernão Borba. **A execução de sentença mandamental e de obrigação de fazer: possibilidade de prisão como meio coercitivo**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 354-366.

FRIEDE, Reis. **Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica e tutela antecipada**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Tutela específica das obrigações de fazer**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

IHERING, Rudolf von. **L'Esprit du Droit Romain**. Trad. Meulenaere. [S.l.]: Ed. A. Marescq Ainé, 1877. v. 1 e v. 3.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. Barueri, SP: Manole, 2004.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 6. ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela específica**: (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela Inibitória (individual e coletiva)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. arts. 1º-45. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973. t. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4.

NUNES, Luiz Antônio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

PACHECO, José da Silva. **Tratado das execuções**: processo de execução. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2.

POPP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer**: a tutela substitutiva da vontade nas obrigações negociais de fazer juridicamente infungíveis. Curitiba: Juruá, 1995.

_____; ABADALA, Edson Vieira. **Comentários à nova lei antitruste**. Curitiba: Juruá, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3.

SEGUNDO, Lino Osvaldo Serra Sousa. O Binômio conhecimento-execução e as ações de cumprimento das obrigações de fazer e não fazer no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 127, p. 259-283, set. 2005.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. A Emenda Constitucional nº 45/04 e o princípio da celeridade ou brevidade processual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 669, 5 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6676>>. Acesso em: 01 maio 2006.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**: tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>>. Acesso em: 25 jul. 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**: Lei 10.352, de 26.12.2001; Lei 10.358, de 27.12.2001; Lei 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. _____. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

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

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.