

# MEDIDAS PARA A EFETIVIDADE DAS EXECUÇÕES DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

GLAURA CRISTINA GARCIA DE SOUZA DE CARVALHO E SILVA

*1 GÊNESE DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER; 2 AS MEDIDAS PARA EFETIVIDADE DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER; 2.1 O Direito Material e o Direito Processual; 2.2 Evolução e influências das Leis 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), na atual disposição do art. 461; 2.3 O “resultado prático equivalente” – limites; 2.4 Natureza jurídica do provimento jurisdicional prestado; 2.5 Análise do art. 461 no contexto dos arts. 128 e 463 do Código de Processo Civil; 3 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ESPECÍFICAS; 3.1 Multa; 3.2 Busca e apreensão; 3.3 Remoção de pessoas e coisas; 3.4 Desfazimento de obras; 3.5 Impedimento de atividade nociva; 3.6 Requisição de força policial; 3.7 A impossibilidade da prisão como medida coercitiva; 4 CAUTELARIDADE E ANTECIPAÇÃO DA SATISFATIVIDADE; 4.1 Convergências e divergências entre os arts. 461, 798, 799 e 273 do Código de Processo Civil; 4.2 Quanto aos poderes do juiz – “discrecionalidade” nas medidas de apoio; CONCLUSÕES*

## 1 GÊNESE DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

As raízes do pensamento jurídico romano fíncam-se em duas vertentes da cultura grega, i.e., o pensamento jurídico platônico e a filosofia estóica. Já em Platão, nas *Leis*, e em Aristóteles, na *Ética Nicomáquea*, está presente a divisão “Jus naturale” e “Jus positivum”, certo ainda que a originalidade romana aparece com o “Jus gentium”, adotada por Ulpiano.<sup>1</sup>

Assim, indubitável importância possuem as *Instituições* de Gaio ante a existência de vários institutos processuais, harmonizadas posteriormente por Justiniano com a formação do *Corpus iuris civilis*.

Adentrando-se especificamente quanto às formas de execução no primitivo direito romano, alguns institutos merecem atenção para elucidar a evolução do constrangimento corporal ao patrimonial. Assim, a *manus iniectio*<sup>2</sup> e a *pignoris capio*<sup>3</sup> demonstram que a liberdade do devedor arcava com o pagamento da dívida, pois, na primeira, o credor apoderava-se da pessoa do devedor, mantendo-o preso por 60 (sessenta dias), e, decorrido o prazo, este tornava-se escravo daquele, podendo ser vendido ou mesmo morto, e ainda, havendo pluralidade de credores, o corpo era espartilhado. Na segunda, o credor apossava-se do bem do devedor, que com ele permanecia por determinado prazo, que cessado, o bem era então destruído.<sup>4</sup>

Vê-se, portanto, que, em um e outro caso à parte das crueldades humanas e materiais, presente está o caráter coercitivo de cumprimento do avençado.

<sup>1</sup> MACEDO, Silvio de. *História do Pensamento Jurídico*. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, pg. 26.

<sup>2</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de e outro. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 61-68.

<sup>3</sup> Idem, pg 70.

<sup>4</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, apud pugliese, p. 43.

Outros institutos de execução pessoal sucederam por algum tempo a estes, mas foi no séc. II a.C. com a *distractio bonorum* que os rigores contra o devedor foram amenizados, transferindo-se ao objeto da prestação a responsabilidade pela dívida<sup>5</sup>.

Nada obstante a evolução apontada, ainda não se cogitava acerca da execução específica das obrigações de fazer e não fazer, e embora se tenha falado em caráter coercitivo, este ainda não mostrava relação alguma com qualquer mecanismo de coerção processual específica<sup>6</sup>, pois, até o direito romano clássico, quaisquer mecanismos de pressão psicológica eram utilizados no sentido de realizar prestação pecuniária.<sup>7</sup>

Neste contexto, necessário se faz mencionar a existência ou não do vínculo do princípio *nemo ad factum praecise cogi potest*<sup>8</sup> com a execução das obrigações de fazer e não fazer.

Claro é que, impossível se mostra a utilização de meios materiais, contra a vontade do indivíduo, que recaiam sobre o corpo deste, sabiamente observada nos ensinamentos de Carnelutti<sup>9</sup>. Ademais, analisando-se a questão sob o prisma ético-jurídico, maior seria a vedação de qualquer “coerção corporal” para obtenção do resultado específico avençado em uma obrigação de fazer e não fazer.

Neste diapasão, há a preocupação com os valores humanos, ou seja, com o posicionamento do homem dentro do ordenamento jurídico, como sujeito, e mais, como ser livre, nunca como objeto<sup>10</sup>.

A questão da incidência ou não do referido brocardo às obrigações de não fazer assume papel um tanto distinto, quanto controvertido, na medida em que, conforme preleciona PONTES DE MIRANDA, o *nemo praecise ad (non) faciendum cogi potest* estaria compreendido em uma proibição, e então permitida, exemplificando, ainda, a possibilidade de impedir o crime<sup>11</sup>.

Também não havia lugar, ao menos em princípio, para a execução das obrigações específicas de fazer e não fazer, no liberalismo francês, que consolidou a partir da regra romana *nemo ad factum potest cogi*, o preceito de que “*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”<sup>12</sup>.

Assim, tratando-se de prestação que contivesse vínculo pessoal – como as de fazer e não fazer –, a concepção liberalista tornava-se um obstáculo insuperável, inimaginável, que era compelir-se alguém, contra vontade.

O próprio Código de Napoleão contribuiu com o banimento de qualquer meio coercitivo específico ao estatuir, em seu art. 1142, a conversão em perdas e danos como solução ao inadimplemento das obrigações específicas de fazer e não fazer.

Em desacordo com tal disposição, sugerindo inclusive retificação, *Louis Josseland*<sup>13</sup>, fundamentando seu posicionamento acerca do fato de que o objeto da dívida ficaria à mercê da má vontade do devedor, aniquilando-se assim, com a força das

<sup>5</sup> Azevedo, op. cit., p.136.

<sup>6</sup> Talamini, apud Chiarloni *Misure coercitive*, op. cit., p. 45.

<sup>7</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pag 225, vol I.

<sup>8</sup> “Ninguém poderá ser coagido (obrigado) a praticar ato a que se obrigara”.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1936,IV., pag. 188.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 81.

<sup>11</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: forense, 1974. Tomo IV, p. 43.

<sup>12</sup> JÚNIOR, Humberto Teodoro. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina>> acesso em 06/05/2003, p. 02.

<sup>13</sup> JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosch, 1950. 2 V. 2 Tomo, p. 470-473.

convenções. Reproduzir-se-ia, para o autor, novamente o brocardo *nemo potest cogi ad factum praecise*.

Contudo, aperfeiçoando o referido instituto de ressarcimento, o direito francês acabou por criar um mecanismo pecuniário, a *astreinte*.<sup>14</sup>

Do latim *ad stringere*, as *astreintes* constituem-se na coação de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação de que está se esquivando.<sup>15</sup>

Embora há muito existente pela construção pretoriana, em meio a inúmeras controvérsias e dúvidas, a *astreinte* consolidou-se no universo jurídico francês por meio de imposição legal em 1972, com a Lei 72-626, depois confirmada pela Lei 91-650 de 1991<sup>16</sup>.

Incontroverso, todavia, é o caráter coercitivo da medida referida, destinada então a induzir o devedor ao cumprimento de eventuais prejuízos ante o inadimplemento causado.

Neste contexto, salta aos olhos a natureza jurídica da *astreinte* de pena privada, na medida em que a quantia devida decorrente da decretação é dada ao credor. Outra característica que não se pode ignorar é, justamente, o seu caráter acessório, pois destinada à segurança de cumprimento de outra obrigação, esta sim, principal. Com isso, outra conclusão nos vem à tona, i.e., o fato de ser a *astreinte* um instituto processual é, assim, uma demonstração de poder jurisdicional.

Destinada, *a priori*, a garantir as execuções específicas das obrigações de fazer e não fazer, a *astreinte* teve, posteriormente, estendida sua utilização a outras execuções, pela eficácia comprovada por meio da coerção patrimonial. Como anteriormente dito, este foi o meio criado pela jurisprudência, após a extinção dos meios violentos utilizados para a satisfação do direito pelo credor<sup>17</sup>.

Apenas com a suplantação do Estado liberal pelo Estado social, na passagem para o século XX, ocasião em que se clamava a atenção do ordenamento jurídico, é que se conceberiam novos procedimentos judiciais aumentando a proteção jurisdicional<sup>18</sup>.

O mesmo não ocorreu com o direito italiano, que ficou despido de qualquer meio de coerção, tendo como consolo nestes casos, a reparação pecuniária<sup>19</sup>. Assim, a “*esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare*” existente nos arts. 612 a 614 do Código Processual Italiano estabelece apenas a efetivação por terceiro de obrigação descumprida pelo devedor. Vê-se, pois, que a tímida previsão acerca da sub-rogação por terceiro é o que de melhor pode ocorrer, ressalvada a reparação em perdas e danos, como antes mencionado. Apenas com a vigência do Código Civil de 1942 (art. 2.932) é que a Itália reconheceu a possibilidade de uma decisão judicial capaz de substituir a vontade da parte em hipótese de descumprimento de obrigação específica, influenciando sobremaneira as atuais redações dos arts. 639 a 641 do atual diploma processual civil brasileiro, como adiante ver-se-á.

De modo diverso, ocorreu a evolução das medidas coercitivas no direito alemão, sobremaneira no tocante às obrigações de fazer infungíveis que encontram sua efetivação na multa (*Zwangsgeld*) e na prisão (*Zwangshaft*) (ZPO, parágrafo 888). No entanto, não obstante ser condicionada ao pedido da parte, a multa destina-se ao fisco, tendo valor máximo estabelecido por lei<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Talamini, op. cit., p. 49;

<sup>15</sup> Alcides de Mendonça Lima. *Astreintes*. In: Enciclopédia saraiva de Direito, vol 8, p. 348/349.

<sup>16</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 115.

<sup>17</sup> idem, pg. 128.

<sup>18</sup> JÚNIOR, Humberto Teodoro. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, p. 02.

<sup>19</sup> Talamini, op. cit., p. 57.

<sup>20</sup> idem, pg. 78.

Analisada singelamente, a evolução histórica das medidas para efetividade das execuções específicas na tradição jurídica continental, de suma necessidade se mostra a mesma análise, agora nos meandros da tradição anglo-saxã.

Vê-se no estudo do *common law*, fascinantes institutos que muito se assemelham com o vigente ordenamento processual brasileiro, no tocante ao tema em questão.

O instituto do *contempt of court*, com significado literal de desprezo à corte, entendendo-se, em conceito lato, qualquer conduta que desrespeite a autoridade do Judiciário e a aplicação do Direito<sup>21</sup>, tem aplicação ampla, punindo condutas das mais diversas, referentes a quaisquer das partes da relação jurídica, mas não deixando, de qualquer forma, de ser utilizada como medida coercitiva para garantir a execução específica.

De modo mais especial, o *common law* diferencia as decisões judiciais executáveis. Assim, estabelece os *money judgments*, ou seja, decisões condenatórias de determinada quantia, e ainda os *other than money judgments*, estes, decisões condenatórias específicas como das obrigações de fazer e não fazer<sup>22</sup>.

De fato, lastreado como é o direito anglo-saxão no *common law*, ou ainda, lei comum, e portanto amoldado à medida em que as circunstâncias relevantes surgem, nada mais lógico que a criação da *equity*, princípio criado justamente para tutelar direitos emergentes, conforme a necessidade prática. É, sem dúvida, um indicativo da consciência pragmática, inserto na alma do direito anglo-americano<sup>23</sup>.

Neste prisma, vê-se a importância de salientar a maestria com que o sistema do *common law*, consubstanciado no princípio da *equity*, direcionou a evolução das medidas para efetivação das execuções, partindo do mesmo ponto que o direito continental, i.e., a proibição das penas corporais em medidas que punissem a desobediência das ordens dos Tribunais, progredindo, posteriormente, a medidas mais específicas, como se verá adiante. Não guardou a mesma visão pragmática, por influências e razões diversas, nosso sistema que, alicerçado em outra cultura, manteve e mantém o dispositivo constitucional, que atualmente vem disciplinado na Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, vedando a prisão por dívida, salvo do inadimplente voluntário alimentar e do depositário infiel. Acredita-se, porém, que as figuras criadas pelo pragmatismo do direito anglo-saxão apontam influência em uma e outra ocasião do processo civil brasileiro, especialmente no estudo das tutelas de urgência, que posteriormente, com mais vagar, analisar-se-á.

Feito o paralelo, retomando-se pois a evolução anglo-saxã da matéria, a partir do princípio do *equity*, outras figuras mais específicas foram criadas, no mesmo raciocínio do referido instituto, como a *specific performance* e a *injunction*. A primeira, criada para proteção das prestações positivas, e a segunda para a das prestações negativas<sup>24</sup>.

Cumpre esclarecer que, conforme antes dito, a *equity*, oriunda de um pragmatismo, e por isso apta a preencher lacunas do *common law*, era exercida então pela “corte de chancelaria” (poder representante do rei e seu conselho). Assim, o bom desenvolvimento do sistema adotada na *equity*, conferiu às cortes o *contempt power*, i.e., o poder de punir por *contempt of court* aos que se recusavam a cumprir o *equity decrees*<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 72.

<sup>22</sup> idem, p. 71.

<sup>23</sup> Talamini, op. cit, p. 84.

<sup>24</sup> SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2ª edição. (reimpressa). Coimbra: Fac. De Direito Universidade Coimbra, 1997, p. 193.

<sup>25</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998., p. 85 a 89.

Não se pode, contudo, perder de vista a idéia de que a eficiência dos *equitable remedies* apontados encontra-se exatamente na ameaça da sanção em caso de desobediência<sup>26</sup>.

Observada assim a evolução do tema nos direitos continental e anglo-americano, mister se faz, agora, seu desenrolar na tradição Luso-Brasileira.

As Ordenações do Reino (1456 – Afonsinas; 1514 – Manuelinas; 1603 – Filipinas), lastreadas no direito comum<sup>27</sup>, passaram por um grande período inertes a modificações.

É certo que em tal período, exatamente em meio às grandes descobertas, os ânimos encontravam-se voltados à colonização das conquistas obtidas, e, com os dirigentes da coroa portuguesa residindo na colônia, nem mesmo a influência francesa do início do séc XVIII atingiu as Ordenações.

Assim, por longo tempo, o direito atrelado às Ordenações do Reino manteve-se alheio às reformas ocorridas em toda Europa, estagnado que estava na metade do séc. XV<sup>28</sup>.

O preceito cominatório com características dos interditos romanos esteve presente em todas as ordenações, com algumas nuances peculiares de uma para outra, mas em termos gerais era utilizada para a tutela das obrigações específicas de fazer e não fazer. Menção merece preceito contido na Ordenação Filipina em que não se extraía simples regra de conversão em perdas e danos, e sim **imposição de cumprimento específico**. Havia ainda a estipulação de “pena”, que não se confundia nem cumulava com a indenização em si, a ser convencionalizada ou fixada pelo juiz. Este era o contexto do preceito cominatório<sup>29</sup>.

No entanto, tal influência francesa não tardou a ocorrer. Ou melhor, as mesmas idéias que nortearam o direito francês quando da rejeição de medidas que coagissem o devedor a fazer ou não fazer, baseado na máxima *nemo ad factum precisae cogi potest*, atingiram o direito brasileiro (art. 879, CC – 1916; art. 248 – 2002), sendo o equivalente pecuniário à solução<sup>30</sup>.

No mesmo sentido e contexto, Clóvis Beviláqua aponta a impossibilidade de violentar a vontade individual, como o autor diz “manu militari”, obrigando o indivíduo a praticar o ato que prometera<sup>31</sup>.

Saliente-se, entretanto, que, com a permissão legal do emprego de meios subrogatórios (cumprimento por terceiro, à custa do devedor), no que concerne às obrigações de fazer e não fazer **fungíveis**, há em relação a estas a prevalência pelo Código Civil (art. 881 – 1916; art. 249-2002) da tutela específica àquela de ressarcimento<sup>32</sup>.

Vê-se, claramente, que tais mecanismos, revestiam-se de pouquíssima eficácia intimidativa que levasse o réu ao cumprimento voluntário da obrigação<sup>33</sup>.

Em 1939, infelizmente, foi pequeno o avanço da matéria no Código de Processo Civil, o qual, em seu art. 999, estabelecia que o descumprimento da ordem executiva ensejaria para o credor a possibilidade de pedir multa ou perdas e danos. Logo em

<sup>26</sup> Talamini, op. cit., p. 89.

<sup>27</sup> “sistema rigoroso de medidas contra a contumácia, que abrangia tanto o não comparecimento a juízo quanto o descumprimento das determinações do juiz”, Talamini, op. cit., p. 47.

<sup>28</sup> Talamini, op. cit. p.104.

<sup>29</sup> idem, p.105 a 108.

<sup>30</sup> Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 2V, p. 40.

<sup>31</sup> Clóvis Beviláqua, comentários ao art. 880, pg. 21, vol. II, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.

<sup>32</sup> Guerra, op. cit., p. 149.

<sup>33</sup> Talamini, op. cit. p.115.

seguida, nos arts. 1.000 a 1.004, o CPC de 1939 apenas consolidou o que o Código Civil de 1916 já trouxera quanto à possibilidade de prestação por terceiro de obrigação fungível.

Suspiros, porém, foram soltos com o art. 1.005 do referido diploma legal, ao mencionar “ato que só puder ser executado pelo devedor”, estabelecendo ainda prazo para cumprimento, fixado pelo juiz, e ainda “sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação”.

Com este artigo, verdadeiramente a polêmica instaurou-se. Muito se falou em “caráter coercitivo”, e mesmo em cumulação da multa com perdas e danos<sup>34</sup>, também fizeram-se comparações com a *astreinte francesa*<sup>35</sup>.

Contudo, grande inovação se deu com o Código de Processo Civil de 1973, que, não obstante tenha silenciado quanto à ação cominatória, trouxe para o credor em seu art. 287, conjugado aos arts. 644 e 645, a possibilidade, nas tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer, de requerer multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação reconhecida na sentença<sup>36</sup>.

Assim, a ausência de vinculação quanto ao valor da multa e do descumprimento da obrigação que a originou, bem como a falta de menção acerca da espécie de obrigação, i.e., fungíveis ou infungíveis, denotam o largo passo dado à evolução do instituto.

Sem dúvida, as últimas e recentes alterações ocorridas no diploma processual civil (Leis 10352/01, 10358/01 e notadamente a 10444/02) culminaram em um novo traçado da sistemática instrumental jurídica brasileira no que se refere às medidas para efetividade das obrigações de fazer e não fazer. Outras leis, dentre elas: 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), desempenharam importantíssimo papel na evolução da matéria em estudo, tendo, de fato, levado o atual funcionamento do Código de Processo Civil, acerca do tema exposto, às raias da última reforma, pela Lei 10.444 de 2002. A análise desta evolução mais atual merece capítulo próprio, para melhor esclarecimento da importância, no contexto atual, das medidas para efetividade das obrigações de fazer e não fazer.

## **2 AS MEDIDAS PARA EFETIVIDADE DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER**

### **2.1 O Direito Material e o Direito Processual**

No tópico em questão, cumpre demonstrar a umbilical ligação entre o direito substancial e o direito processual acerca do tema tratado.

De fato, não há como negar que o próprio direito material, desde há muito tempo, tutela como medida para a solução do descumprimento das obrigações de fazer e não fazer a reparação em perdas e danos. Isto, por um lado, alvoroça materialistas e processualistas acerca da melhor maneira de solucionar o descumprimento de uma obrigação específica, gerando, inclusive, entre alguns processualistas, uma verdadeira

<sup>34</sup> MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1971, 5V. n. 1253, p. 196-197.

<sup>35</sup> Mendonça Lima, comentários, VI, n.1794, p. 735.

<sup>36</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense. 3 V., p. 176 e ss.

aversão ao sucedâneo das perdas e danos, sendo, possivelmente, o que justificaria a criação das medidas em estudo.

Alguns grandes nomes do direito processual, como a eminente Thereza Alvim, concluem por uma “completa dissociação entre o direito processual e material”<sup>37</sup>, o que, *venia concessa*, acredita-se não ser a melhor opção, na medida em que o “processo deve buscar respostas diversificadas, de acordo com as situações jurídicas de vantagem asseguradas pelo direito material, de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse cumprida”<sup>38</sup>.

Assim, nada obstante tenha o direito material previsto a solução das obrigações de fazer e não fazer descumpridas com o sucedâneo das perdas e danos, busca o direito processual, como acima salientado, a melhor maneira de prestar a tutela jurisdicional daquele direito naturalmente não cumprido, e, portanto, o faz buscando medidas que aproximem a realização do descumprimento o máximo possível da realidade, e mais, de maneira rápida, e, então, efetiva.

Claro que, por outro lado, tem-se o direito material firmemente posicionado na compensação por perdas e danos, ante o enraizamento em solo fértil das idéias liberais em que foi concebido e desenvolvido, onde não se cogitava a possibilidade de coerção para o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer.

Vê-se, destarte, a efetividade como objetivo do direito processual, no momento em que se trata de instrumento viabilizador de realização do direito material.

Neste contexto, não é difícil perceber que o sucedâneo das perdas e danos, da maneira como se efetivará na sistemática processual civil, não é, por certo, o meio mais célere e eficaz, pois, em primeiro lugar, por todos é sabido que uma indenização desta natureza nada mais é que um “prêmio de consoloção”; não havendo outra maneira, tem-se esta mesmo, mas, havendo outra, que é exatamente o que busca o ordenamento processual civil, sem dúvida, é o preferível.

Claro que, em algumas circunstâncias, outra opção não se terá, e não diz o contrário a Lei processual civil, o que esta faz é buscar diminuir a incidência das circunstâncias em que se tenha o descumprimento de um fazer ou não fazer sanado com uma indenização.

Sublinha-se, neste enfoque, que o art. 461 do CPC busca a construção de um meio que seja apto a proporcionar o que o cumprimento de uma obrigação específica deveria proporcionar, se ilícito algum tivesse ocorrido.

O próprio Código Civil, ao consignar expressamente que o não cumprimento da obrigação dá ao credor o direito a exigir perdas e danos, faz-nos confirmar o entendimento de que assiste ao credor o direito de exigir, antes de tudo, o cumprimento da obrigação tal qual fora convencionada<sup>39</sup>.

Assim, o sistema processual, desenvolvendo a tarefa para qual foi criado<sup>40</sup>, estabelece meios e medidas para a satisfação do credor de uma obrigação de fazer e não fazer, não se devendo cogitar o conflito com a norma substantiva, na medida em que esta encontra subsídios para melhor satisfação daquela.

O presente estudo assume especial relevo perante as *obrigações negativas*, as quais merecem atenção especial acerca da tutela sancionatória que as acobertam, dependendo da classificação em que se encontrem.

<sup>37</sup> ALVIM, Thereza. "A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil". Revista de Processo nº 80, p. 106.

<sup>38</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. "*Tutela Jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*". Revista de Processo, n. 79, pg 65.

<sup>39</sup> Agostinho Alvim, op. cit., p. 13.

<sup>40</sup> Arruda Alvim, op. cit., p. 70 “deverá o sistema processual proporcionar na medida máxima possível uma situação igual àquela que poderia Ter derivado do cumprimento normal e tempestivo da obrigação”.

Neste íterim, mostra-se curial o entendimento das subdivisões das obrigações de não fazer, considerando-se o conteúdo temporal da prestação<sup>41</sup>. Assim, podem ser *instantâneas* ou *permanentes*. Serve de exemplo às obrigações de não fazer instantâneas a obrigação de não divulgar uma informação, ou mesmo de não realizar uma programação em dia e hora determinados, e segue-se que a exemplo das permanentes, tem-se a circunstância de não se erguer uma construção, ou mesmo de não se guardar explosivos em um prédio residencial.

Nota-se que, quanto às instantâneas, a lesão ocorre no momento da prática do próprio ato, consumando-se tão logo seja iniciada, do que se conclui pela impossibilidade de qualquer outra forma de ressarcimento, quiçá as perdas e danos. Quanto às permanentes, no entanto, e ainda sendo sucessivas, ou seja, persistentes no tempo, outras vias há para que se interrompa a atividade ilícita. Claro que, quanto ao que já se sucedeu, cabível é apenas a mesma sanção possível para as instantâneas. Assim, do mesmo modo que se evitará a repetição do ilícito, havendo interrupção do não fazer em caso de obrigação permanente, vislumbra-se, em se tratando de um *non facienti* instantâneo, a utilização das medidas existentes de maneira preventiva.

Não se pode ignorar as infinitas possibilidades insertas nas obrigações de não fazer, vendo-se, e.g., os atos de pacientar, permitir e tolerar, compreendidos no espectro das referidas obrigações.

Sublinha-se destarte, referentemente à prevenção de um não fazer, relevados os motivos acima expostos, o fato de também refletir as medidas do art. 461 o *caráter inibitório*, pois vislumbrando-se a possibilidade de que irá ocorrer um “fazer”, por alguém que se comprometeu a um “não fazer”, deverá o juiz emitir ordem de abstenção, com aplicação, inclusive, de multa<sup>42</sup>.

## **2.2 Evolução e influências das Leis 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), na atual disposição do art. 461**

A positivação do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor denota a clara preocupação do legislador com a tutela específica, possuindo evidente inspiração, de maneira aperfeiçoada, no art. 11 da Lei da Ação Civil Pública<sup>43</sup>, o mesmo ocorrendo no art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segue-se assim, que o texto do art. 461 em questão reproduz, de modo quase fiel, o art. 84 da referida Lei<sup>44</sup>, com claro objetivo de privilegiar a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente, em lugar das perdas e danos, e assim a efetividade, com uma aproximação do processo com o direito substancial.

Já no Código de 1939, em seu art. 999, havia esboço significativo na prioridade da tutela específica, com tímida aparição dos poderes do juiz para impor medidas coercitivas. Aparecia, no art. 1005, a possibilidade de cominação pecuniária, que não

<sup>41</sup> José Carlos Barbosa Moreira, in “*A tutela específica do credor nas obrigações negativas*”, referindo-se ao ensinamento do saudoso PONTES DE MIRANDA, em seu “*Tratado de Direito Privado*”, t. XXII, 1958.

<sup>42</sup> Arruda Alvim, op cit, p. 73.

<sup>43</sup> POPP, Carlyle. *Execução de obrigação de fazer*, p. 172.

<sup>44</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*.



excedesse o valor da prestação, tratando-se de obrigações infungíveis. No entanto, referida cominação não se assemelhava a qualquer meio coercitivo, tendo apenas caráter ressarcitório<sup>45</sup>.

No Código de Processo de 1973, foi extinta a ação cominatória como um procedimento especial, no entanto, resquícios de uma *pretensão cominatória* foram deixados no art. 287, que autoriza ao credor requerer ao juiz, nas ações tendentes ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, a cominação de pena pecuniária ao devedor, por dia de atraso no cumprimento da obrigação estabelecida na sentença.

Cumprir lembrar que enumeradas conquistas, no concernente às execuções das obrigações de fazer e não fazer, advieram todas do Anteprojeto de Modificação do CPC, elaborado pela comissão de juristas nomeada pelo então Ministro da Justiça Fernando Lyra e publicado no Diário Oficial da União de 24.12.1985<sup>46</sup>.

Com a implantação da Lei 8.952 de 1994, instituiu-se a nova técnica para as obrigações de fazer e não fazer no art. 461 e parágrafos. A *mens legislatoris* considerou a maior dificuldade para o cumprimento das referidas obrigações.

A Lei de 1994 no *caput* do art. 461 e parágrafos instituiu, portanto, a desnecessidade formal de se instaurar um processo executivo, autorizando, desde então, a imposição das medidas para efetividade no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

À guisa de opção didática, a alteração trazida pela Lei 10.444/02 ao art. 461, a mais recente reforma, será tratada em capítulo próprio.

### 2.3 O “resultado prático equivalente” – limites

No contexto da efetividade, buscando na realização do direito dar ao interessado não menos que aquilo que alcançaria com cumprimento voluntário, é que se coloca o resultado prático equivalente, ainda no entendimento de que o processo utiliza-se de meios eficazes para a realização do direito material<sup>47</sup>.

Assim, em outras palavras, o próprio conceito de tutela específica acaba por ser coincidente com a idéia de efetividade do processo, bem como da utilidade das decisões proferidas, vez que estas tendem sempre a proporcionar ao credor o próprio resultado prático equivalente ao do adimplemento natural.

Das premissas acima lançadas, conclui-se, pois, que é justamente nesta anunciada coincidência que reside o valor à preferência pelo cumprimento específico.

Posto isto, de enorme valia é ressaltar a “*limitação natural*”, decorrente da infungibilidade de certas obrigações<sup>48</sup>, que sem dúvida coloca limites à obtenção do referido resultado prático equivalente.

Neste momento, mostra-se, então, que art. 461 em estudo, encontra barreira natural no conteúdo da obrigação de fazer ou não fazer, e mesmo processual, ao dispor

<sup>45</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*, p. 161.

<sup>46</sup> *Idem*, 163.

<sup>47</sup> POPP, Carlyle. *Execução de obrigação de fazer*, pg 25.

<sup>48</sup> Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 86.

no parágrafo 1º, *in fine*, que a conversão em perdas e danos dar-se-á se “impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente”.

Elucida-se o acima exposto com o clássico exemplo de um pintor famoso que se recusa a cumprir a prestação (infungível por natureza) correspondente à pintura de um quadro, obrigação esta tipicamente *personalíssima*.

E, aqui, necessário se faz diferenciar as obrigações infungíveis por natureza das juridicamente infungíveis, podendo estas ser objeto de um resultado prático equivalente, ocasião em que a tutela jurisdicional substituirá a declaração de vontade do devedor. Tem-se, como direito material, a hipótese do *compromisso de compra e venda*, a mais comum a sujeitar-se à tutela específica, tratando-se de pré-contrato do qual resultaria a obrigação de prestar declaração de vontade relativa ao contrato principal, referente à inscrição (“averbação”) do instrumento contratual perante o registro de imóveis<sup>49</sup>.

De fato, tratando-se de uma obrigação juridicamente infungível, inegável é o resultado prático equivalente como verdadeiro ícone da efetividade da tutela jurisdicional, como um direito fundamental, e inscrito no art. 5º, XXXV da CF, que não apenas assegura o acesso aos tribunais, como também a tutela efetiva contra qualquer forma de denegação de justiça<sup>50</sup>.

Ademais, é óbvio que o direito à obtenção do “resultado prático equivalente” não tem existência autônoma<sup>51</sup>, sendo, por certo, uma via de realização do próprio direito ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, e, ainda, é claro, subsistindo esse direito, i.e., “se procedente o pedido”<sup>52</sup>.

Diverge do entendimento supracitado Marcelo Lima Guerra<sup>53</sup>, para quem a existência de um “resultado prático equivalente” pode acarretar perigosas conseqüências, tanto para o credor, como para o devedor, na medida em que “ao credor pode ser imposto *bem diverso* daquele a que ele tem direito (“aceito pelo exequente como tal, ou tido pelo juiz como tal, fundamentada sua opção por ele e não pela execução específica”), e ao devedor prestação diversa daquela a que ele está obrigado por lei ou contrato. Assim, estar-se-ia violando, a um só tempo, no plano do direito processual, a garantia do contraditório e a do princípio dispositivo, naquela sua manifestação mais legítima, ou seja, a que reflete a disponibilidade do direito (subjetivo) material pelo seu titular e, no plano do direito material, o princípio do *pacta sunt servanda*”.

## 2.4 Natureza jurídica do provimento jurisdicional prestado

Ao se indagar acerca da natureza jurídica do provimento jurisdicional prestado pelo art. 461 do CPC, que permite imediatas medidas executivas, sem a necessidade de um processo de execução *ex intervallo*, bem salienta a eminente jurista Ada Pellegrini

<sup>49</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade. São Paulo: Atlas, 1993, p. 123 e 124.

<sup>50</sup> *idem*, p. 69.

<sup>51</sup> TALAMINI, op. cit., p. 293.

<sup>52</sup> *idem*, p. 294.

<sup>53</sup> Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 46 e 47.

Grinover, que tal indagação não encontraria resposta na classificação da tradicional doutrina processual, acerca das decisões proferidas no processo de conhecimento<sup>54</sup>.

A mesma autora salienta que admitir a sentença proferida no processo de conhecimento, em que se utilizem os meios sub-rogatórios do art. 461, parágrafo 5º, como sendo de natureza condenatória, e ainda atípica, vez que os atos executórios dar-se-iam nos próprios autos do processo de conhecimento, seria o mesmo que “reconhecer a existência de sentenças condenatórias imediatamente executivas, ou em outras palavras, de sentenças executivas *lato sensu*”<sup>55</sup>.

Diferenciam-se as ações executivas *lato sensu* das condenatórias pelo “lugar” em que se realiza a execução, certo que nas primeiras a referida execução se faz na própria ação cognitiva, e nas segundas, tem-se a ação diferida e, portanto, autônoma<sup>56</sup>.

O Prof. Gaúcho, Ovídio A. Baptista<sup>57</sup>, é categórico ao dizer que: “o magistrado nunca poderá *conceder a tutela específica da obrigação* numa ação condenatória”, e complementa: “a sentença condenatória é despida de qualquer eficácia que autorize o juiz a ordenar, ou a realizar, executivamente, o direito reconhecido na sentença” (grifei e sublinhei).

Neste íterim, salienta, com autoridade na matéria, o eminente jurista Kazuo Watanabe que “valeu-se o legislador, no art. 461, da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do mandamental e do executivo *lato sensu*, para conferir a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer e não fazer”<sup>58</sup>.

Certo é que a ação mandamental caracteriza-se por uma *ordem* expedida pelo juiz, o que irá determinar o cumprimento de uma certa conduta, valendo-se inclusive, de um meio coercitivo, e.g., a multa, até que o demandado cumpra a referida determinação judicial; certo, ainda, que as ações mandamentais geram eficácia que autoriza sua comparação com as *injunctio*ns, previstas no sistema da *common law* do direito anglo-saxão.

Doutra feita, tem-se na ação executiva *lato sensu*, como antes dito, a utilização de medidas para o cumprimento da obrigação no mesmo processo em que esta fora reconhecida.

Disto se conclui uma característica comum a ambas, qual seja a possibilidade de o juiz, de exercer em um único processo as funções cognitiva e executiva, assim dizendo o direito no mesmo momento em que o atribui ao credor no plano fático, caracterizando-se, outrossim, nas ações supracitadas, a residência de um procedimento *híbrido*<sup>59</sup>.

Isto posto, cumpre mencionar a divergência doutrinária existente entre alguns autores acerca do reconhecimento da eficácia produzida nos procedimentos das ações mandamentais e executivas *lato sensu*, no provimento concessivo da tutela do art. 461

<sup>54</sup> Ada Pellegrini, op. cit., p. 71.

<sup>55</sup> idem; PONTES DE MIRANDA, in *Com. ao CPC*, 1975, T.X, p. 144, acerca das ações executivas *lato sensu*, diz que há “condenação simultânea com a execução”.

<sup>56</sup> Ovídio Baptista da Silva, in *Curso de Processo Civil*, v. II, p. 129.

<sup>57</sup> Ovídio Baptista da Silva, “Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer”, p. 265

<sup>58</sup> WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, apud *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.

<sup>59</sup> RODRIGUES NETO, Nelson. Notas sobre as tutelas mandamental e executiva *Lato sensu* nas leis 10.358/01 e 10.444/02. RePro nº 110, abr-jun/2003. p. 198.

do CPC, certo que para alguns haveria tão somente caracterizado a eficácia mandamental, para outros ambas, e ainda somente a executiva *lato sensu*.

*Ad instar* que, ao debater o assunto em questão, Ovídio Baptista, em seu artigo, já neste texto mencionado, sob o título “*Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer*”, a princípio, admitiu a coexistência de ambas eficácias, i.e., mandamental e executiva *lato sensu* para o provimento do art. 461. Posteriormente, ao analisar novamente o tema<sup>60</sup>, conclui pela incidência apenas da eficácia mandamental no provimento mencionado, alicerçando sua posição no fato de que as providências determinadas pelo juiz residiriam na imperatividade decorrente do poder estatal que desempenha, defendendo, com isto, a redução do “caráter privatístico da jurisdição”.

Rebate, respeitosamente, o posicionamento acima referido, Eduardo Talamini, ao dizer: “Independentemente de o dever de assumir determinada conduta advir de relação pública ou privada, obrigacional ou não, há originariamente a imposição de um comportamento próprio “obrigado”. Cumpre-lhe adotar a conduta positiva ou negativa, objeto do dever – o que dispensará a intervenção jurisdicional. Não o fazendo, a Jurisdição será acionada para obter o mesmo resultado que se teria com o cumprimento espontâneo – o que se providenciará: (i) com a emissão de uma ordem e a imposição de meios coercitivos ao réu, para que ele mesmo cumpra, ou (ii) com a direta realização daquele resultado, sem o concurso da vontade do réu. No primeiro caso tem-se o *mandamento*; no segundo, *sub-rogação*”. Complementa, “assim, não parece inadequado qualificar de executiva – e não mandamental – esta tutela. E isso, sem prejuízo do reconhecimento da autoridade estatal e do caráter público da atividade que o juiz desenvolve nessa hipótese – que é, afinal, o que Ovídio Baptista da Silva busca salientar quando nega a eficácia executiva *lato sensu* à tutela *ex art. 461*”<sup>61</sup>.

Anote-se ainda, o entendimento de Teori Albino Zavascki<sup>62</sup>, quando diz que: “no art. 461 serão executivas *lato sensu* quando isso decorra da natureza própria da obrigação a ser cumprida (obrigação de concluir contrato, obrigação de declarar vontade, obrigação específica de não fazer) ou quando, para resguardo da efetividade da tutela específica ou da medida de resultado prático equivalente, houver urgência na concretização dos atos executórios (antecipação da tutela com fundamento no parágrafo 3º, do art. 461). Nos demais casos, havendo compatibilidade e não se fazendo presente qualquer risco de ineficácia, a sentença terá natureza condenatória, sujeita, portanto, à execução *ex intervallo* em ação autônoma”.

Neste contexto, acerca da natureza condenatória ou mandamental das sentenças, assevera Cândido Rangel Dinamarco<sup>63</sup> que “o sistema repele, todavia, a existência de sentenças que sejam somente mandamentais, sem serem condenatórias. O *mandamento*, ou comando a ter determinada conduta, é em alguns casos acrescido à eficácia de condenação, mas sem excluí-la. Existem, portanto, sentenças condenatórias puras e *sentenças condenatórias mandamentais*; e a eficácia de comando, ou mandamento, é acrescida pela lei nos casos em que o legislador entende conveniente, com o objetivo de promover com mais rapidez e agilidade a efetivação do preceito contido em sentença”.

<sup>60</sup> Ovídio Baptista, in O processo civil e sua recente reforma.

<sup>61</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos deveres de fazer e não fazer. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 236.

<sup>62</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e obrigações de fazer e não fazer. Revista de Processo Civil 4, 1997, p. 119.

<sup>63</sup> DINARMARCO, Cândido Rangel. *Insituições de direito processual civil*. 3V. p. 242, e op. cit., p. 231;

A idéia de que a sentença mandamental não subsista por si só, i.e., estaria, pois, associada também à eficácia condenatória e, do mesmo modo, associada a uma declaração e constituição, foi mencionada por Pontes de Miranda, ao analisar as classes de sentenças, em sua obra “Tratado das Ações”<sup>64</sup>.

Atribui natureza condenatória Kazuo Watanabe<sup>65</sup>, ao provimento do art. 461, parágrafo 1º, “ao admitir a sub-rogação da obrigação de fazer ou não fazer, por opção do titular do direito ou por impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático-jurídico equivalente ao do adimplemento”, ocasião em que dar-se-á a formação de um título executivo judicial, executável, pois, por meio de ação autônoma.

É imperioso que se diga que, no que concerne às ações executivas *lato sensu*, de que se fala na atualidade com os doutrinadores já antes mencionados, a referida ação, na realidade, já encontrava residência nos estudos de Liebman e de José Frederico Marques, sob a nomenclatura de ação executiva *stricto sensu*, assim designada para ação fundada em título extrajudicial, prevendo, do mesmo modo, a mistura de atos de conhecimento e execução, que permitia, inclusive, contestação apresentada pelo réu para desconstituir o título objeto da referida ação. Para as que tinham como objeto um título judicial, falava-se, desde então, em executivas *lato sensu*<sup>66</sup>.

## 2.5 Análise do art. 461 no contexto dos arts. 128 e 463 do Código de Processo Civil

Merece ponderações, a redação do art. 461 e parágrafos, do Código de Processo Civil, como hoje se encontra, acerca de dois postulados existentes no ordenamento processual civil brasileiro, quais sejam a correlação entre a sentença e a demanda (art. 128 do CPC), e o esgotamento da competência do juiz desde o instante em que profere e publica a sentença de mérito.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>67</sup> analisa a questão, colocando-a como “transgressões legítimas” do art. 461 aos referidos artigos, considerados dogmas muito sólidos do sistema processual civil. Primeiramente, o referido autor faz uma crítica ao *caput* do referido artigo, propondo uma releitura do mesmo, que assim ficaria: “...o juiz concederá a tutela específica e (não ou) se o obrigado não adimplir a obrigação, determinará providências que assegurem resultado equivalente ao do adimplemento”. Com razão, merece acolhimento a observação feita, pois dá-se ao intérprete menos atento a impressão de que concederia ambos (o que não pode ser), certo que as providências referidas são destinadas a suprir os malefícios resultantes do inadimplemento, para que a tutela prestada cumpra seu destino, i.e., com sua efetivação prática.

Acerca do que há pouco se chamou de “transgressão” do art. 461 ao art. 463, defende o referido autor a legitimidade da transgressão apontada em uma análise

<sup>64</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo. I, p. 181.

<sup>65</sup> Kazuo Watanabe, *op.cit.*, p. 43.

<sup>66</sup> CARVALHO, Milton Paulo de. *Ainda a Prisão Civil em caso de Alienação Fiduciária. Da desconsideração do depósito*. Revista dos Tribunais v.787, p. 11, maio de 2001. (citação de LIEBMAN, *Processo de Execução*, n. 10, p. 22; e José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 283, p. 54-55.

<sup>67</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 5ª ed. São Paulo: malheiros, 2003, p. 226.

teleológica do disposto no art. 461, por disciplinar a viabilização, de forma ágil, ao cumprimento da obrigação avençada, estando, pois, tutelado pelo art. 5, inc. XXXV da CF, e ainda salienta: “o art. 461 ocupa o mesmo nível hierárquico que também o art. 463 ocupa entre as fontes formais do direito, com a consequência de que, sendo posterior a este, derroga-o em relação aos casos que disciplina: a lei especial derroga a geral nos limites das hipóteses excepcionais que regula”<sup>68</sup>.

Do mesmo modo legítima, coloca-se a segunda transgressão apontada, referente à correlação da demanda com a sentença. Esta conclusão se dá pelo raciocínio de que as providências de que fala o art. 461, destinadas ao cumprimento da obrigação não cumprida ou a de seu resultado equivalente, não incidiriam em “um novo preceito a ser imposto e que não havia sido pedido na demanda inicial”<sup>69</sup>, sendo referidas medidas acobertadas pelo já mencionado art. 5º, inc. XXXV, da CF, visando, a exemplo do outro caso, também a efetividade.

Neste contexto, mais uma vez, merece transcrição o ensinamento de Dinamarco, que elucida, com a didática que lhe é peculiar, o seguinte caso:

*“Julgando procedente uma demanda de vizinhos, o juiz condena uma casa noturna a reduzir a um nível suportável os ruídos noturnos que produz. A sentença passa em julgado e a ré, intimada, não cumpre. Os vizinhos continuam incomodados em seu repouso noturno, o que significa que o exercício da jurisdição não vai produzindo qualquer resultado prático em seu favor. O juiz manda um oficial de justiça ao local e este regula adequadamente os aparelhos da casa noturna, reduzindo o som ao nível imposto na sentença. Mas a ré volta logo em seguida a aumentar o volume de seus amplificadores. Autorizado pelo art. 461 do Código de Processo Civil, o juiz manda o oficial de justiça retirar dali o aparelho de som, mas ela instala outro. Finalmente, ele chega ao ponto de mandar lacrar o estabelecimento, impedindo o exercício de sua atividade. Essa é uma providência que assegura um resultado prático equivalente ao do adimplemento, que é drástica porque assim o réu praticamente quis, e que é legítima porque sem ela não haveria a efetividade da tutela jurisdicional. O juiz inovou no processo, contrariamente ao disposto no art. 463 e extravasou os limites do pedido inicial, mas isso foi da mais absoluta legitimidade”.* (as saliências são do original).

### 3 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ESPECÍFICAS

A lei traz a conduta a ser observada. Não a sugere, apenas. Aos indivíduos ela é imposta, e nisto se encontra a justificativa de sua conversão em *mandado*, ou seja, em ordem, que é o resultado, além do preceito que a ele é agregado, e que assim serve a

<sup>68</sup> idem, p. 227; complementa ainda: “Por outro aspecto, a inovação do decisório sentencial, após o trânsito em julgado, acontece depois da extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, I). E, **como essa modalidade de efetivação dos direitos se desenvolve sem a instauração de um processo executivo, a inovação se dá mediante o restabelecimento do processo já extinto, o qual retoma vida, ressuscitando, porque assim quer a lei**”. (ressaltei).

<sup>69</sup> idem, p. 228; vide também: Dinamarco, *Instituições ao Processo Civil*, vol II, n. 456 (correlação entre tutela jurisdicional e demanda), p. 138.

impô-lo<sup>70</sup>. Assim, por *medidas jurídicas* entendem-se os meios adotados para a imposição do preceito<sup>71</sup>.

Carnelutti<sup>72</sup> estabelece um desdobramento das medidas jurídicas em preventivas e repressivas, e, ao lado destas, em uma posição intermediária, as *coercitivas*, que neste estudo são as que, realmente, nos interessam. Assim, caracteriza-as o referido autor ao dizer: “participam das características destas últimas (as repressivas), que implicam que se tenha produzido já o descumprimento, mas, por sua vez, coincidem com as medidas preventivas, em que se propõem eliminar o descumprimento próprio”.

Não se tem dúvida acerca do fato de que as medidas enumeradas no parágrafo 5º do art. 461, também chamadas de “medidas de apoio”<sup>73</sup>, não são taxativas, i.e., são apenas exemplificativas<sup>74</sup>, o que vale dizer que outras medidas poderão ser adotadas, atendidos, é claro, os limites da adequação e da necessidade.

Todas as medidas de apoio previstas no § 5º, do artigo examinado, buscam forçar o cumprimento da tutela específica pelo devedor. A título de exemplo, “se é movida ação para que uma fábrica não polua o ambiente, pode o magistrado mandar cessar essas atividades, até mesmo usando da força policial. Se for necessário o desfazimento de uma obra, o juiz pode, no processo de conhecimento, mandar demolí-la”<sup>75</sup>.

Vê-se, portanto, que o cerne destas medidas é a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, considerando-se essas, medidas-fins; sendo então as medidas de apoio as que proporcionarão os resultados almejados ao final, tendentes, assim, a viabilizá-los, sendo, por isso, consideradas as medidas-meio<sup>76</sup>.

No direito comparado, destacam-se três medidas tendentes ao cumprimento coercitivo, através da pressão psicológica impressa ao indivíduo devedor, quais sejam: a) *astreinte*, originária do direito francês, e dentre todas a mais conhecida e utilizada, preconizando a imposição de uma pena pecuniária ao executado, induzindo-o ao cumprimento voluntário, mercê da pressão psicológica decorrente do risco de pagar uma multa de valor muito mais elevado que os eventuais sacrifícios impostos pela própria prestação; b) *zwangsgeld*, medida originária do direito alemão, com análoga finalidade, mas que aproveita ao Estado, e não ao credor, como na *astreinte* de modelo francês; e o c) *contempt of court*<sup>77</sup>, do direito anglo-saxônico, que pode consistir tanto na multa, quanto na prisão do executado, por desobediência ao Tribunal.

O desacato, então, expresso no *contempt of court*, enseja duas espécies de sanção: a multa e a prisão. A multa imposta por *civil contempt*<sup>78</sup> tem, via de regra,

<sup>70</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil (Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista). São Paulo: ClassicBook, 2000. 1V, p. 70.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Idem, p. 289.

<sup>73</sup> Talamini, op. cit., p. 270 “são de “apoio” no sentido de que, obviamente, não consistem em si mesmas a tutela, mas servem de instrumento para a produção do resultado pretendido”.

<sup>74</sup> Kazuo Watanabe, in *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, p. 45.

<sup>75</sup> ALVIM, Thereza. “A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil”. Revista de Processo nº 80, p. 109.

<sup>76</sup> FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado* (atualizado por J. E. Carreira Alvim). 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 524.

<sup>77</sup> PASQUEL, Roberto Molina. *Contempt of court*. México: Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, p. 21. (Não há tradução em nosso vernáculo para a palavra “contempt”, o autor aqui citado a traduz como “desacato”. “Por la costumbre y uso habitual generalizado, *contempt* se há traducido em el curso de esta tesis por ‘desacato’”.

<sup>78</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 100; vide também Roberto Molina Pasquel, op. cit., p. 65, dizendo sob a ocorrência em processo civis ou penais, por isso aqui se falou em *civil contempt*.

caráter coercitivo, consistindo em determinada quantia imposta àquela parte que avultar os poderes de discricção do juiz.

Quanto à prisão, ou pena corporal, decorrente do *contempt of court*, do sistema da *common law*, igualmente neste caso ao sistema brasileiro (que não admite a prisão por dívida), o inadimplente não é privado de sua liberdade pelo descumprimento de uma obrigação civil, e, sim, por haver desobedecido à ordem do Tribunal<sup>79</sup>.

A coerção do *contempt*, no referido sistema, é com a finalidade de coerção às determinações judiciais.

No direito pátrio, não se pode dizer que haja aplicação do *contempt of court* em sentido análogo a este logo acima mencionado. O sistema brasileiro, no art. 330 do Código Penal, prevê o crime de desobediência, que se distingue do instituto do direito anglo-saxônico mencionado por uma simples razão: seu intuito é reprimir a lesão a um bem jurídico, e não induzir ao cumprimento de uma ordem, especialmente aquela emanada nos casos específicos dos *other than money judgements*<sup>80</sup>, tutelados através das *injunctions*<sup>81</sup>, como naquele sistema. Aquele é coerção, buscando proteger a autoridade Estatal, este é punição.

Aliás, as divergências entre os sistemas apontados para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer datam de épocas longínquas, quando da fundamentação da prestação jurisdicional. Enquanto o sistema anglo-americano encontrou raízes no interdito romanos, o sistema brasileiro descende do juízo privado da *actio*. Para este há a prática da *juris+dictio*, entendido esse como ato declaratório do direito, certo que aquele vale-se do *imperium*<sup>82</sup>.

### 3.1 Multa

Prevista no parágrafo 4º do art. 461, a fixação da multa, em caso de descumprimento liminar ou de sentença, também foi acrescentada no parágrafo 5º, do mesmo artigo, aos outros expedientes de que pode o juiz valer-se para tornar efetivo o cumprimento da obrigação.

Quanto ao surgimento e raízes do referido instituto, análise mais acurada foi feita no primeiro capítulo deste trabalho, restando, ademais, outras considerações que agora serão tecidas.

Tem-se, na multa, senão o mais eficaz meio de coerção para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, quiçá o mais utilizado.

<sup>79</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Fabris, ano. 3 V. p. 345.

<sup>80</sup> veja-se p. 17 deste trabalho, cap. 1 Generalidades.

<sup>81</sup> Em conformidade com o BLACK'S Law Dictionary, Gainsburg v. Dodge, 193 Art. 473, 101 S.W. 2d 178, 180. Fed. R. Civil, p. 65, em tradução é a ***injunction*** “**A providência outorgada, com base num juízo de equidade, a requerimento de uma parte, impondo à outra a obrigação de abster-se ou fazer com que as pessoas a ela subordinadas se abstenham da prática de um ato, ou determinando a ela a obrigação de praticar ou tolerar que se pratique um ato. E, ainda, é remédio proibitivo e equânime concedido por uma corte no processo por solicitação do queixoso, dirigido ao réu da ação, ou a uma parte que assim se tornou para aquele fim, proibindo esta última de praticar algum ato ou de permitir que seus subordinados ou agentes o pratiquem, o qual ele está intimidado ou tentado a cometer ou, constringendo-o, se continuar, sendo este ato iníquo, prejudicial ao requerente e que não possa ser adequadamente corrigido por ação legal. Processo judicial que opera *in personam* e exige que a pessoa a quem é dirigido faça ou se abstenha de fazer determinada coisa**”.

<sup>82</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Fabris, ano. 3 V, p. 346; citando inclusive MOLINA PASQUEL, op. cit., n. 184.



No entanto, dois limites lógicos não que ser observados à aplicação da multa, ante o seu caráter sabidamente coercitivo, sendo eles: *a aptidão da multa para coagir o devedor a adimplir e a possibilidade concreta do adimplemento ainda ser realizado*.<sup>83</sup>

Não coincide, ainda, a multa com as perdas e danos, eventualmente necessários, pois como bem conceitua Kazuo Watanabe<sup>84</sup>, “a multa é medida de coerção indireta imposta com 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 fato do descumprimento da medida coercitiva”.

Humberto Teodoro Júnior<sup>85</sup> afirma categoricamente ser a multa “a medida mais enérgica para agir sobre o ânimo do devedor”, complementando, acerca do âmbito de sua aplicação, no que concerne à espécie de obrigação que “pode ser cominada tanto no caso das obrigações infungíveis como das obrigações fungíveis, com uma diferença: a) se se tratar de obrigação infungível, não substituirá a prestação devida, porque a *astreinte* não tem caráter indenizatório. Não cumprida a obrigação personalíssima, mesmo com a imposição de multa diária, o devedor afinal ficará sujeito ao pagamento tanto da multa como das perdas e danos; b) se o caso for de obrigação fungível, a multa continuará mantendo seu caráter de medida coercitiva, isto é, meio de forçar a realização da prestação pelo próprio devedor, mas não excluirá a aplicação dos atos executivos que, afinal, proporcionarão ao credor a exata prestação a que tem direito, com ou sem a colaboração pessoal do inadimplente”.

Nesta seara, vê-se que possui a referida multa caráter eminentemente coercitivo, em espécie alguma confundindo-se com possível indenização a título de perdas e danos. Assim, acerca do valor da multa há que se considerar seu objetivo. Os parâmetros encontram-se na própria lei ao referir-se no parágrafo 4º, art. 461, à “suficiência” e “compatibilidade” da multa com a obrigação, não ocorrendo com isto, nenhuma limitação.

Assim, certo é que o valor da multa deve ser suficiente para intimidar o devedor a cumprir a ordem judicial, devendo-se, então, considerar, para a fixação desta, também a capacidade econômica do réu com parâmetro quantitativo a nortear a decisão do juiz. Nesta linha de raciocínio presente está o ensinamento de J. J. Calmon de Passos<sup>86</sup>, que denota a importância do caráter coercitivo da multa, devendo ser esta, no entanto, *suficiente* para o devedor ser induzido a adimplir, sem que haja, contudo, excesso, devendo cingir-se ao compatível.

Ainda sobre o valor da multa quando seja necessária sua alteração após sentença, relacionando-se, pois, com a coisa julgada, ou ainda, “coisa julgada submetida à cláusula *rebus sic stantibus*”, cumpre anotar o precioso posicionamento de Thereza Alvim<sup>87</sup> ao dizer que “a coisa julgada sempre vige para determinada situação, portanto a simples verificação de estar excessiva ou insuficiente a multa, por si só faz com que estejamos em face de uma nova decisão, destinada a outra situação fática, a vigir de sua prolação para frente, pelo que descabe qualquer referência à coisa julgada material.

Por todos é sabido que o valor da referida multa converte-se em favor do credor (conclusão tirada da leitura do art. 461, parágrafo 2º, ao dizer “que a indenização por

<sup>83</sup> Marcelo Lima Guerra, “Execução indireta”, p. 202.

<sup>84</sup> Kazuo Watanabe, op. cit., p. 47.

<sup>85</sup> JÚNIOR, Humberto Teodoro. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível em: <http:// [www.jusnavegandi.com.br/doutrina](http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina)> acesso em 06/05/2003, p. 13.

<sup>86</sup> J.J. Calmon de Passos, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, 8ª edição, p. 187.

<sup>87</sup> Thereza Alvim, in *A tutela específica do art. 461 do CPC*, p. 110.

perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”), o que, com a devida vênia, não guarda qualquer senso lógico-jurídico, na medida em que se reconhece a multa como medida de natureza processual, inconfundível com as perdas e danos, destinada, portanto, a determinar o comportamento da parte no sentido de obter o cumprimento da ordem judicial.

Ora, muito mais consentâneo com a natureza e finalidade da multa cominatória seria destinar-se o produto de sua aplicação aos cofres públicos. Situação bastante interessante é aquela trazida pelo art. 11 e 13 da Lei 7.347/85, que trata do encaminhamento do número obtido pela incidência da multa ao fundo de defesa de Direitos Difusos (dec. 1.306/94, art. 2º). Tal solução mostra-se ainda mais interessante quando se tem o próprio Estado como devedor da multa.

Ao encontro do que antes se disse quanto ao beneficiário da multa, têm-se as palavras de Luiz Guilherme Marinoni<sup>88</sup> ao enunciar que “a multa, mesmo quando postulada pelo autor, serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, motivo pelo qual não parece racional a idéia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório. A multa não se destina a dar ao autor um *plus* indenizatório ou algo parecido com isso; **seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional**” (salientei).

Cumprido ressaltar por fim que, à cobrança do valor derivado da incidência da aludida multa seguirá o procedimento de “execução por quantia certa”, previsto no Capítulo IV do Título II do Livro II do Código<sup>89</sup>.

### 3.2 Busca e apreensão

Podem-se vislumbrar algumas circunstâncias que caracterizem a necessidade de subtração de determinada coisa da posse do réu, seja porque constitui objeto necessário para dar cumprimento às medidas sub-rogatórias, seja porque constitui parte do próprio objeto material do cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. No primeiro caso, v.g., tem-se a busca e apreensão de projetos destinados à construção de um imóvel, bem como equipamentos que possuam exclusivamente o devedor; no segundo, é exemplo a busca e apreensão de móvel, não finalizado, em poder do devedor, marceneiro, que se obrigara a produzir, ou mesmo, de medicamentos a serem entregues pelo Estado, no cumprimento de seu dever de prestar assistência à saúde.<sup>90</sup>

D’outra feita, difícil é de se aceitar a legitimidade da medida referida como meio, estritamente coercitivo, ao invés de servir, como acima mencionado, à produção do “resultado prático equivalente”, pois, constituir-se-ia em apreensão de bem alheio, ofendendo, portanto, ao devido processo legal, ante a privação de um bem sem a prévia oportunidade de discussão<sup>91</sup>.

### 3.3 Remoção de pessoas e coisas

A princípio, mister se faz a diferenciação desta com aquela anteriormente citada, diferindo-se, pois, esta daquela, na medida em que aquela procede à tomada física

<sup>88</sup> Luiz Guilherme Marinoni, in *Tutela Inibitória: individual e coletiva*, p. 179.

<sup>89</sup> Ada Pellegrini Grinover, op.cit, p. 71.

<sup>90</sup> Talamini, op. cit. p. 273.

<sup>91</sup> Idem.

de um bem corpóreo inerente à produção do resultado específico, ao passo que esta aqui serve à retirada forçada de coisa que é empecilho ao referido resultado, servindo de exemplo a remoção de um equipamento poluente<sup>92</sup>.

A mesma idéia aplica-se à remoção de pessoas, que embora cause, “a priori”, certo espanto, não é de pasmar ao lembrar-se de outros institutos processuais, como a ação de despejo e a reintegração de posse.

Neste ponto, muito bem coloca Kazuo Watanabe<sup>93</sup> ao assim dizer: “não se pode esquecer, porém, que o nosso sistema admite soluções tão ou mais draconianas para a tutela de direitos patrimoniais, como a ação de despejo, cuja sentença é executada inclusive com a remoção de pessoas, sejam adultas ou crianças, possuam ou não outro imóvel para habitação. E semelhante demanda é tradicional em nosso sistema e aceita por todos como a solução natural e de excelente efetividade”, e continua a fortalecer seu argumento ao comparar as tutelas prestadas quanto sua natureza patrimonial ou não, indagando: “Por que, então não aceitar que, para a tutela de *direitos não patrimoniais*, mais relevantes que os patrimoniais, quais os ligados aos direitos da coletividade, à qualidade de vida, ou os direitos da personalidade (como direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à liberdade, ao nome, à intimidade etc.), possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer?”.

### 3.4 Desfazimento de obras

Como anteriormente salientado, as medidas do parágrafo ora em análise, como diz a própria lei na locução “tais como”, são meramente elucidativas, nada obsta que, quando necessário, desfça-se algo que não deveria ter sido feito, e.g., lembrando sempre que o desfazimento de obras é direcionado a aniquilar o fruto material de uma ação indevida (sanção restituitória).<sup>94</sup>

### 3.5 Impedimento de atividade nociva

Como bem coloca Eduardo Talamini<sup>95</sup>, “o impedimento de atividade nociva abrange a própria remoção de pessoas e coisas. Pode ter caráter preventivo, simultâneo ou repressivo”. O mesmo autor acentua que o “impedimento de atividade nociva”, na realidade, é característica da força mandamental impressa na medida a ser aplicada para obtenção do resultado das obrigações tuteladas pelo art. 461 do CPC.

### 3.6 Requisição de força policial

Não é difícil ver-se que a *mens legis* desta disposição não é propriamente a de uma “medida de apoio” autônoma, sendo, na realidade, instrumento para, se necessário, a realização das demais, conotando, com ênfase, a autoridade do juiz.

---

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> Kazuo Watanabe, op. cit., p. 47 e 48.

<sup>94</sup> Talamini, op. cit., p. 274.

<sup>95</sup> Idem, p. 274 e 275.

### 3.7 A impossibilidade da prisão como medida coercitiva

Estabelece a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Ora, como acima dito, trata-se de norma constitucional que, por todos é sabido, possui peculiaridades que a singularizam ante as demais disposições legais, dentre elas, a superioridade hierárquica.<sup>96</sup>

Vê-se que a solução da presente questão tem muito menos a tratar com as normas processuais e, sim, com a interpretação da norma constitucional, em especial, como é o caso, dentro dos direitos fundamentais da pessoa humana e, ainda, o basilar, a liberdade.

Os processualistas que defendem a possibilidade da incidência da prisão o fazem sob o argumento de que “ninguém poderia sofrer prisão civil por dever uma quantia; mas nada impediria a prisão civil, em todo e qualquer caso, daquele que desobedecesse à ordem do juiz”<sup>97</sup>. Esta prisão existe e decorre da ação penal, por crime de desobediência (art. 330 do CP).

Com o respeito devido, outros autores, como Eduardo Talamini<sup>98</sup>, discordam da referida posição, não acreditando que seja possível a utilização da prisão civil, a ser ordenada pelo juiz dentro das medidas atípicas, ante a desobediência de uma ordem. E o mencionado autor o faz sob dois argumentos. Primeiramente, se a regra geral fosse a possibilidade de outras formas de prisão civil, não haveria justificativa para a inserção da exceção no inciso LXVII, do art. 5º, da CF, pois, afinal, se assim fosse, todo e qualquer descumprimento de ordem judicial ensejaria a prisão. Em segundo lugar, sob a abordagem de uma evolução histórica, vez que mesmo no Regulamento 737/1850, que previa rol taxativo de circunstâncias ensejadoras da prisão civil, quando eram todas decorrentes de obrigações pecuniárias, e não faziam, assim, menção às obrigações de fazer e não fazer.

Claro que a limitação até então exposta é concernente ao âmbito civil, i.e., à constrição da liberdade através de aplicação de medida atípica inserida no ordenamento processual civil.

Ademais, as exceções previstas no texto constitucional assim o são em virtude da natureza específica de cada uma. Admite a Constituição a coerção, por meio da prisão civil do faltoso alimentante, ante a natureza de subsistência presente na “dívida”, i.e., nos alimentos devidos, do mesmo modo, admitindo a prisão como meio de coerção ao depositário infiel, ante a natureza *intuito personae* inerente ao contrato de depósito<sup>99</sup>. Washington de Barros Monteiro explica que a mencionada natureza decorre das qualidades pessoais do depositário, como “honradez e estrita probidade”<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> Barroso, Luís Roberto, in *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*.

<sup>97</sup> Talamini, op. cit., p. 302, o referido autor cita como adeptos deste posicionamento Donald Armelino, A tutela jurisdicional cautelar, p. 136-137; Luiz R. Wambier, Liminares....., n.4, p.166, dentre outros.

<sup>98</sup> Idem, p. 302 e 303; aquilatam a mesma posição contrária à prisão civil Ovídio B. da Silva, que o cita ao dizer: “É verdade que a Constituição se refere à prisão ‘por dívidas’, mas, ao mencionar as exceções que abre ao princípio, alude a um caso de dívida monetária, ou comumente monetária, que é obrigação alimentar; e o outro, que absolutamente não se confunde com essa espécie de obrigação, que é a prisão do depositário infiel. Se a prisão por dívidas que *não fossem monetárias* estivesse sempre autorizada, não faria sentido a exceção constante do texto constitucional para o caso de depositário infiel” (Do Processo cautelar, coment. aos art. 885 e 886, p. 535).

<sup>99</sup> CARVALHO, Milton Paulo de. Ainda a Prisão Civil em caso de Alienação Fiduciária. Da desconsideração do depósito. Revista dos Tribunais v.787, p. 11, maio de 2001, p. 12.

<sup>100</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil (Direito das Obrigações). 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. 5V, p. 231.

Vê-se que é impossível a aplicação da prisão civil por dívida no ordenamento jurídico brasileiro, senão nos casos aludidos do infiel depositário e do devedor de alimentos, exceções taxativamente previstas na Constituição Federal, com o cunho eminentemente econômico e de instrumento hábil a promover a coercividade ao cumprimento de referidas circunstâncias.

Assim, constata-se a impossibilidade de se utilizar da prisão civil como medida coercitiva ao cumprimento das obrigações específicas, ocasião em que se daria à norma interpretação que esta não comporta.

Cabe mencionar que o art. 330 do Código Penal Brasileiro em nada favorece a coerção de um cumprimento específico, pois o crime de desobediência, ali tipificado, não tem cunho intimidativo, mas, sim, punitivo.

Dessa maneira, o autor do delito de desobediência será julgado, após o devido processo legal realizado no juízo criminal, não podendo ser apenado, por certo, pelo juízo cível<sup>101</sup>. Nisso se vê a descaracterização da prisão por crime de desobediência como uma medida tendente a efetivar o cumprimento de uma obrigação específica.

Essa prisão coercitiva auxiliar da execução, assemelhada ao *contempt of court*, de fato poderia ser muito útil se instalada no ordenamento processual civil como medida tendente ao cumprimento das obrigações específicas. Araken de Assis<sup>102</sup> defende a introdução do *contempt of court* em nosso sistema, afirmando que “a possibilidade de o juiz decretar a prisão do executado, caso ele desobedeça às determinações judiciais, constitui o meio mais rápido e eficiente de assegurar o êxito do processo executivo”, e afirma que a eficiência da coerção pessoal, na execução de alimentos, em que ela é admissível, constitui prova confiável à circunstância de que, “decretada a prisão, o dinheiro sempre aparece”.

## 4 CAUTELARIDADE E ANTECIPAÇÃO DA SATISFATIVIDADE

### 4.1 Convergências e divergências entre os arts. 461, 798, 799 e 273 do Código de Processo Civil

No que se refere à tutela das obrigações de fazer ou não fazer, previstas nos arts. 878 a 883 do Código Civil de 1916, atualmente correspondentes, no Código Civil de 2002, aos arts. 248 a 251, que consistem em comportamento omissivo ou comissivo do obrigado, o Código de Processo, em sua versão primeira, apresentava-se longe do modelo ideal, eis que notoriamente destituído, em grande número de situações, de meios eficientes para prestar a tutela específica. Os instrumentos disponíveis eram limitados quanto à eficácia, ou restritos a apenas algumas daquelas obrigações. Como exemplo: em se tratando de obrigação cujo objeto pode ser atendido não somente pelo obrigado, mas também por terceiro (obrigação de fazer fungível), o Código regulou a forma para que a prestação específica fosse atendida pelo terceiro (art. 634), ou mesmo pelo próprio credor (art. 637), à custa do devedor, apenas operacionalizando os preceitos contidos na norma material civil. Igualmente, em se tratando de obrigação de concluir um contrato

<sup>101</sup> Neste sentido pronunciou-se a 5ª Turma do STJ em HC n. 4.031-DF, que teve como relator o Ministro José Dantas, publicado em 26/02/96, ao dizer: “No exercício da jurisdição cível, não tem o juiz poderes para expedir ordem de prisão fora das hipóteses de depositário infiel e de devedor de alimentos (CF, art. 5º, LXVII)”.

<sup>102</sup> ASSIS, Araken de. *Execução forçada e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, nº 1, set-out/1999, p. 07.

ou de prestar declaração de vontade (obrigação de fazer infungível), o legislador processual substituiu o ato do devedor relutante pela ação estatal, para suprir a abstenção daquele, dispondo que a própria sentença de procedência produziria "o mesmo efeito do contrato a ser firmado" (art. 639) ou da "declaração não emitida" (art. 641), mecanismo que encerrava nítida tutela específica. Quanto às demais situações, a obtenção da referida tutela específica não era escorada por meios coercitivos eficientes, resolvendo-se o inadimplemento sempre pelo sucedâneo pecuniário.<sup>103</sup>

Assim, permaneciam ao desabrigo de qualquer forma eficaz de proteção do direito à prestação específica na medida em que não havia no ordenamento jurídico, fala-se no âmbito processual, um mecanismo que inibisse, satisfatoriamente, o evento lesivo. Ao credor ameaçado apresentava-se, como alternativa heróica, buscar uma sentença condenatória, prolatada em processo de conhecimento, já inútil a coibir a anterior consumação da ofensa.<sup>104</sup>

Neste ponto, merecem transcrição os dizeres de Barbosa Moreira<sup>105</sup>, ao comentar acerca de um retrocesso do CPC de 1973, comparado à Legislação anterior: "...conhecendo o expediente adequado, furtou-se curiosamente a fazer dele o uso amplo que lhe sugeriam a política jurídica e a própria tradição do direito brasileiro, já chegada no Código de 1939 a grau de aprimoramento bastante para produzir uma figura genérica de tutela do credor, em matéria de obrigação de fazer e de não fazer, construída sobre o esquema de preceito *initio litis*, com aplicação imediata da sanção cominada, no caso de descumprimento: a ação cominatória do art. 302, XII, do CPC. Restringiu-se de modo notável, na reforma processual, a simples proteção da posse e da propriedade; fora desse âmbito privilegiado, o processo de conhecimento disciplinado no vigente estatuto afigura-se impotente para tutelar em forma preventiva, e portanto específica, com eficácia prática, as posições jurídicas de vantagem a que correspondam obrigações negativas (...) e a carência é tanto mais séria quanto menos satisfatória, em inúmeras situações excluídas (basta pensar nas de conteúdo não patrimonial), a tutela meramente sancionatória ou repressiva".

"Ausente, pois, um mecanismo adequado para a obtenção da tutela específica nos casos aludidos, um seguimento expressivo da doutrina do processo civil recomendava, a despeito de sua natureza técnica, o uso da ação cautelar inominada, com supedâneo nos arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil. Esta recomendação, pelo que demonstrou a experiência forense, foi adotada em parte, com um aspecto adicional: ante a ameaça de inadimplemento de obrigações de não fazer utilizou-se, com freqüência, a via da ação declaratória (para aparentemente obter a certificação da existência da obrigação) acompanhada ou precedida da ação cautelar inominada, esta fadada a antecipar efeitos da tutela de conhecimento, notadamente, a expedição de ordem de abstenção".<sup>106</sup>

Não se tenha dúvida acerca da objeção criada pelo que acima se expôs, sob a pecha de que os referidos dispositivos invocados não constituiriam, cientificamente, sede adequada, na medida em que se destinariam apenas às medidas cautelares, certo que qualquer outra ordem que ensejasse a satisfação do credor, embora provisoriamente, não encontraria respaldo no conceito cautelar.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> ABREU, Rodrigo de. *A tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 461, CPC)*. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina>> acesso em 06/05/2003.

<sup>104</sup> Idem.

<sup>105</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A tutela específica do credor nas obrigações negativas" In: *Temas de Direito Processual*. 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 41.

<sup>106</sup> ABREU, Rodrigo de. *A tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*.

<sup>107</sup> Barbosa Moreira, op. cit. p. 42.

Transcrição literal merece ainda a posição de Barbosa Moreira, na mesma obra mencionada às fls. 43, acerca da utilização dos dispositivos constantes nos arts. 798 e 799 do CPC quando diz: “Não se deve pois, escandalizar ninguém a sugestão de buscar-se nos arts. 798 e 799 o apoio textual indispensável a outra medida com análogas características – queira-se ou não reconhecer-lhe natureza cautelar. Qualquer escrúpulo desse gênero seria como a hesitação em ministrar ao enfermo o remédio que comprovadamente lhe melhora o estado, só porque nas indicações da bula não se designa a enfermidade pelo nome cientificamente mais correto...”.

A situação demonstrada altera-se sobremaneira com a vinda da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, com a nova redação dada ao art. 461 do Código de Processo Civil, em cujo *caput* ficou estabelecido 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 as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. E, nos termos do § 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”. Privilegiou-se, assim, a máxima chiovendiana de efetividade da função jurisdicional, que estabeleceu uma nova ordem de prioridades, em que a tutela jurisdicional busca, em primeiro plano, a específica da prestação devida; na impossibilidade da prestação *in natura*, o resultado prático equivalente e, em último caso, a reparação por perdas e danos.<sup>108</sup>

É, sem dúvida alguma, uma questão problemática o enquadramento de uma circunstância destinada a evitar dano de difícil reparação como “medida cautelar” ou “tutela antecipada”. Na matéria em questão, analisando-a pela ótica pragmática, uma errata na aplicação dos dois institutos ocasionaria problemas, vez que se utilizam de vias distintas, ou seja, os arts. 273 e 461, parágrafo 3º, no próprio processo principal, e art. 796 e seguintes, em processo autônomo<sup>109</sup>.

No entendimento de Kazuo Watanabe, o conteúdo do art. 461 aproxima-se mais da tutela antecipada prevista no art. 273, que propriamente do processo cautelar.<sup>110</sup>

É grossa a fatia da doutrina defensora da tutela de urgência<sup>111</sup> como sendo o gênero do qual são espécies a tutela antecipatória e a cautelar.

Cândido Rangel Dinamarco vai além, pois, colocando-as, as medidas antecipatórias e cautelares como espécies do gênero tutela de urgência, em uma categoria unitária, justificando este entendimento sob a estreita analogia existente entre ambas, principalmente após a primeira reforma do Código de Processo Civil (1994), que inseriu ampla possibilidade de antecipação de tutela em circunstâncias não bem tipificadas, à semelhança do art. 798 do Código de Processo Civil.<sup>112</sup>

Neste contexto, acredita-se que a Reforma trazida pela Lei 10.444/02, com a redação dada pelo parágrafo 7º, do art. 273, conteste o posicionamento acima mencionado, *venia concessa*, pois, ao dispor a fungibilidade entre as medidas antecipatórias e cautelares, fez, clara e categoricamente, a diferença entre ambas.

<sup>108</sup> *idem*, no mesmo sentido vide também TEORI ALBINO ZAVASCKI, op. cit., p. 112 e 113.

<sup>109</sup> Talamini, op. cit., p. 364.

<sup>110</sup> Kazuo Watanabe, op. cit., p. 47.

<sup>111</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. IV, p. 162 “as antecipações de tutela e as medidas cautelares têm um fortíssimo *elemento comum de agregação*, que induz a integrá-las numa categoria só – a saber, na categoria das *medidas de urgência*”.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 163.

No que concerne à fungibilidade mencionada, João Batista Lopes<sup>113</sup> primeiramente estabelece as divergências e convergências entre as tutelas cautelares e antecipatórias, e, muito embora as admita no gênero das tutelas de urgência, adverte que estas “se extremam por sua natureza e finalidade”.

Assim, estabelece as principais diferenças entre ambas como sendo: “a) a tutela cautelar se caracteriza pela não-satisfatividade, enquanto a tutela antecipada é eminentemente satisfativa; b) para a obtenção da tutela cautelar, é suficiente a *plausibilidade* do direito (*fumus boni iuris*); para a tutela antecipada, exige-se a *probabilidade* do direito; c) a tutela cautelar não implica adiantamento de efeitos do mérito da causa; a tutela antecipada está incindivelmente ligada ao provimento final; d) a ação cautelar pode ser ajuizada como preparatória da ação principal e incidental; a tutela antecipada pressupõe a pendência de outro processo; e) a ação cautelar caracteriza-se pela autonomia (elementos, condições da ação e mérito próprios), enquanto a tutela antecipada constitui mero incidente”. Na seqüência, estabelecem-se os pontos de convergência, que são: “a) ambas são formas de tutela jurisdicional diferenciada; b) uma e outra têm caráter provisório; c) a revogabilidade é traço comum entre elas; d) as duas constituem exemplos de cognição sumária”<sup>114</sup>.

Acerca da provisoriedade, vale a consignação, aqui, da diferença entre provisoriade e temporariade, apontada na doutrina de Piero Calamandrei<sup>115</sup>, que leciona no seguinte sentido: “é oportuno, no entanto, advertir que o conceito de *provisoriade* (e como aquele, coincidente, de interinidade) é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de *temporaneidade*. *Temporâneo* é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; *provisório*, por sua vez, é aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, (...) *provisório* equivale a interino (...). A provisoriedade dos procedimentos cautelares seria, portanto, um aspecto e uma consequência de uma relação que transcorre entre os efeitos do procedimento antecedente (cautelar) e aqueles do procedimento subsequente (definitivo), que assinalaria o início da cessação dos efeitos do primeiro”. Partilha desta concepção, na doutrina nacional, Ovídio Baptista da Silva<sup>116</sup>. Também acerca do tema exposto elucida Donaldo Armelin<sup>117</sup> que “há prestações jurisdicionais definitivas, embora temporárias. É o que sucede v.g. com a obrigação de pensionar, decorrente de ato ilícito, que desaparecerá chegando-se ao termo final da vida provável da vítima. Mas as prestações jurisdicionais provisórias apenas sobrevivem enquanto não ocorreu a definitiva, in casu, a satisfativa. É certo que existem prestações jurisdicionais satisfativas provisórias, como sucede nas liminares das ações possessórias, que correspondem a uma antecipação da eficácia da prestação jurisdicional definitiva, ou nas execuções provisórias. São prestações jurisdicionais satisfativas antecipatórias sujeitas à confirmação ou revogação a final, tal como existem prestações jurisdicionais cautelares antecipatórias. Mas esta imbricância quanto à antecipação não descolore aquela distinção entre provisoriedade e temporariade. A uma, porque a prestação da

<sup>113</sup> LOPES, João Batista. Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro (de acordo com a Lei 10.444/02). 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 166.

<sup>114</sup> Idem p. 166 e 167.

<sup>115</sup> CALAMANDREI PIERO. “Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares” (Trad. Bras. de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 25 e 26.

<sup>116</sup> OVÍDIO BATISTA DA SILVA. *Curso de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, 3V, p. 63, 34 e 35.

<sup>117</sup> DONALDO ARMELIN. *A Tutela jurisdicional cautelar*. Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo 23, 1985, p. 122.



tutela jurisdicional cautelar é sempre provisória, o que não ocorre com a satisfativa; a duas, porque o fundamento de uma e de outra são díspares e inconfundíveis”.

Outra questão que se coloca é se caberia ou não a aplicação da fungibilidade mencionada no art. 273, parágrafo 7º, ocorrendo circunstância contrária ao que determina a lei, ou seja, o autor, a título de providência cautelar, requerer antecipação de tutela. Dinamarco<sup>118</sup> assegura que sim, afirmando que “não há fungibilidade em uma só mão de direção”, é o que chama de duplo sentido vetorial.

Contrariamente, colocando a situação sob um enfoque técnico, João Batista Lopes, todavia, entende que não seria possível o caminho inverso, pois, “se o autor ajuizar ação cautelar preparatória pleiteando providências de caráter antecipatório, não poderá o juiz fazer a conversão para esta última, por não existir processo pendente”. Adverte ainda, que a jurisprudência pode trilhar o caminho dessa possibilidade, a exemplo do princípio da fungibilidade aplicado ao sistema recursal.<sup>119</sup>

#### **4.2 Quanto aos poderes do juiz – “discricionariedade” nas medidas de apoio**

Os poderes do juiz no contexto da atribuição de medidas para a efetividade no cumprimento das obrigações específicas é assunto que desperta interesse e, para alguns, inclusive, preocupação.

À guisa de compreender os limites, ou melhor, as conseqüências dos poderes do juiz no desempenho da sua função jurisdicional no contexto mencionado é que se vislumbrou o presente tópico, no qual se tentará evidenciar que a lógica e a fundamentação obrigatórias nos atos respectivos delineiam uma segura fonte de contenção à possível exacerbação do poder do magistrado, ao aplicar o dispositivo legal ao fato concreto.

Não se contesta aqui a existência de adoção de conceitos, ditos pela doutrina, como sendo “vagos” ou “imprecisos”, no teor do art. 461, servindo de exemplo “providências que assegurem o resultado prático equivalente”, ou ainda “fundamento relevante da demanda”, ou até mesmo, referindo-se à multa, fala-se em “suficiente e compatível”, ou então em “medidas necessárias” para obtenção da tutela específica.

É nítido, assim, que, por vezes, deverá o magistrado atuar em seu poder “discricionário”, por zonas cinzentas e imprecisas, mas que se acredita, e se tentará demonstrar, que isso, por si só, não elide a aplicação adequada da norma, não incidindo necessariamente em risco à adequada e equilibrada, portanto, eficaz prestação jurisdicional.

E isso tudo acima exposto, defende-se pela motivação das decisões judiciais, presentes no mundo jurídico desde a separação dos poderes, após a Revolução Francesa, com a necessidade, então, de o julgador motivar suas decisões delineando-se assim a consonância com a legislação, até mesmo em circunstância em que essa se mostrasse obscura, silenciosa ou insuficiente. Delineia-se, na motivação, a amarra necessária a perseverar o espírito da lei, sobre a vontade, infundada, do julgador<sup>120</sup>.

Chaim Perelman, defendendo a importância da motivação das decisões na administração da justiça, cita T. Sauvel, que em artigo intitulado “*Histoire du jugement motivé*” (Rev. Dr. Publ., 1955, p. 55-56) assim coloca a importância do ato de motivar, ao dizer: “Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É, desse modo, obrigar quem

<sup>118</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 5ª ed. São Paulo: malheiros, 2003, p. 92.

<sup>119</sup> João Batista Lopes, op. cit., p. 168.

<sup>120</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 184.

a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de ‘maldizer os juízes’. Ela é que o ajuda a decidir se deve recorrer, ou, se for o caso, a dirigir-se à cassação. Ela é que permite não colocar-se novamente em uma situação que faria nascer um segundo processo. Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. Sem ela não teríamos ‘ementários’, e esta publicação não seria o que é. A necessidade da motivação entrou de tal modo em nossos costumes que, em geral, ultrapassa os limites do domínio jurisdicional e vai-se impondo, pouco a pouco, às decisões simplesmente administrativas, cada vez mais numerosas. A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma *tentativa de persuasão*. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial<sup>121</sup>”.

No mesmo sentido, e também dignas de nota, são as palavras de José Rogério Cruz e Tucci<sup>122</sup> acerca da motivação das decisões quando afirma que “a exposição dos motivos do *decisum* assume expressiva conotação racionalizadora na valoração dos elementos de convicção, na medida em que a liberdade de tal exame não exclua, mas, na verdade, até imponha que este seja adequadamente justificado. A afirmação de que a exteriorização das razões de decidir deve revelar o prisma pelo qual o órgão do poder judiciário interpretou a lei e apreendeu os fatos da causa, de sorte que a sua exposição, dotada de clareza, lógica e precisão, propicie perfeita compreensão de todos os pontos controvertidos, bem como a conclusão atingida”.

Em termos de garantias jurisdicionais dos cidadãos, relativamente à administração da justiça, a vigente Constituição brasileira adota como postulado constitucional fundamental o “devido processo legal”, expressão oriunda da inglesa “due process of law”, ao dizer: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Adota, ainda, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao estatuir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Consagra o princípio da isonomia: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”; “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, *caput* e inciso I). Estabelece, ainda, o princípio do juiz ou promotor natural, ao dizer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, XXXVII e LIII). Estatui o princípio do contraditório: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Prevê o princípio da proibição da prova ilícita: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI); o princípio da publicidade dos atos processuais: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos” (art. 93, IX), acrescentando que “a lei só poderá

<sup>121</sup> Idem, p. 210 e 211.

<sup>122</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 103.

restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX); e o princípio da motivação das decisões judiciais sob pena de nulidade (art. 93, IX).

Vê-se, assim, que, à cata de garantias fundamentais no ordenamento jurídico vigente, encontra-se dentre elas a motivação das decisões, sob pena de nulidade, e neste compasso amarra-se a idéia principal, atrelada à segurança garantida pela motivação de uma decisão, que, quando ausente enseja a nulidade, certo que, segundo o ensinamento de Teresa A. A. Wambier, dá-se de três formas: “ausência de fundamentação, deficiência de fundamentação e ausência de fundamentação entre correlação e decisório”<sup>123</sup>.

Freqüentemente se tem ouvido acerca da abertura contida no parágrafo 5º do art. 461, conferindo, assim, poderes “discricionários” ao juiz.

Primeiramente, convém contextualizar os termos em seus devidos lugares, esclarecendo antes os conceitos empregados.

A atuação discricionária, na Lição da Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ocorre “quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”<sup>124</sup>.

Do conceito acima colocado, duas conclusões ficam autorizadas, a primeira que a discricionariedade será medida *in concreto*, e a segunda que se trata de um dever-poder do agente público e, portanto, faz-nos afastar o entendimento de que a concessão da discricionariedade possa ser fruto de uma legislação lacunosa ou imprecisa<sup>125</sup>.

Sob outro viés, visto o conceito de discricionariedade sob o ângulo da oportunidade e da conveniência, mesmo assim difícil é de se vislumbrar que a matéria inserta no parágrafo 5º do art. 461 enquadre-se neste contexto, fazendo com que as medidas ali sugeridas, ou mesmo a idéia de outras possíveis ali não colocadas, classifiquem a atuação jurisdicional de discricionária.

Em explicação, diz Eduardo Talamini que “o juiz não é livre para, ao seu mero talante, considerar uma medida “necessária” ou não para a obtenção do resultado específico; no entanto, o universo das medidas “necessárias”, ao qual se chega por atividade vinculada (não discricionária), pode abranger mais de uma providência que constitua solução ótima para o caso concreto. É dentro desse universo, vinculativamente determinado, que, conforme a situação concreta, pode surgir um âmbito de atuação discricionária”<sup>126</sup>.

Neste contexto, o Supremo Tribunal de Justiça, em julgado da safra do Ministro Marco Aurélio (Bol. AASP nº 2049, 06 a 12/04/98, p. 521-j), proferiu decisão no sentido de que “é incompatível com o exercício judicante a prática de ato discricionário. Impõe-se a observância do princípio da legalidade, atuando o agente do Poder Judiciário a partir do arcabouço normativo existente”.

Interessante observação mostra-se a colocada por Agostinho Alvim<sup>127</sup>, que, baseando-se nos ensinamentos de Andréas Von Thur, pondera que o arbítrio do juiz, qualquer que seja o campo aplicado, revela-se mais extenso que a simples análise superficial da lei, colocando, ainda, como inevitável o arbítrio do juiz ao aplicar a

<sup>123</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 235.

<sup>124</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 197.

<sup>125</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 382.

<sup>126</sup> Idem, p. 387.

<sup>127</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 11 e 12.

norma flexível, praticando assim o que ele chama de “equidade individualizadora”, em contraposição ao arbítrio incomensurado que implique em “desprezo de critérios objetivos”.

Novidade alguma há no fato de que é por meio da função jurisdicional que o Estado busca a realização prática das normas oriundas do atuar legislativo, no entanto, o juiz, em certos momentos, exercendo certos “poderes genéricos”, submete-se a determinados princípios, que se põem a nortear a decisão proferida. Cumpre lembrar que o Direito Processual, vertente do Direito Público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional<sup>128</sup>, que sendo responsável pela garantia de distribuição da justiça, e guardião do cumprimento do direito objetivo, positiva princípios.

Assim, não é de se estranhar que nos utilizemos de princípios, ditos constitucionais, como o princípio da proporcionalidade, e da razoabilidade, deste decorrente, no contexto da fundamentação dos atos do juiz no desempenho de sua função jurisdicional, quando for necessário utilizar-se este de preferência valorativa dentro do ordenamento jurídico.

Ora, defende-se aqui a fundamentação da decisão como maior segurança jurídica, delineando-se que risco algum pode haver na adoção pelo juiz, das medidas referidas no art. 461, ante a necessidade de demonstração de sua atuação ao desenhar o caminho, justificadamente percorrido até o desfecho de sua decisão.

Aponta Canotilho, acerca da fundamentação das decisões judiciais, três razões fundamentais: “(1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas”<sup>129</sup>.

Nítida é a contextualização das medidas do art. 461 do CPC no sentido de justificar a atuação jurisdicional em sua própria defesa, assegurando-se, assim, aos jurisdicionais, a eficácia de suas decisões, como bem caracteriza a imposição de multa *ex officio*<sup>130</sup>. Salienta ainda Spadoni a respeito da imposição da multa pelo juiz: “em virtude da natureza do provimento jurisdicional, tem o magistrado o poder-dever de se utilizar das medidas necessárias para alcançar a efetividade de sua decisão, sejam elas medidas coercitivas ou executivas. Assim, pedir que o magistrado as determine nada mais é do que pedir que o magistrado cumpra suas funções no processo”.

Como demonstrado no início deste trabalho, esta porção do Código de Processo Civil destinada ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, encontra raízes no *common law*, e demonstra imensa singularidade com o *contemp of court*, diferentemente da generalidade da sistemática processual civil brasileira, sendo talvez, por isso, que haja esta imensa dificuldade de se aceitar a liberdade atribuída ao magistrado, característica primeira do sistema anglo-saxão.

Caracterizando a relação dos poderes do juiz com liberdade, na *common law*, com autoridade leciona John Henry Merryman, ao dizer: “Nos sistemas da *common law*, mostra-se bem maior a liberdade do juiz, pois deve decidir como caracterizar o

<sup>128</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 4.

<sup>129</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 1997, p. 651.

<sup>130</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. O processo civil e sua recente reforma (Os princípios do Direito Processual Civil e as novas exigências impostas pela reforma, no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 e 461). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela* (org. Theresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: RT, 1997, p. 490 e 491.

problema jurídico trazido a sua consideração, que princípios jurídicos aplicar ao problema e como aplicá-los para obter o resultado. Demais disso, escolhidos os princípios na legislação (no *statutory law*) ou em sentenças anteriores, somente encontram significado substantivo no contexto de um específico problema, e a conclusão daí decorrente é necessariamente aquela querida pelo órgão judicial”<sup>131</sup>.

## CONCLUSÕES

1. Sem dúvida alguma, a primeira conclusão a que chegamos ao “encerrar” este trabalho é a de que se deu apenas o primeiro passo na grande trilha que ainda há para percorrer. Infelizmente, neste ponto, em que o prazo não mais nos permite continuar, ao menos nestes arrazoados, percebemos a imensidão de ponderações e argumentos que deveriam ter sido articulados ao longo deste estudo. Percebe-se que, mesmo se os tivesse feito, outros ficariam por fazer, do que se conclui que o conhecimento nunca bastará, é algo que em nós se incorpora para nos mostrar que é preciso sempre continuar. Com isso, longe deste trabalho reside a pretensão de se lhe esgotar o tema anunciado para desenvolvimento.

2. *A priori*, o escolhido tema despertou a atenção, ensejando a vontade de melhor conhecê-lo ante a tão falada e almejada **efetividade** que dele exala. As medidas ali colocadas a serviço de uma prestação jurisdicional mais célere, portanto efetiva, e assim justa, clamam por um estudo mais acurado e capaz de em muito ser útil aos operadores do Direito.

3. Na realidade, detectou-se com o presente estudo uma certa decepção quanto à aplicação prática das medidas enunciadas no parágrafo 5º, do art. 461, pela jurisprudência, não as encontrando à exaustão como se imaginara que assim as pudesse encontrar. Conclui-se, pois, que há uma certa timidez da atuação jurisdicional na utilização destas medidas, talvez até pela crítica, ou preocupação despontada na doutrina, acerca dos amplos poderes atribuídos ao juiz ao aplicá-las.

4. Neste íterim, também se viu que os mencionados poderes são controlados pelas partes interessadas, ante a motivação das decisões proferidas. Pode parecer um tanto ingênuo, mas acredita-se, como demonstrado no capítulo em que se abordou tal aspecto, que na fundamentação é possível detectar-se as arbitrariedades no contexto de cada caso concreto.

5. De importância fundamental mostra-se o estudo das ações tendentes ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, bem como as execuções, ou conforme demonstrado neste trabalho, quando se falou da natureza jurídica deste provimento jurisdicional, das ações executivas *lato sensu*, em suma, para melhor manuseio das medidas ali postas para a efetivação do objeto material desejado.

6. De todas as medidas destinadas ao cumprimento das obrigações específicas, constantes do art. 461, sem dúvida alguma, as *astreintes* são as de liderança. É a medida mais utilizada, acredita-se que pelo tempo de existência, conforme demonstradas suas origens e seu desenvolvimento em outros sistemas a desembocar no sistema nosso atual.

7. Não se poderia deixar de falar das críticas ferrenhas de vários processualistas ante a verdadeira ojeriza demonstrada com a possibilidade de conversão do descumprimento da obrigação específica em indenização por perdas e danos. Falamos

---

<sup>131</sup> MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 109.

aqui em direito processual civil, e mais, em medidas que buscam a efetividade das decisões tendentes ao adimplemento de um fazer ou não fazer. Ora, acredita-se, sim, que essas medidas devam ser buscadas, já que postas pelo ordenamento processual civil; contudo, circunstâncias há em que sendo impossível este cumprimento, outra saída não haverá, portanto, que a indenização em perdas e danos. Diz-se isso, ante a leitura de diversos textos acerca da disposição da matéria de direito substancial, atinente às obrigações de fazer e não fazer, posta no novo código civil, no sentido de que, ao admitir as perdas e danos como saída para o descumprimento, estaria andando na “contra-mão” do que, teleologicamente, busca atualmente o ordenamento jurídico. Nisto não cremos. *Venia concessa*, acreditamos que outra não poderia ser a disposição de um instituto de direito material, ainda mais com raízes fincadas no sistema francês do *nemo ad factum praecise cogi potest*, cabendo ao direito processual civil estabelecer, como fez, as regras necessárias à viabilidade do cumprimento específico.

8. Outro motivo que qualifica a importância do tema apresentado é a natureza imbricada das obrigações de fazer ou não fazer, vez que diretamente ligada à vontade humana, seara esta que, por sua própria natureza, já é complexa, quiçá, em se tratando de um cumprimento “coercitivo”.

9. As medidas postas à efetivação em nosso ordenamento em muito já evoluíram, e sua sistemática de acúmulo de atos de ação e execução vem servindo de paradigma a reformulações dos mecanismos existentes no procedimento atual, todos tendentes à efetividade da prestação jurisdicional, dando a cada um aquilo a que tem direito, e no momento em que ainda lhe seja útil.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Rodrigo de. *A tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 461, CPC)*. Disponível em: <[http:// www.jusnavegandi.com.br/doutrina](http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina)> acesso em 06/05/2003.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 1 e 2V.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ALVIM, Eduardo Arruda e outra. “*Notas para uma teoria geral do processo cautelar*”. In *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência (sob a coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim)*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 2V.

\_\_\_\_\_. *Obrigações de fazer e não fazer – Direito Material e Processo*. In: Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel, sob coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a disciplina de antecipação da tutela na Lei nº 10.444, de maio de 2002. in *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência* (sob a coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

ARMELIN, Donaldo. *Tutela Jurisdicional diferenciada*. RePro nº 65, p. 45 e ss.

\_\_\_\_\_. *A Tutela jurisdicional cautelar*. Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo 23, 1985.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 6V.

\_\_\_\_\_. *Execução forçada e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, nº 1, set-out/1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

AZEVEDO, Luiz Carlos de e outro. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

\_\_\_\_\_. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7ª tiragem. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1958. 2V.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1936.1V.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil* (traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira). 1ª edição. São Paulo: ClassicBook, 2000. 1V.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil* (Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista). São Paulo: ClassicBook, 2000. 1V.

CARVALHO, Milton Paulo de. *O pedido no Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1992.

\_\_\_\_\_. *Poderes Instrutórios do Juiz. O momento da prova pericial nos procedimentos ordinário e sumário*. in Direito, ciência e arte – Estudos Jurídicos interdisciplinares. Campinas: edicamp, 2001.

\_\_\_\_\_. *Ainda a Prisão Civil em caso de Alienação Fiduciária. Da desconsideração do depósito*. Revista dos Tribunais v.787, p. 11, maio de 2001.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignácio. *Doutrina e Prática das Obrigações*. Curityba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. 11V.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. (trad. G. Menegale, da 2ª ed. Italiana). São Paulo: Saraiva, 1965. 1 V.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DIDIER JR. Fredie. *Notas sobre o novo art. 287 do CPC e a sua compatibilização com a tutela específica prevista nos arts. 461 e 461-A do CPC*. RePro nº 109, p. 169 a 172, jan-mar./2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do CPC*. 2ª ed. São Paulo: malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 5ª ed. São Paulo: malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Execução civil*. 6ª ed. São Paulo: malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 3V.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 2V.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 1V.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 2 V.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

FADEL. Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado* (atualizado por J. E. Carreira Alvim). 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro (comentado)*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Record, 1959.

FLAVIUS PETRUS SABBATIUS JUSTINIANUS (Institutas do Imperador Justiniano). Tradução: J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2000.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FULGÊNCIO, Tito. *Do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: RT, 1967.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela Jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*. Revista de Processo, n. 79.

\_\_\_\_\_. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GUEDES, Jefferson Carús. *Linhas mínimas para a descrição de uma teoria dos procedimentos cautelares*. In Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência (sob a coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. 8ª edição. Coimbra – Portugal: Ed. Armênio Amado, 1987.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosch, 1950. 2 V. 2 Tomo.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 4ª edição, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 8V. Tomo I.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. 2 V. (Revista e Atualizada Prof. José Serpa Santa Maria).

MACEDO, Silvio de. *História do Pensamento Jurídico*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipada, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e não fazer)*. Gênesis – Revista de Direito Processual Civil, n. 1, jan-abr, 1996.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo:RT, 1998.

MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, 5V.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. Ed. Rio de Janeiro: forense, 1987. 6 v (art. 566 a 645).

\_\_\_\_\_. *Astreintes*. Enciclopédia Saraiva do Direito. 8V. pág.348-349.

\_\_\_\_\_. *Execução de obrigação de fazer e não fazer*. Digesto de Processo. Rio de Janeiro: Forense, 1982. 2 V. p. 467-471.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición juridical romano-canônica*. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Econômica, 1979.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo civil*. Rio de Janeiro: forense, 1974. Tomo IV.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo civil*. Rio de Janeiro: forense, 1974. Tomo X.

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil (Direito das Obrigações)*. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. 4V

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil (Direito das Obrigações)*. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. 5V

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. *Os novos rumos do processo civil brasileiro*. RePro n. 78.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 1959.

PASQUEL, Roberto Molina. *Contempt of court*. México: Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense. 3 V.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil – Alguns Aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 2 V.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

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

\_\_\_\_\_. *Comentários a nova Lei Antitruste*. Coop. Edson Vieira Abdala. Curitiba: Juruá, 1994.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do Juiz e as reformas do Processo Civil*. 1ª edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 2002.

RAMOS, Glauco Glumerato e outra. *Perfil das Tutelas de Urgência no Processo Civil Brasileiro, in Direito, ciência e arte – Estudos Jurídicos interdisciplinares*. Campinas: edicamp, 2001.

REIS, Antonio Serravalle. *Execução nos Juizados Especiais Cíveis*. 2ª edição. Porto Alegre: síntese, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha e Flávio Cheim Jorge. *Tutela específica do art. 461 do CPC e o Processo de Execução (PROCESSO DE EXECUÇÃO e assuntos afins, 2V – Coordenação de Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES NETO, Nelson. *Notas sobre as tutelas mandamental e executiva Lato sensu nas leis 10.358/01 e 10.444/02*. RePro nº 110, p. 196 a 203, abr-jun/2003.

ROSA, Silvana Nares de Oliveira Silva. *Execuções específicas das obrigações de fazer*. RePro n. 57, p. 229-237.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2ª edição. (reimpressa). Coimbra: Faculdade de Direito Universidade Coimbra, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5ª ed., São Paulo: malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer*. Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º

aniversário de seu falecimento) (coord. Barbosa Moreira). Rio de Janeiro: forense, 1997. Pg 176.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Fabris, 2000. 2 V.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Fabris, 2000. 3 V.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. *O processo civil e sua recente reforma* (Os princípios do Direito Processual Civil e as novas exigências impostas pela reforma, no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 e 461). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela (org. Theresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: RT, 1997.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. RePro nº 110. Doutrina Nacional, p. 72 e ss, 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Dignidade Humana, soberania popular e pena de morte*. Revista Trimestral de Direito Público, vol 11, 1995.

TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de “civil law” e de “common law”*. RePro nº110. Doutrina estrangeira, p. 142, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina>> acesso em 06/05/2003.

\_\_\_\_\_. *As liminares e as tutelas de urgência*. In Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência (sob a coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2001. 2 V.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e outra. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil - Lei 10.352/01, 10.538/01 e 10.444/02*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. e outros. *Curso Avançado de Processo Civil*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, apud Reforma do Código de Processo Civil, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela e obrigações de fazer e não fazer*. Revista de Processo Civil 4, 1997.