O artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução

Guilherme Puchalski Teixeira*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo inicia-se com uma abordagem preliminar sobre aspectos da evolução de tutela jurisdicional, especialmente no que se refere à repercussão do pensamento liberal no ordenamento jurídico brasileiro, e a constatação da insuficiência da proteção jurisdicional gerada pelo binômio conhecimento-execução. Intenta-se com isto nomear alguns dos principais aspectos responsáveis pela inexistência, até aquele momento, de um mecanismo de tutela apto a eficazmente reproduzir o resultado específico dos deveres descumpridos, especialmente em relação às obrigações de *fazer, não fazer e dar*.

A *instrumentalidade* como fase científico-dogmática surge, então, como diretriz delineadora de toda a atividade

processual. Impôs-se aos operadores do direito o desafio de munir o processo de técnicas que atenuassem a crise da *ineficácia* do sistema processual.

2. A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. O DOGMA DE INTANGIBILIDADE DA VONTADE HUMANA

Como ciência intimamente ligada à realidade político-social – e mais que isto, produto dela – é importante dedicar atenção especial aos valores que serviram de alicerce à implementação do chamado Estado Liberal, em meio ao século XIX. Neste peculiar, dá-se ênfase à repercussão direta destes ideais na evolução do ordenamento jurídico-positivo pátrio.

* Pós-graduando em Processo Civil pela PUC/EAD; Pós-graduando em Direito Empresarial pela UFRGS.

Como bem enfoca Arruda Alvim,¹ o movimento que resultou na Revolução Francesa foi, sem dúvida alguma, um dos mais bem sucedidos e melhor implantados da história. Pode-se afirmar que grande parte dos ideais ali difundidos estão, ainda, profundamente enraizados nas civilizações ocidentais contemporâneas.

Partindo dos valores mais exaltados pelo movimento reformista sentia-se reflexão clara daquele momento nos ordenamentos jurídicos, tanto na Europa como no Brasil.

No seio do pensamento liberal estava a idéia da *liberdade do indivíduo*, fruto da concepção de um Estado diminuto, apequenado frente às relações entre particulares, com mínima intervenção social, econômica e, conseqüentemente, jurídica.²

A bandeira da *liberdade humana* acobertava desejada preservação do *individualismo* do ser humano, trazia em seu espírito evidente propósito de romper com o velho regime aristocrá-

tico, em prol do desenvolvimento da classe burguesa, fato que veio a consumir-se com a derrubada da monarquia e o progressivo enriquecimento da classe insurgente (burguesia).

A máxima da *liberdade absoluta do indivíduo* passava, progressivamente, a dominar a teoria dos negócios jurídicos em geral. De modo finalístico, a lei passou a conferir tratamentos opostos aos *direitos obrigacionais* em comparação aos *direitos reais*.

No campo *obrigacional*, visando a estimular o enriquecimento daqueles que detinham o capital, a ordem jurídica tratou de conferir absoluta autonomia aos jurisdicionados, especialmente na celebração de contratos (formação e execução).

Em contrapartida, o tratamento conferido aos *direitos reais* buscava conferir proteção patrimonial máxima, por meio de uma tipologia nitidamente rígida e fechada, em prol da preservação do patrimônio da burguesia endinheirada.³ Aqui, vigia o *princípio*

1 ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 170.

2 ALVIM, *Direito processual*..., p. 170 refere que o pensamento central da obra de Rousseau, *Contrato Social*, afirmava que os homens encontrariam a felicidade diante da diminuição do Estado.

3 NETTO, Nelson Rodrigues. *Tutela jurisdicional específica*: mandamental e executiva lato sensu. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 88 apud ALVIM, Arruda. *Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós*, p. 60, nota 16). [...] “Não poucos autores observaram a diferença, sensível, entre a disciplina dos direitos obrigacionais, exercidos no campo social em que o direito conferia aos partícipes quase uma liberdade absoluta, ao que se contrapunha a disciplina dos direitos reais, sempre só existentes e formados a partir da lei, em face do princípio da legalidade, e, ainda só existentes em face de tipos rígidos e com elementos normativos exaurientes; o direito real haveria somente quando a situação concreta se enquadrasse nesse tipo, com o que se proporcionava à burguesia segurança máxima, na guarda dos seus valores.”

da legalidade, no sentido de que a proteção jurídica própria ao direito real apenas se estenderia às hipóteses que se alinhasssem perfeitamente à definição legal ditada pela ordem jurídico-positiva.⁴

Esta nítida dualidade de tratamento se fez sentir no ordenamento da imensa maioria dos países da Europa Central. Ideologicamente espelhava preocupações da classe burguesa, muito bem delineadas: o direito obrigacional *livre* se prestaria a sua expansão, o direito real *rígido*, serviria para garantir o patrimônio da classe enriquecida.

Sobre tais premissas sedimentou-se o direito da época.

Neste panorama, o Processo Civil desenvolveu-se voltado a conferir *certeza e segurança* - ao menos à classe burguesa -, pautado no dogma da *intangibilidade da vontade humana* e sob a bandeira da prevalência da vontade.

Resultado desta concepção de *liberdade plena do indivíduo e res-*

peito máximo à autonomia da vontade, nasceu incólume o entendimento de que frente ao inadimplemento das obrigações - conquanto fosse entendido como um ilícito - ao direito não era dado coagir o inadimplente ao cumprimento daquela obrigação, tal como convencionalmente se obrigara a realizar.

Neste contexto, constatava-se que o único caminho indicado para a solução do litígio seria a via indenizatória (tutela ressarcitória). Conseqüentemente, a *tutela* proporcionada à época - esta entendida como resposta ou proteção conferida pela atividade jurisdicional através do processo⁵ - jamais atingiria o cumprimento específico da obrigação (*tutela específica*), com a reprodução do resultado *in natura* da obrigação, tal como prevista no plano material.⁶

Com igual percepção, afirma Arruda Alvim:⁷ “[...] em termos práticos, o inadimplemento de tais obrigações era, sempre ‘na ordem prática’, redutível a perdas e danos, cuja

4 A *tipicidade* (princípio da legalidade) expressa no Código Civil de 2003, nada mais fez do que repetir o modelo adotado pelo Código de 1916. A previsão de rol exaustivo de direitos reais (art. 1225 do CC/2003), vedando-se a criação de novos direitos por convenção privada, é exemplo marcante deste fenômeno.

5 Conforme doutrina MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 61, tutela jurisdicional desdobra-se em mais de um significado: “[...] em uma perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido”.

6 Como *tutela específica* entenda-se aquela que visa a propiciar ao titular do direito exatamente o bem da vida por ele buscado, pois como bem afirmara Carlyle Pop “*entregar-lhe menos é favorecer o inadimplente, é conceder-lhe uma decisão inútil*”. (*Execução da obrigação de fazer*. Curitiba: Juruá, 1995, p.35).

7 ALVIM, *Direito processual...*, p. 171.

sentença condenatória era a base da tutela ressarcitória.”⁸

Percebe-se, então, que os ideais de *liberdade e autonomia da vontade*⁹ refletiam-se na inexistência de mecanismos de coerção que pudessem definitivamente influir sobre a vontade do devedor, com vistas a forçá-lo ao cumprimento específico da obrigação (convencional ou legal) descumprida.

Neste sentido, ao pensamento da época era incogitável compelir o devedor a fazer ou deixar de fazer aquilo que não estivesse disposto ou não desejasse, mesmo que anteriormente já houvesse se comprometido no plano obrigacional.

O Processo Civil *clássico* ou *tradicional* - sabidamente voltado aos ideais destacados - ao não prever instrumentos hábeis a compelir o inadimplente a cumprir com aquilo que materialmente se obrigara (noção de cumprimento específico da obrigação), ou, nas sábias palavras de Arruda Alvim,¹⁰ “*a fazer vergar essa vontade contrária ao cumprimento da obrigação*”, acabava por, inevitavelmente, conduzir o credor a contentar-se com a injusta, e muitas vezes incompatível, solução via perdas e danos.¹¹

No entender de Marcelo Lima Guerra, *verbis*:

8 Como bem notado por THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *GENESIS, Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 22, p. 741-763, out./dez. 2001: “*Na plenitude do liberalismo, então, não havia lugar para a execução específica das prestações de fazer e não fazer. Por ser intocável em sua liberdade pessoal, uma vez recalcitrante em não cumprir esse tipo de obrigação, outro caminho não restava ao credor senão conformar-se com as perdas e danos*”. Acrescenta o eminente processualista que “*àquela época o direito processual praticamente inexistia como técnica autônoma ou ciência autônoma, apresentava-se como mero apêndice do direito material.*”

9 Uma análise sobre o direito comparado bem evidencia a ausência de *mecanismos de influência*. Objetivamente, os efeitos jurídicos decorrentes do pensamento liberal se fizeram sentir profundamente no Direito francês, no Direito brasileiro, e em todos os países adeptos do sistema romano-germânico, porém não influíram sobre o ordenamento jurídico alemão, que se manteve alheio aos reflexos normativos do movimento. Lá se mantiveram presentes, até os dias atuais, mecanismos sancionatórios de *coerção* – v.g. multa diária e prisão civil –, intimamente ligados a uma noção *publicista* do processo, a qual gerava a punição de todo aquele que violasse a autoridade do Estado.

10 ALVIM, *Direito processual...*, p. 172.

11 Discorrendo sobre o obstáculo gerado pela máxima liberal da *intangibilidade da vontade humana*, enfatiza Frederico Campos que “*a regra da limitação da sanção executiva recaindo exclusivamente sobre o patrimônio do devedor impunha barreira intransponível quanto às obrigações de fazer, dependendo diretamente de um ato pessoal do devedor, este não poderia ser compelido fisicamente ao seu cumprimento.*”

As mesmas idéias que na França negaram preferência à *tutela específica*, especialmente das obrigações de fazer e de não fazer, em proteção da liberdade individual, exerceram grande influência no direito brasileiro. Segundo essa mentalidade, sendo a liberdade um valor absoluto, negava-se que a vontade do devedor fosse constrangida, de qualquer maneira, a fazer ou não fazer algo, mesmo que a tanto estivesse obrigado por contrato ou lei.¹²

Tão diminuta deveria ser a margem de intervenção estatal sobre a esfera jurídica dos particulares, que seria incompatível atribuir ao juiz poderes para a imposição de *ordens* aos jurisdicionados.

A consagração da *intangibilidade da vontade humana* como verdadeiro dogma processual, refletia a inade-

quação da utilização de qualquer instrumento de coerção sobre a conduta desrespeitosa adotada pelo inadimplente. Tal impossibilidade veio a ser consagrada pela máxima *nemo ad factum praecise cogi potest* (ninguém pode ser constrangido a fazer alguma coisa).¹³

Aprofundando a análise sobre o fenômeno, logo se percebe que o *dogma da intangibilidade* acabava por comprometer a *validade* e a própria *existência* do princípio consagrado na expressão *pacta sunt servanda*,¹⁴ diretriz máxima do direito obrigacional. A bem dizer, a não coercibilidade da vontade humana acabou por privilegiar o inadimplemento das obrigações, na medida em que ao devedor era permitido optar pelo cumprimento da obrigação ou simplesmente responder por perdas e danos (equivalente pecuniário).¹⁵

12 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 149.

13 Tradução livre. Como veremos adiante, tal princípio encontra-se desativado em relação ao cumprimento das obrigações de fazer, não fazer, e dar, por ocasião das inovações trazidas pela nova redação do art. 461 e inclusão do artigo 461-A no CPC, Leis 8.952/94 e 10.444/02, respectivamente.

14 Com extrema perspicácia Arruda Alvim aponta para tal contradição: [...] *Poder-se-á, mesmo, vislumbrar certa incompreensão em relação a um ângulo do princípio 'pacta sunt servanda', pois que, em termos práticos, admitia-se o descumprimento do contrato ou da obrigação, ainda que coubessem perdas e danos. Por outras palavras, o 'pacta sunt servanda' encontrava limite nesse entendimento da idéia e da praxis da liberdade. [...] pois, se esse princípio era tão importante, constituindo mesmo o referencial inafastável de todo o raciocínio, haver-se-ia, congruentemente, de ter dotado as ordens jurídicas de instrumentos aptos e eficientes para coarctar o inadimplemento dessas modalidades de obrigação, o que de modo geral não ocorreu.* (ALVIM, *Direito processual*... p. 172).

15 Com convicção, pode-se afirmar, que, àquele momento, a *tutela ressarcitória* era a *via geral* absoluta oferecida em proteção aos direitos lesados.

Em lúcido raciocínio, Ovídio Baptista da Silva traz a lume esta grave contradição:

A impossibilidade de execução específica das obrigações de fazer, envolvendo originariamente tanto as prestações infungíveis quanto as fungíveis, oculta uma grave contradição, relativamente a outro princípio fundamental e dominante nos sistemas jurídicos ocidentais, qual seja o da força obrigatória dos contratos, representada pela fórmula *pacta sunt servanda*. Quer dizer, a liberdade humana é intangível, mas o indivíduo poderá livremente perdê-la ao obrigarse, firmando contrato, de modo que ficará irremediavelmente vinculado ao seu cumprimento. Todavia, se a obrigação constituir-se num *facere* infungível ele somente o cumprirá *in natura* se quiser. Ao devedor – e não ao credor – caberá a escolha entre cumprir a obrigação ou indenizar perdas e danos.¹⁶

Como já afirmado, os valores liberais foram sendo gradativamente transplantados para o direito positivo dos

países ocidentais. Como genuíno precursor da positivação dos ideais liberais, veio à tona o Código francês napoleônico (*Code Napoleon*), cujo artigo 1.142 bem retratava o pensamento da época: “Toda obrigação de fazer ou não-fazer, se resolve em perdas e danos, no caso de inexecução por parte do devedor”.¹⁷

No direito brasileiro, tais reflexos foram sentidos na redação do art. 880, do Código Civil de 1916, textualmente repetido no Código Civil de 2003, em seu art. 247: “Incorre em perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.”

Como expresse na redação da norma supramencionada, nosso direito material tratou de claramente privilegiar a *tutela ressarcitória* ou *indenizatória* – em consonância aos valores pregados pelo Liberalismo – em detrimento de um esforço normativo pelo cumprimento específico (*in natura*) das obrigações.¹⁸

Com precisão, Araken de Assis aborda o fenômeno da incolumidade física no campo dos deveres:

16 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

17 Diferentemente do que se passou na Alemanha, onde os meios de coerção, inclusive a possibilidade de prisão civil, jamais deixaram de ser aplicados como instrumento de afirmação da autoridade do Estado.

18 Como se verá adiante, a evolução metodológica do processo, nos trouxe a afirmação de que o direito deve preferencialmente entregar ao credor exatamente o bem de vida por ele perseguido. Como salienta POP, Carlyle. *Execução de obrigação de fazer*. Curitiba: Juruá, 1995, p.35, “*entregar-lhe menos é favorecer o inadimplente, é conceder-lhe uma decisão inútil*”, ideologia bem estampada na redação dos arts. 461 e 461-A.

Rompendo com as tradições do direito comum, o CC de Napoleão adotou, como princípio ideológico fundamental, a incolumidade física no terreno das obrigações. Por consequência, obrigando-se a pessoa a prestar obrigação somente por ela exequível, o art. 1.142 proibiu seu constrangimento físico. É o velho adágio *nemo potest cogi ad factum*. Por conseguinte, semelhante classe de prestações não comportava execução específica, transformando-se, na hipótese de inadimplemento, na prestação substitutiva de perdas e danos. Neste mesmo sentido, o art. 880 do CC de 1917, o devedor que descumprir “obrigação a ele só imposta, ou só por ele exequível”, incorre no dever de indenizar perdas e danos.¹⁹

3. INSUFICIÊNCIA DA TUTELA GERADA PELO BINÔMIO CONHECIMENTO-EXECUÇÃO. SITUAÇÕES CARENTES DE TUTELA

A dinâmica do processo civil clássico – construído em cima dos

valores da sociedade burguesa revolucionária e que perdurou até duas ou três décadas atrás – apresentava, em sua essência, modelo processual rígido e desdobrado, compreendido pela fase de conhecimento e subsequente processo de execução.

Dentro de sua lógica estrutural, no processo de conhecimento, após exercer atividade cognitiva exauriente, conferindo às partes direito ao contraditório e aprofundada dilação probatória, ao juiz caberá puramente *declarar*²⁰ o titular do direito reclamado. Esgotados os recursos cabíveis, com o *trânsito em julgado* da ação, a decisão tornar-se-á definitiva, ressaltada a via rescisória é claro.

Os efeitos concretos da sentença condenatória – excluídas as hipóteses de sentença dotada de eficácia exclusivamente *declaratória* ou *constitutiva*^{21,22} – far-se-ia sentir somente no subsequente processo de execução. Até este momento, decorridos longos anos de espera, o

19 ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br>>

20 A carga *declaratória* da sentença, traduz mera definição sobre quem é o titular do direito controvertido, declarando a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Observa Nelson Rodrigues Netto, que “*toda a decisão judicial está impregnada de uma declaração que determina quem efetivamente possui um direito subjetivo a ser amparado. [...] emprestando certeza à relação.*” (NETTO, Nelson Rodrigues. *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva lato sensu*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 27).

21 Como eficácia constitutiva da sentença enquadram-se aqueles provimentos que, além de certa dose de declaração, por si só acabam por constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica.

22 Cabe referir que ambas as eficácias, a constitutiva e a declaratória, exauzem satisfativamente a pretensão do autor independentemente de processo de execução posterior, diferentemente do que ocorre com as ações ou sentenças preponderantemente condenatórias.

privilegiado devedor mantinha-se inerte, totalmente alheio à necessidade de dar cumprimento à obrigação que, contratual ou legalmente, estava obrigado a atender. Nisto reside o que, usualmente, se refere como *insuficiência da tutela condenatória*.

Nesta sistemática – que privilegiava a eficácia condenatória dos providimentos – dentre outros aspectos negativos, afastava do alcance do julgador qualquer mecanismo ou instrumento apto a gerar *satisfação* ao titular do direito em meio à própria fase de conhecimento.²³ Os aspectos abordados no tópico anterior assumem enorme responsabilidade por esta notável crise de ineficácia em que se encontrava o direito processual civil. A impossibilidade de influir sobre a vontade do devedor inadimplente acabava por retirar qualquer margem de *executoriedade* às decisões proferidas no processo de conhecimento.

Bem observou Nelson Rodrigues Netto, resgatando resquícios históricos do direito romano, que se tratava, na realidade, de negar força de *imperium* aos atos proferidos pelo juiz. Cabia ao magistrado somente *declarar* aquilo que estava positivado na lei (*jurisdictio*).

Em igual sentido, Arruda Alvim²⁴ realça que a realização do direito “era sempre e necessariamente sucessiva ao término da cognição, o que, como regra geral, pressupunha a ocorrência de coisa julgada”. Eis a coisa julgada, funcionando como um verdadeiro *divisor de águas* (expressão do autor), a separar as já distantes atividades de *cognição* e execução *stricto sensu*.

Evidentes, pois, a insuficiência e a falta de dinâmica da tutela gerada pelo binômio conhecimento-execução.²⁵ A via única de solução apresentada pelo modelo (perdas e danos) traduzia-se, ao fim, na injusta *substituição* do resul-

23 Aí se compreendam os *mecanismos sancionatórios*, que podem ser de *coerção* - que influenciem sobre a vontade do devedor, a exemplo da multa e a prisão civil – e de *sub-rogação* – que independem da vontade do obrigado, a exemplo da busca e apreensão, cumprimento por terceiro, entre outros – bem como *mecanismos próprios de tutela*, como a possibilidade de antecipação liminar dos seus efeitos.

24 ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 3, [s.d].

25 Barbosa Moreira destaca que “*sobremaneira insatisfatório mostra-se o mecanismo que se pode representar por meio do esquema processo de condenação + execução forçada, máxime quando se reserva, conforme sucede as mais das vezes, para o tratamento exclusivo de situações que se caracterizam pela existência de lesão já consumada.*” (MOREIRA, Barbosa. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. TEMAS de direito processual. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 22).

tado específico da obrigação pretendida pelo credor (dever contratual) ou pelo direito (dever legal) pelo *equivalente pecuniário*, relegando ao total desamparo situações externas ao âmbito patrimonial, *in casu* as obrigações de fazer, não fazer e dar.²⁶

Aliada à *incapacidade* e à *inadequação* da tutela gerada por este modelo, saltava aos olhos a inaptidão das modalidades de eficácia até aquele momento conhecidas, a saber: a declaratória, a constitutiva e a condenatória (classificação trinária das ações). A falta de *executoriedade* das sentenças condenatórias, aliada ao não reconhecimento de modalidades de eficácia capazes de conferir *satisfatividade* imediata ao direito do autor, acabavam por engessar, ou aprisionar, a prestação da tutela jurisdicional. Diante desta realidade, a solução concreta pretendida pelo autor postergava-se ao distante momento da execução da sentença.

Esta dura realidade estava na contramão de um ideal de resposta jurisdicional *útil e eficaz* buscado pelos processualistas modernos. Para estes,

o escopo da ciência convergia finalisticamente em conferir *instrumentalidade* ao processo.²⁷

A inaptidão da ação condenatória, especialmente em relação às demandas que exigissem um *provimento de repercussão física* (obrigações de fazer, não fazer e dar), foi um dos principais aspectos responsáveis pela falência do modelo processual clássico.²⁸

Oportunas as conclusões de Arruda Alvim:

a) havia separação e alheamento do processo em relação a situações específicas de direito material, o que vale dizer que o grande número de conflitos de interesses haveria de ser necessariamente acomodado dentro do processo tradicional ou clássico, independentemente das peculiaridades de alguns desses conflitos, que poderiam justificadamente exigir uma proteção processual maior; b) disso decorria a marginalização absoluta das chamadas *tutelas diferenciadas*; c) à classificação trina das ações/sentenças, obstáculo à tutela diferenciada, atribuía-se a tarefa

26 Méritos para José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42).

27 O sentido da *instrumentalidade* do processo, se aproxima da percepção deste não como um fim em si mesmo, mas meio de alcançar-se um fim, através de uma tutela útil e efetiva. A respeito, José Eduardo Carreira Alvim (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003).

28 Situação que veio a refletir-se negativamente na própria afirmação e legitimidade do Poder Judiciário, na medida em que não mais correspondia aos anseios da coletividade.

exauriente de resolver a contento todos os conflitos de interesse; d) à tutela condenatória não se reconhecia aptidão para ordenar *eficazmente* um fazer ou um não fazer, e a tutela mandamental era praticamente desconhecida; f) a matriz da tutela ressarcitória é expressada pelo art. 1.142 do Código Civil francês, em que está disposto que “*toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor*”, claramente inspirado na máxima *nemo ad factum potest cogi*; f) com a tutela ressarcitória está implicado um pensamento distanciado do direito material.²⁹

Dentre outras carências, formava-se a convicção de que a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória, não eram aptas a gerar o desejado *cumprimento específico das obrigações*, especialmente àquelas que exigissem provimentos de atuação concreta (deveres de dar, fazer e não fazer), de caráter não pecuniário.

Em relação às sentenças condenatórias, elas tão-somente viabilizavam

o ajuizamento do processo de execução forçada,³⁰ desenvolvendo, pois, função meramente processual de *preparação* a outro procedimento.³¹

Conforme explica Eduardo Talamini, “a incompleteza da proteção gerada pela sentença condenatória reside na exigência de que aqueles atos materiais (de concreção da tutela) ocorram em outro processo”.³²

Por essas coordenadas, conclui-se que a *insuficiência* da tutela gerada pelas ações condenatórias residia justamente no fato de que, diferentemente do que ocorre com as modalidades auto-executivas de eficácias (declaratória e constitutiva), esgotam-se sem a *efetivação do resultado prático* pretendido, remetendo o credor, em caso de recalcitrância do devedor, a processo subsequente de igual ou maior complexidade.

A tutela gerada pela eficácia condenatória mostra-se ainda mais insuficiente e inadequada quando direcionada à tutela dos deveres infungíveis (i), de não fazer (ii), e ou preventivos de ilícito³³ (iii), hipóteses

29 ALVIM, *Direito processual...*, p. 165.

30 Entenda-se como *forçada* toda aquela execução voltada a obter o resultado pretendido através de mecanismos *sub-rogatórios* – os quais independem da vontade do devedor obrigado para a sua efetivação.

31 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: e a sua extensão aos deveres de entregar coisa (CPC arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 189.

32 Ibidem.

33 Tutela Inibitória, na linguagem adotada por MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998 e SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*: a ação preventiva prevista pelo art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

enquadráveis como *situações carentes de tutela*.

4. PROCESSO CIVIL MODERNO. SURGIMENTO DA TUTELA EX ARTIGO 461

Desde muito, os processualistas se preocupam com o problema da *efetividade do processo*.

Ainda na metade do Séc. XIX, quando do surgimento do Código Italiano de 1865, com base na constatação de elementos comuns às modalidades típicas de tutela cautelar então reconhecidas, Chiovenda – revelando o avanço do seu pensamento em relação aos parâmetros da época – já pugnava, ou melhor, profetizava o reconhecimento de um *poder geral de cautela*. Atento estava, pois, à necessidade de conferir-se maior efetividade ao processo

Para ele (Chiovenda), estando suficientemente demonstrado, em juízo de aparência, a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, seria viável a concessão da tutela cautelar àquela situação concreta, mesmo que processualmente não se adequasse às modalidades típicas previstas pelo legislador.

Em última análise, o pensamento Chiovendiano – apenas exemplificado na forma acima – primava por conferir

maior *efetividade* ao processo, de forma com que o sistema processual conferisse àquele que tem razão e na medida máxima possível, uma situação equivalente àquela que adviria do cumprimento normal e tempestivo da obrigação.

Ao admirável sentir do mestre Giuseppe Chiovenda, *Il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*.³⁴

Aproximadamente a partir da metade do Séc. XX, percebeu-se que o processo não poderia desenvolver-se através de mecanismos estanques de tutela, alheios à complexidade do mundo moderno, e principalmente às normas previstas pelo direito material.

Percebeu-se que, muito embora representassem disciplinas autônomas do ponto de vista estrutural, *direito e processo* deveriam estar intimamente ligadas de forma a conferir efetividade à prestação da tutela, “de maneira que nenhum dos dois segmentos possa ser visualizado isoladamente, se não como aspectos indissociáveis de uma única realidade normativa.”³⁵

A *instrumentalidade* como fase científico-dogmática do processo, ganha peso e força como diretriz delineadora de toda a atividade processual. Percebeu-se que o processo jamais poderá ser entendido como *um fim em*

34 Tradução livre: O processo deve dar no que é possível, a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter. Célebre reflexão do autor.

35 THEODORO JÚNIOR, Tutela específica..., p. 741-763.

si mesmo, mas um meio de alcançar-se um fim desejado, qual seja: a pacificação do conflito por meio de uma solução mais justa, útil, eficiente, célere e econômica possível.³⁶

Como bem afirmam Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier:

A instrumentalidade, como ‘marca’ do processo, leva a que dele se espere resultado absolutamente compatível com o objetivo perseguido pela parte que vai à juízo. Resultado diverso, isto é, que não respeite a máxima (Chiovendiana) de que o processo deve proporcionar à parte exatamente aquilo que ela obterá se do processo não necessitasse, determinaria a frustração do sistema.³⁷ (parênteses nosso).

Sob esta nova ótica processual, a garantia universal do *acesso à justiça*, como anotam Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, passou a ser agora compreendida como “direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, ou seja, direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema.”³⁸

Para compreender-se a exata dimensão em que deve ser entendido o *princípio universal do acesso à justiça*, tal como retratado nas lições de Cappelletti e Danti,³⁹ nunca é demais referir as sábias palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “acesso à justiça equivale à obtenção de resultados

36 Vale fazer algumas observações em relação ao direito norte-americano. A dualidade de regimes jurídicos, própria do direito inglês (*courts of common law* e *courts of equity*), não vinha refletida no direito norte-americano que possuía um único conjunto normativo, o *Federal Rules of Civil Procedure* (“FRCP”). A concepção instrumentalista do processo, já vinha bem retratada logo no artigo 1º desta Lei, que representava o código processual civil federal norte-americano: “as normas devem ser interpretadas e aplicadas para assegurar a justa, rápida e barata resolução de qualquer ação”. Como bem salienta, Nelson Rodrigues Netto, “é extremado o relevo em que é colocada a função instrumental do processo no âmbito do direito norte-americano, cujos procedimentos bastante aderentes ao direito substancial, procuram obter o máximo rendimento do processo para a consecução de um resultado útil e prático.”

37 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 814, p. 63-70, 2003.

38 Ibidem.

39 O conceito de *acesso à justiça* sob o ponto de vista processual e não meramente material (de ajuizar uma ação), como geralmente divulgado, deve-se a dois pensadores italianos, Mauro Cappelletti e Vottorio Denti. Ao sentir dos renomados doutrinadores, o sistema processual deveria, além de acessível a todos (sentido material), produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos (sentido processual).

justos.[...] Não tem acesso à justiça aquele que pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem.”⁴⁰

Por tal prisma, não proporcionar um provimento antecipado à parte que aparentemente apresenta melhor direito (não concessão da tutela antecipada), ou conferir a esta resultado diferente daquele que realmente pretendia, representaria “*negar acesso, ou, não proporcionar o adequado acesso à justiça*”.⁴¹

Como magistralmente definem os citados autores:

Os anseios universais por sistemas processuais que garantam o efetivo acesso à justiça são hoje as grandes diretrizes da conduta legislativa e dos esforços da doutrina e da jurisprudência. Está superada e completamente afastada a noção de que a antiga tutela formal dos direitos seria resultado satisfatório da atividade da jurisdição. Para que essa atividade estatal se realize em plenitude (vale dizer, para que o Estado-Juiz cumpra seu papel na sociedade), é necessário que ao seu resultado formal se acrescente a aptidão para produzirem-se efeitos práticos, em tempo hábil. Ao

contrário, isto é, sem que possa promover um processo efetivo, haverá o rompimento da garantia constitucional do acesso à justiça, pois o direito ao processo quer dizer, nada mais, nada menos, que direito a um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos.⁴²

À luz destes novos valores e princípios, em razão da crescente demora na prestação da tutela jurisdicional, como entende Donaldo Armelim⁴³ – ou talvez muito mais pela conseqüente *inutilidade* gerada por um provimento tardio – impôs-se, aos operadores do direito em geral, o desafio de munir o processo de técnicas que erradicassem, ou ao menos atenuassem, a crise de *ineficácia* do sistema processual, tal como posto.

Sob outro prisma, acreditam alguns⁴⁴ que a possível solução para a problemática da ineficácia do processo judicial não escape de um esforço crescente pela eleição – especialmente pelo legislador - de *tutelas jurisdicionais diferenciadas*.

Segundo doutrina Arruda Alvim,⁴⁵ a *tutela jurisdicional diferenciada* deverá ser buscada toda a vez que se

40 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37.

41 ALVIM, Tutela específica..., p.5).

42 WAMBIER; WAMBIER, Anotações..., p. 63-70.

43 ARMELIM, Donaldo. *Tutela jurisdicional diferenciada: o processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 45.

44 Donaldo Armelim, José Roberto dos Santos, Nelson Rodrigues Netto.

45 ALVIM, Obrigações..., p. 33.

estiver diante de determinada situação de direito material *valorizada* pela sociedade, que por não possuir guarida ou proteção suficiente dentro do modelo tradicional do processo deve ser *privilegiada* pelo legislador, seja no âmbito material, como veio a ocorrer com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, seja através de técnica processual inovadora que confira maior proteção à situação tutelanda.

As *tutelas jurisdicionais diferenciadas* passaram a bem ilustrar uma moderna visão do processo como sendo um *instrumento de resultados*, onde o dever maior da jurisdição vincula-se à preocupação da *efetividade*, ou seja, na obtenção de resultados práticos que correspondam à solução mais justa do conflito.

Sob outro enfoque, o Direito viu-se obrigado a preocupar-se com uma nova gama de bens jurídicos que passaram a ganhar relevância no contexto social, sejam eles: o meio ambiente, o consumidor, a ordem econômica, a cultura, passaram a ser entendidos como bens de interesse social, na medida em que transcendem àqueles que justificariam apenas uma proteção individual. Tais bens, estavam ainda desprotegidos, ou mesmo fora do alcance da ordem jurídica vigente.

A ciência jurídica viu-se então forçada a disciplinar novas técnicas, voltadas a conferir proteção a estes

novos valores surgidos do seio social. Como bem retrata Arruda Alvim: “Uma renovada valoração do direito material exigiu um aparato processual diferenciado, preordenado a proteger mais eficientemente tais bens.”⁴⁶

Neste particular, duas realidades recentes do nosso ordenamento jurídico nasceram, desde o início, privilegiadas por uma tutela que primava pelo cumprimento específico das obrigações: é o caso do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n.º 8.078/80) e da Lei da Ação Pública – LACP (Lei n.º 7.347/85).

Vale dizer que tanto o Código de Defesa do Consumidor como a Lei da Ação Civil Pública já primavam normativamente pelo cumprimento específico das obrigações, inclusive sob a ameaça de *multa*.

Neste cenário, por ocasião do primeiro movimento reformista do vigente Código de Processo (Lei n.º 5.896/1973), com redação dada pela Lei n.º 8.952/1994, fomos então brindados com a tutela *ex art. 461* do CPC (via geral de tutela específica).

Tal técnica dotou o juiz de instrumentos capazes de gerar o adimplemento “precisamente como fora pactuado”, de forma a que “o resultado jurisdicional seja igual ou o mais próximo possível do adimplemento se este houvesse ocorrido tempestivamente.”⁴⁷

46 ALVIM, *Direito processual...*, p. 175.

47 Ibidem, p. 169.

Valendo-se de todo este aparato – medidas coercitivas sub-rogatórias exemplificativamente previstas pelo § 5º; multa periódica coercitiva (§ 4º), emprego de força policial, dentre outros mecanismos – ao juiz caberá constanger, eficazmente, o devedor para o *cumprimento específico* da obrigação a que estava comprometido, seja ela decorrente de lei ou de contrato.

De forma didática, Nelson Rodrigues Netto define a *tutela específica* como sendo “o conjunto de remédios jurisdicionais tendentes a proporcionar, dentro do praticamente possível, ao titular de um direito exatamente aquela fruição que ele teria caso não tivesse havido a violação do seu direito.”⁴⁸

A inovação processual trazida pelos arts. 461 e 461-A, veio mostrar que nova exigência processual não mais se ajustava à rígida estrutura anterior, que impunha ao credor contentar-se com a tardia e injusta *conversão* em perdas e danos (tutela indenizatória).

Por fim, a retratar a visão científico-dogmática que aqui se pretendeu demonstrar, vale a lição de Humberto Theodoro Júnior, *ipsis verbis*:

Tudo isto é muito importante para ter-se uma visão moderna do entrelaçamento profundo e indissociável que há entre direito e processo, e para compreender como é

decisivo o enfoque do direito processual moderno sobre a instrumentalidade e efetividade da prestação jurisdicional. Foi nesse ambiente que se desenvolveu a política legislativa das tutelas diferenciadas, com o nítido propósito de adequar os procedimentos às necessidades de situações particulares do direito material e propiciar meios mais eficientes de tutela.⁴⁹ (destaque nosso)

5. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TUTELA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO-FAZER E DAR

Conforme já destacado, os valores axiológicos ligados ao pensamento liberal, em especial aqueles que acabaram por consagrar o dogma da *intangibilidade da vontade humana*, foram amplamente referendados pelo ordenamento positivo brasileiro. Esta circunstância acabou por afastar a previsão de qualquer procedimento ou técnica processual capaz de compelir o devedor ao cumprimento específico da obrigação.

Rompendo sutilmente com esta perspectiva, o Código de Processo de 1939 previu ação que competia a quem de direito pudesse “exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo”,⁵⁰ ação esta denominada *cominatória*.

48 NETTO, Tutela jurisdicional..., p. 166.

49 THEODORO JÚNIOR, Tutela específica..., p. 741-763.

50 Art. 302, inciso XII, do CPC de 1939.

Todavia, a mencionada inovação possuía diminuta utilidade. Muito embora representasse a enunciação de um preceito com vistas a dar cumprimento a uma obrigação de fazer, tal cominação era dotada apenas de eficácia condenatória, circunstância que prejudicava a satisfatividade da medida, dada a necessidade da prévia formação de título judicial para posterior execução, passado o trânsito em julgado da ação.

Inovação relevante trazida pelo Código de 1939, era a possibilidade da cominação de multa para o caso de descumprimento da obrigação fixada em sentença cominatória (art. 302). Tal sanção destinava-se a compelir o devedor à prática ou abstenção de determinado ato (art. 999),⁵¹ mesmo que de natureza infungível, *ex vi* art. 1000.⁵²

Ao que tudo indica, o instrumental colocado à disposição, na época, já possibilitaria mecanismo efetivo de pressão sobre o devedor. No entanto, a mentalidade então dominante - presa aos comandos do direito material vigente, o qual apontava no sentido de

que todo inadimplemento deveria resolver-se em perdas e danos (art. 880 do Código Civil de 1916) – não permitia aos operadores enxergar a natureza mandamental coercitiva do referido preceito (ordem direta sob pena de sanção).⁵³ Por tal razão, seguiam orientação de que a multa possuía natureza indenizatória, valendo como cláusula penal compensatória. Por não esclarecer a que finalidade se prestava – se *coercitiva* ou *indenizatória* – o código de 1939 também contribuiu para que os doutrinadores da época a relegassem à condição de parcela indenizatória, a ser deduzida do valor final fixado a título de perdas e danos.

Com o advento do Código de 1973, a ação cominatória deixou de figurar entre os procedimentos especiais previstos no sistema. Neste peculiar, os artigos 287 e 645, este último referente ao processo de execução, estabeleciam que:

Art. 287. Se o credor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser

51 Art. 999. Se o executado não prestar o serviço, não praticar o ato ou dele não se abster no prazo marcado, o exequente poderá requerer o pagamento da multa ou das perdas e danos, prosseguindo a execução nos termos estabelecidos para a de pagamento de quantia em dinheiro líquida, ou ilíquida, conforme o caso.

52 Art. 1005. Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação.

53 Conforme observa Araken de Assis, “*de fato e na prática, o mecanismo se desfigurou, porquanto o órgão judiciário, raramente, cominava a pena pecuniária. É provável que tivessem os juízes em mente o princípio enraizado no art. 880 do CC de 1917. (ASSIS, O contempt of court...)*”.

realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (art. 644 e 645).

Art. 645. Na execução de obrigação de fazer e não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa diária por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

A redação dos citados artigos já apontava que as cominações neles previstas em nada se confundiam com o ressarcimento ao credor dos prejuízos gerados pelo inadimplemento, visto que, com este, não mais haveriam de confundir-se. Neste sentido, se o artigo 287 estivesse se referindo ao ressarcimento, sua redação não expressaria literalmente, *cominação de pena para o descumprimento da sentença* (natureza processual coercitiva), mas sim a *cominação de pena pelo descumprimento da obrigação* (natureza material indenizatória).

Todavia, ainda presa à exegese histórica, bem como à literalidade da legislação material então vigente (art. 880 do CC), parcela da doutrina teimou em atribuir caráter *indenizatório* às sanções previstas. Tal exegese, pode-se convir, esvaziaria a parca eficácia

da multa então prevista, pois além de tardia, compensar-se-ia com o valor fixado a título de perdas e danos.

Felizmente, a despeito de respeitadas vozes, preponderou na doutrina o entendimento de que a multa diária prevista em tais dispositivos possuía natureza preponderantemente *processual coercitiva*, viabilizando, desta forma, a sua cumulação com a quantia posteriormente arbitrada a título de perdas e danos.

Por expressa previsão legal, porém, a multa ficava condicionada a *pedido expreso do autor*, assim como a sua fixação ocorreria apenas quando da prolação da sentença, uma vez que ainda não havia a possibilidade de antecipar os efeitos da sentença (art. 273).⁵⁴ A insuficiência da técnica disponibilizada pelo regime original do CPC de 1973, conforme destaca Araken de Assis, revelava, ao menos, dois defeitos expressivos:

Em primeiro lugar, o emprego da pena pecuniária vinculava-se à previa condenação do obrigado, e, portanto, a execução baseava-se, exclusivamente, em título judicial; ademais, não cabia ao juiz da execução alterar o valor posto na sentença, aumentando-o ou reduzindo-o, conforme as circunstâncias.⁵⁵

54 Vale referir preciosa lição de Barbosa Moreira: “*Cabe lamentar que o vigente Código, em vez de reagir contra a deturpação (aplicação liminar da multa), restaurando em sua dignidade a ação cominatória, se haja dobrado a essa funesta orientação, tornando certo, no art. 287, que a pena pecuniária só era devida no caso de descumprimento da sentença.*” (MOREIRA, Tutela..., p. 21-29).

55 ALVIM, *O contempt of court...*

Saltava aos olhos a obsolescência da técnica disponibilizada pela primitiva redação do art. 287.⁵⁶ Neste peculiar, também apropriada a doutrina de Joel Dias Figueira Júnior:

Basta fazer uma leitura do dispositivo em questão para se verificar, sem maiores problemas, que a técnica de coerção utilizada (multa pecuniária) somente teria incidência após a prolação da sentença, mediante a constatação do seu descumprimento, ocasião em que o título judicial haveria ainda de ser executado nos moldes do Livro II, Título II, Capítulo III do CPC (arts. 632 e segs.).

Ora a efetividade, a praticidade, e a satisfatividade buscadas pelo autor, através das demandas cominatórias (...), frustravam-se por completo, tendo em vista ancorar-se em processo que jamais admitiu a subversão da ordem do juízo privado por intermédio de qualquer espécie de técnica de tutela antecipatória incidental provisional (...).⁵⁷

Para ilustrar a ineficácia deste modelo, tomemos como exemplo uma demanda ajuizada com base no art. 287 (ação cominatória), em que o autor pretendesse ver reconhecida a obri-

gação da empresa jornalística (ré) em abster-se de divulgar determinada matéria, entendida como deturpadora da imagem da parte autora, requerendo-se ao juiz a fixação de multa diária para a hipótese de descumprimento. Como inexistente a possibilidade de antecipação dos efeitos da sentença, é evidente que a proteção oferecida já terá perdido a sua *utilidade* ao tempo da prolação da sentença. Com efeito, ao momento em que finalmente estivesse reconhecido o direito do autor (prolação da sentença), com a imposição de multa somente exigível após o trânsito em julgado, a imagem da autora já fora desde muito denegrida com a veiculação do material que, inutilmente, se tentara evitar.

Diante deste quadro, resta-nos concordar com a lamentável realidade traçada por Joel Dias Figueira Júnior: “percebe-se que para coisa alguma servia a técnica definida no art. 287, no tocante à efetividade do processo, tendo-se em conta que frustrava por completo a satisfação perseguida pelo autor.”⁵⁸

À vista deste cenário, após a promulgação do CPC de 1973, viu-se

56 Em breve aparte, vale referir que naquele momento, a ausência de uma tutela que atuasse *preventivamente* à ocorrência do ilícito, protegendo de modo inibitório o direito material do autor – não somente pretendendo assegurar a eficácia do processo principal – dentre outros motivos, foi determinante para a utilização deturpada da tutela cautelar.

57 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC*: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 156-157.

58 Ibidem, p. 157.

a formação de movimento reformador,⁵⁹ com objetivos bem definidos, no sentido de identificar e conter os focos de retardamento na prestação da tutela jurisdicional através de mini-reformas, sem contudo gerar grandes alterações na sistemática processual já codificada. Tal movimento, dentre outras inovações pontuais, veio a consagrar, no art. 461 do CPC, o primado pelo cumprimento específico das obrigações.

Seguiu-se um segundo movimento reformador, sentido no ano de 2002, intitulado doutrinariamente como *A reforma da reforma*. Aquém das chamadas mini-reformas apresentadas

pelo movimento anterior, provocou alterações pontuais em questões sensíveis do ordenamento. Como bem retrata Cândido Rangel Dinamarco,⁶⁰ o espírito das reformas era mesmo o de aperfeiçoar o código no sentido de remover óbices à ampla realização do *acesso à justiça*.⁶¹ Dentre outras inovações, houve um grande esforço para dotar o sistema de medidas capazes de, mesmo que por técnicas diversas, produzir “a mesma relação jurídica final (resultado) que ao credor era lícito esperar.”⁶²

Era então instituída a tutela do art. 461,⁶³ ponto de relevo da reforma, a

59 Nominado pelos doutrinadores em geral como *a reforma do processo civil*, o primeiro movimento reformista foi composto por comissão revisora presidida pelo Min. Sálvio de Sá Figueiredo (STF), e integrada por estudiosos de notável saber jurídico, entre estes: Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Humberto Theodoro Júnior e José Eduardo Carreira Alvim.

60 Em sua obra *A Reforma da Reforma*, Dinamarco afirma que “o movimento reformador trouxe a bandeira da efetividade do processo e condiz com o método que privilegia o consumidor dos serviços judiciais, num processo civil de resultados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36).

61 No entender do ilustre processualista “*não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue ser ouvido em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem.*” Id. *ibid.*, p. 37.

62 *Ibidem* p. 221.

63 Necessário esclarecer que anteriormente à consagração da *tutela específica* como *via geral* de solução apresentada pelo Código de Processo Civil (art. 461 do CPC), em proteção aos novos interesses coletivos surgidos na esfera social (Estado Social), justamente por representarem bens intangíveis e de caráter não patrimonial, nosso ordenamento processual já os havia presenteado com modalidades próprias de tutela específica. Cronologicamente, o primeiro passo neste sentido foi dado pela Lei da Ação Civil Pública, promulgada em 11 de julho de 1985. Em seguida, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), em seu artigo 84, veio a também consagrar modalidade especial de tutela específica, naturalmente voltada às relações consumeiristas. Em momento ainda anterior a alteração sentida no CPC, os artigos 213 e 62 do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei Antitruste, respectivamente, da mesma forma vieram a priorizar o cumprimento específico das obrigações que dispõem.

seguir textualmente reproduzida, já com as alterações introduzidas pela Lei n.º 10.444/02.⁶⁴

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei n.º 8.952/94).

§ 1º A obrigação somente será revertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 8.952/94).

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 8.952/94).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 8.952/94).

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença,

impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente e compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 8.952/94).

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei n.º 10.444/02).

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 10.444/02).

Resumidamente, pode-se ressaltar os principais aspectos e inovações geradas pela nova técnica de tutela:

a) a consagração de modelo *sincrético* de ação, por dispensar a necessidade de instauração de processo subsequente de execução para a efetivação do comando sentencial;

64 Especificamente, as modificações geradas pela Lei n.º 10.444/02 inovaram no sentido de incluir expressamente a multa coercitiva ao rol das medidas exemplificadas no § 5º, bem como por acrescentar o § 6º na redação do art. 461.

b) tutela jurisdicional que privilegia a obtenção do *resultado específico* da obrigação, seja pelo *cumprimento específico*, seja através do *resultado prático equivalente*;

c) autorização para a utilização de mecanismos sancionatórios coercitivos, com vistas a reforçar a *executoriedade* dos provimentos ex art. 461;

d) cominação de multa processual coercitiva, alterável em sua periodicidade e valor caso venha a revelar-se inadequada ou insuficiente;

e) imposição de mecanismos executivos de sub-rogação, gerados através da aplicação de medidas capazes de reproduzir o resultado específico da obrigação, independentemente da vontade do réu;

f) antecipação dos efeitos da sentença (*tutela antecipada específica*), visando a preservar a utilidade da prestação jurisdicional específica (§ 3º, art. 461 c/c art. 273), cumulável com a aplicação de mecanismos coercitivos e sub-rogatórios para a efetivação da decisão;

g) subsidiariedade da solução indenizatória (tutela ressarcitória), reservada às hipóteses de simples opção pelo credor e em casos de *impossibilidade* da reprodução do resultado específico ou prático equivalente da obrigação.

Este novo ferramental passou a contemplar técnicas distintas, com o propósito de dobrar a recalcitrância do

devedor, ao prever: (i) mecanismos coercitivos ou de pressão psicológica; (ii) e mecanismos de sanção sub-rogatórios.⁶⁵

Uma vez implantada esta nova modalidade de tutela, sentiu-se necessidade de estendê-la às obrigações de entregar coisa (dar), alteração ocorrida com a 2ª fase da Reforma (Lei n.º 10.444/02), nestes exatos moldes:

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Artigo acrescentado pela Lei n.º 10.444/02).

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

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

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

65 Vale referir, conforme lição de DINAMARCO, *A reforma...*, p. 224 que historicamente “o primeiro e mais civilizado entre todos os modos de executar uma obrigação é o adimplemento”. [...] “Caracterizado o inadimplemento é que se ativam os meios processuais destinados a propiciar ao credor os bens ou situações a que ele tem direito”.

Sob outro aspecto, cabe também ressaltar que, com o advento da tutela *ex art. 461* estabeleceu-se flagrante dualidade de regimes visando ao cumprimento das obrigações, visto que permaneceram vigentes as normas próprias voltadas ao processo de execução, estas trazidas pelos artigos 632-638 (execução das obrigações de fazer), artigos 644/645 (execução das obrigações de não fazer), e artigos 621-631 (execução para entrega da coisa certa e incerta).

Todavia, deve-se afastar, desde logo, o aparente conflito existente entre tais modalidades de tutela. Do contrário, convivem em plena harmonia.

A este respeito, esclareça-se que, quando em jogo prestações de *fazer*, *não fazer* ou de *entregar coisa*, as normas do processo executivo têm aplicabilidade somente em relação às obrigações representadas por títulos executivos extrajudiciais. O regime implantado pelo art. 461 atraiu para si a efetivação das obrigações oriundas de título judicial, reconhecidas por sentença ou decisão interlocutória (concessiva de antecipação de tutela), conforme definitivamente esclarecido pelos arts. 644⁶⁶ e 621 do CPC (redação dada Lei 10.444/02).⁶⁷ Exceção deve ser feita, é claro, em

relação às obrigações genuinamente pecuniárias, estas ainda regidas pelo Capítulo IV, Título II, Livro II, do Diploma Processual Civil (*Da execução por quantia certa contra devedor solvente*).

Dentre outros aspectos, a tutela *ex art. 461* representou grande avanço por eliminar a possibilidade de oposição de embargos à execução, via paralela ordinária que implicava em suspensão do processo de execução e, conseqüentemente, da concessão da tutela desejada.

Sob um enfoque geral, o modelo rígido de separação entre conhecimento e execução, restringe-se agora aos deveres de pagamento de quantia.

6. CONCLUSÕES

A tutela específica dos deveres de fazer, não fazer e entregar coisa, disciplinada pelos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, indubitavelmente representa uma das inovações mais ousadas surgidas com a reforma do Diploma Processual. Os inúmeros institutos de que trata – criando-os ou recriando-os em face da tradicional acepção que usualmente lhes era atribuída – e a quebra de um verdadeiro paradigma enraizado nos ideais

66 Art. 644. A sentença relativa à obrigação de fazer e não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste capítulo.

67 A nova redação do artigo 644 veio por colocar verdadeira ‘pá de cal’ sobre a controvérsia que girava em torno da efetivação dos provimentos *ex art. 461*. A consolidação deste entendimento acabou por extirpar os títulos judiciais da competência do processo executivo, exceto em relação às obrigações de natureza pecuniária.

que ensejaram a Revolução Francesa, representam alguns dos motivos primordiais que nos incentivaram à realização deste trabalho.

Como se pode verificar, a *tutela específica dos deveres* acabou por ser introduzida em nosso ordenamento como manifestação de repúdio às posições jurídico-dogmáticas do Século XIX, impregnadas por valores de raízes liberais.

O destaque conferido ao princípio da *intangibilidade da vontade humana*, acabou por afastar do Poder Judiciário a possibilidade de penetrar na autonomia da vontade dos jurisdicionados. O dogma da intangibilidade, traduzido pela máxima *nemo ad factum praecise cogi potest*, acabava por privilegiar a prática do ilícito, relegando o devedor à única alternativa de tutela possível, até aquele momento: o ressarcimento por perdas e danos.

A ausência de mecanismos processuais aptos a conferir efetividade a sentença condenatória, bem como a complexidade, morosidade e falta de imperatividade própria ao processo executivo, evidenciavam a necessidade de criar-se um procedimento apto a dar resposta judicial satisfatória, que não a mera indenização pelos danos sofridos.

A afastar uma visão excessivamente dogmática do processo, aproximando-o a uma funcionalidade essencialmente instrumental, acabou-se por desencadear uma busca desen-

freada para conferir maior *efetividade* ao processo. A falta de *utilidade*, passou a ser encarada como um dos grandes vilões responsáveis pelo descrédito do Poder Judiciário. Ao credor era reservada a tutela do ressarcimento, em detrimento da reprodução de um resultado específico por este desejado, porém ainda não privilegiado pela ordem jurídica.

À vista destes fatores, não mais se divergia que a resposta gerada pelo binômio conhecimento-execução já não mais atendia aos anseios da coletividade.

Na esteira dessas reflexões, a tutela proporcionada pelo artigo 461, surge como inovação positiva, refletindo uma nova realidade que não mais se acomoda à estrutura anacrônica anterior, responsável pela divisão absoluta entre conhecimento-execução – fracionamento este somente existente no plano abstrato das idéias, como bem salienta Tereza Arruda Alvim Wambier.⁶⁸

Hoje, uma das principais tônicas dos processualistas, ditos modernos, consiste em romper com a idéia – já ultrapassada – da separação estanque e absoluta entre condenação (processo de conhecimento) e posterior execução, em processo autônomo subsequente (processo de execução). Evolui-se para um modelo *sincrético* de ação, a cumular tais atividades em um único expediente.

68 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 9.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 3, [s.d].
- ARMELIM, Donaldo. *Tutela jurisdicional diferenciada: o processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
- ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br>>
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC : Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. TEMAS de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NETTO, Nelson Rodrigues. *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva lato sensu*. Rio de Janeiro : Forense, 2002.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista pelo art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e a sua extensão aos deveres de entregar coisa (CPC arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *GENESIS*, Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 22, p. 741-763, out./dez. 2001.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 814, p. 63-70, 2003.