



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A execução das obrigações de fazer e não-fazer

Letícia Ausier Bentes

Rio de Janeiro
2009

LETÍCIA AUSIER BENTES

A execução das obrigações de fazer e não-fazer

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal etc.

Rio de Janeiro
2009

A EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO-FAZER

Letícia Ausier Bentes

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: A execução das obrigações de fazer e não fazer recebeu alteração inovadora com a introdução do artigo 461 do Código de Processo Civil. A efetivação dessas obrigações passou a ser feita por meio de fase processual complementar ao processo de conhecimento, dispensando-se o processo de execução autônomo, acima de tudo moroso. Também foram postos à disposição do juiz uma série de meios, de sub-rogação e coativos, extremamente eficazes na efetivação de suas decisões. O presente trabalho objetiva o estudo desta alteração, pela análise do instituto e do regramento processual trazido pelo referido dispositivo, com a definição de seus contornos e o enfrentamento das controvérsias a respeito do tema.

Palavras-chave: Execução das obrigações de fazer e não fazer. Processo de execução autônomo. Sincretismo. Prestação jurisdicional efetiva.

Sumário: Introdução. 1. Breve histórico. 2. As obrigações de fazer e não fazer. 3. A execução das obrigações de fazer e não fazer. 3.1. A ineficácia do sistema típico de execução. 3.2. A execução *ex* artigo 461. 3.3. A ruptura de dogma. 3.4. A conversão em perdas e danos. 3.5. Medidas Sub-rogatórias. 3.6. Medidas Coativas. 3.6.1. A multa pecuniária. 3.6.2. Medidas coativas atípicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da execução das obrigações de fazer e não fazer, positivada no artigo 461 do Código de Processo Civil.

Tradicionalmente, a tutela executiva era prestada por meio de processo de execução autônomo, iniciado somente após cognição exauriente, que culminava em uma sentença condenatória no processo de conhecimento. O binômio processo de conhecimento-processo de execução decorre das idéias libertárias do Estado Liberal Clássico, nitidamente influenciado pela Revolução Francesa, cuja preocupação com a arbitrariedade judicial chegou a retirar do juiz o seu poder de *imperium*.

Porém, a transição para um Estado Democrático de Direito ensejou uma nova concepção de direitos, notadamente no que se refere aos direitos sociais. A partir de então, fez-se sentir a necessidade de mudança na prestação jurisdicional, para que fosse efetiva e, por conseguinte, justa.

A primeira reforma processual inovou a tutela executiva das obrigações de fazer e não fazer, por meio da introdução do artigo 461, dotado de meios capazes de garantir celeridade e eficácia ao processo, consagrando-se uma das principais criações legislativas destinadas à obtenção de uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

O citado dispositivo permite a prática de atos executivos pelo juiz, ainda na fase cognitiva, autorizando o emprego de medidas de coerção indireta, como a multa pecuniária e, também, de sub-rogação, tais como busca e apreensão, desfazimento de obras e impedimento de atividades nocivas, sempre que necessárias à antecipação da tutela específica, propiciando a rápida entrega da prestação jurisdicional, tendo em vista que, muitas vezes, não se pode esperar por toda a duração do processo.

Em salutar inovação, dispensou-se a instauração de processo executivo autônomo no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer constantes de título judicial, que só será aplicado subsidiariamente, extirpando-se, assim, um dos principais males à prestação jurisdicional, tendo em vista ser moroso e complexo.

Além dos mecanismos postos à disposição para a consecução da tutela específica, autoriza-se que o juiz imponha medidas inominadas que entenda mais adequadas a esse fim. Com isso, pode o magistrado sanar as lacunas deixadas no sistema processual pelo legislador que, obviamente, não pôde prever todas as situações de direito material que se afigurariam.

O presente escrito pretende analisar a sistemática da execução das obrigações de fazer e não fazer, desde suas origens até os tempos atuais, percorrendo suas transformações, para entender o que hoje representa o instituto, determinando seus contornos, observando as controvérsias ainda existentes e, principalmente, objetivando demonstrar a fundamental importância do instituto para a obtenção da garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva.

O estudo do tema justifica-se por sua importância na atual sistemática da prestação jurisdicional, extremamente comprometida com efetividade e com a justiça.

1. BREVE HISTÓRICO

O Estado Liberal Clássico, influenciado pela Revolução Francesa, visava, acima de tudo, garantir a liberdade dos cidadãos, o que ocasionou uma extensa restrição da atuação estatal na esfera jurídica privada. As idéias libertárias incidiram de tal maneira na atividade do Estado-Juiz, que MONTESQUIEU (1973, p.160) afirmou que os juízes não seriam “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.

A preocupação com a arbitrariedade judicial chegou ao extremo de retirar do juiz seu poder de *imperium* e, por isso, suas decisões não tinham força executiva.

Observa-se, neste contexto, a separação do processo de conhecimento do processo de execução.

Desta estruturação, descende o processo de conhecimento nos moldes conhecidos pela sociedade contemporânea, que possui somente força declaratória, demonstrando-se incapaz de tutelar adequadamente o direito reconhecido em sentenças condenatórias.

Entretanto, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a liberdade individual como direito absoluto não mais se encaixava. A valorização dos interesses sociais fez nascer novos direitos que, juntamente, com os direitos não patrimoniais, necessitavam de uma nova justiça, acessível a todos, célere e efetiva, o que certamente não era proporcionado pelo binômio processo de conhecimento - processo de execução.

O Código de 1973, porém, não dispunha de inovações propiciadoras da efetividade jurisdicional, embora fosse notória uma progressiva e generalizada preocupação com a efetividade processual, como afirma MOREIRA (1982).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, deu-se um grande passo para a mudança da antiga realidade da prestação jurisdicional. DINAMARCO (2003, p. 29), citando WATANABE, afirma que a Carta foi responsável por um maior comprometimento do Estado a prestar uma tutela jurisdicional a quem tiver razão, mediante um processo justo, acessível, e em tempo razoável.

Nesse contexto, destacam-se importantes reformas do Código de Processo Civil, a primeira nos anos de 1994 e 1995, e a segunda efetuada nos anos de 2001 e 2002.

Dentre as significativas mudanças impostas pelas reformas, está a criação dos artigos 273 e 461, que propiciaram, a partir da tutela antecipada, a prática de atos executivos no processo de conhecimento.

Como observam DIDIER JR. et al (2009), a tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não-fazer, iniciada pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, e depois ampliada pelo artigo 461 do Código de Processo Civil, alterou profundamente o sistema da tutela executiva, pois as sentenças que reconhecem a existência de tais obrigações passaram a ser efetivadas no mesmo processo em que foram proferidas, sem a necessidade de se submeterem a um processo autônomo de execução.

Essa alteração foi responsável por transformar a execução das referidas sentenças em fase complementar ao processo de conhecimento. Por esse motivo, a doutrina denominou estes processos de sincréticos, mistos ou multifuncionais, uma vez que servem para certificar e efetivar.

Posteriormente, o mesmo regramento processual foi estendido às obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, por meios dos artigos 461-A e 621.

Demonstrada a eficiência da execução *sine intervallo* das decisões que impunham obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa e, em contrapartida, a deficiência do processo executivo autônomo, a Lei 10.232/2005 criou a fase de cumprimento da sentença para efetivação das decisões que imponham a obrigação de pagar quantia (artigos 475-I a 475-R do Código de Processo Civil), eliminando o processo autônomo de execução também nesta hipótese.

2. AS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

A obrigação de fazer é aquela cujo objeto é a prática de um ato pelo devedor, e a obrigação de não fazer é aquela que tem por objeto uma abstenção ou uma tolerância por parte do devedor.

As obrigações de fazer são doutrinariamente classificadas em fungíveis e infungíveis. Diz-se fungível a obrigação que pode ser executada por terceiro em caso de descumprimento pelo devedor. Já a obrigação infungível, por seu caráter personalíssimo, só pode ser cumprida pelo próprio devedor, nunca por terceiros.

As obrigações infungíveis admitem uma subclassificação em infungibilidade natural e infungibilidade jurídica.

A primeira decorre da própria natureza da prestação, isto é, as características pessoais do devedor foram fundamentais para que o credor celebrasse o acordo, como no caso de um show, em que o credor contratou os serviços de certo cantor famoso. Como são as partes que determinam contratualmente o obrigado ou os obrigados à prestação específica, tal infungibilidade dependerá obviamente da vontade destas. Considerando o exemplo da contratação de determinado cantor famoso para realização de show, o credor, em respeito à garantia constitucional de dignidade da pessoa humana, não poderá usar de violência ou coação sobre a pessoa do cantor para que ele cumpra a prestação avençada. Porém, o credor, conforme seu próprio interesse, poderá aceitar que o show seja realizado por outro cantor de igual notoriedade, à custa do devedor. Portanto, o credor poderá optar pela fungibilidade da obrigação.

Já a infungibilidade jurídica não decorre da pessoalidade do cumprimento da prestação, mas pelo fato de o ordenamento jurídico determinar que somente o devedor possa executar a obrigação. Como exemplos, tem-se a obrigação de declarar vontade e a de celebrar contrato. Nessa espécie de infungibilidade, é possível suprir-se a omissão do devedor por meio de sentença, o que se demonstra vantajoso à satisfação do credor, que pode prescindir da vontade do inadimplente.

ALVIM (2003), entretanto, aponta a liberdade individual como exceção ao suprimento da vontade por sentença judicial. Existiriam obrigações que não permitiriam

a substituição da vontade do devedor, como por exemplo, alguém que tenha prometido se casar e não o fez, não poderá ser casado por sentença.

As obrigações de não fazer comportam divisão em instantâneas e permanentes. As instantâneas são aquelas que quando descumpridas não admitem desfazimento, como a obrigação de não perturbar certa manifestação pública. As permanentes são aquelas que, mesmo com o seu descumprimento, admitem desfazimento, como a obrigação de não erguer construção.

3. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

Antes de iniciar propriamente o estudo da execução positivada no artigo 461 do Código de Processo Civil, faz-se necessária uma observação acerca da impropriedade do uso do termo obrigações no texto legal.

Renomada doutrina, como MARINONI (1998), destaca a diferença entre o termo obrigação e dever jurídico, sendo este último conceito mais amplo, o que poderia gerar a errônea conclusão de que os instrumentos proporcionados pelo referido artigo só tutelam as obrigações *stricto sensu*, inviabilizando-se a proteção de direitos não obrigacionais, como os direitos da personalidade.

De acordo com TALAMINI (2003), dever jurídico é a imposição de uma prestação positiva ou negativa, de um fazer ou não fazer respectivamente, cujo descumprimento é sancionado pelo ordenamento jurídico. A obrigação seria uma das categorias de dever jurídico, junto com os direitos reais, os direitos de família e os direitos de sucessão.

A tutela do artigo 461 do Código de Processo Civil, portanto, não se restringe às obrigações propriamente ditas, abarcando todo dever jurídico que imponha um fazer

ou não fazer. A ampliação do conceito de obrigações permite que o artigo 461 alcance sua finalidade, que é a tutela de direitos relativos, obrigacionais ou não e de direitos absolutos, como os direitos reais, os direitos de personalidade e qualquer outro direito fundamental de primeira geração, do qual são exemplos a integridade física e psicológica, a honra, a imagem e a intimidade.

3.1. A INEFICÁCIA DO SISTEMA TÍPICO DE EXECUÇÃO

A exigência da efetividade da prestação jurisdicional foi denominada por MOREIRA (1989, p. 215) de “postulado da máxima coincidência possível”, que significa que resultado do processo judicial deve corresponder ao máximo ao resultado que seria obtido pela atuação espontânea do devedor.

No processo de execução, o postulado representa a idéia de que cabe ao ordenamento jurídico colocar à disposição de seus jurisdicionados meios executivos capazes de proporcionar os direitos reconhecidos em sentença, constituintes de título executivo.

Tais meios, que correspondem às medidas sub-rogatórias, execução direta, e às medidas coercitivas, execução indireta, devem atuar de forma eficiente nas duas hipóteses que poderão se configurar no processo: quando é possível satisfazer a obrigação por meio da exclusiva atuação do Estado-juiz, sem qualquer anuência do réu, ou quando somente com a atuação do devedor é possível a satisfação do credor, daí porque é necessário atuar sobre sua vontade para forçá-lo a adimplir.

Segundo GAIO JÚNIOR (2003, p. 56), “a sub-rogação é exercida através de ato de expropriação ou de execução específica”. O ato de expropriação se dá em casos de execução por quantia certa ou quando ocorre a conversão em pecúnia por ocasião da

impossibilidade da execução específica. A execução específica ocorre nas execuções das obrigações de fazer e não fazer por conta da especificidade do objeto dessas obrigações, nas quais se visa oferecer ao credor exatamente o bem que lhe seria proporcionado no caso de adimplemento espontâneo da obrigação.

Já as medidas coercitivas, que atuam sobre a vontade do devedor, podem se configurar, na prática, como pressões de caráter econômico, físico ou psicológico, cujos exemplos mais frequentes são a imposição de multas e as punições por práticas atentatórias à dignidade da justiça.

Portanto, para existir um sistema executivo completo, apto a realizar integralmente a tutela dos direitos, é necessária a conjugação da execução direta e da execução indireta.

Porém, o sistema brasileiro típico de tutela executiva, antes de 1994, demonstrava-se incompetente para produzir uma adequada tutela jurisdicional.

Com relação à execução direta das obrigações de fazer e não fazer, os tradicionais meios sub-rogatórios previstos no livro II do Código de Processo Civil revelavam-se incapazes de tutelar situações carentes de atividades mais complexas. A execução de obrigação de fazer só dispunha das atividades previstas nos artigos 634 e seguintes do Código de Processo Civil, quais sejam, execução de obra ou serviço, de contornos bem definidos. Já para a execução de obrigações de não fazer, os artigos 632 e seguintes limitam-se às situações em que a obrigação já foi descumprida, restando apenas o desfazimento do ilícito.

Os meios coercitivos eram igualmente insuficientes para tutelar os novos direitos. Isso porque, conforme GUERRA (1998), a eficácia de uma medida coercitiva está intimamente relacionada à análise da situação concreta do devedor, que serve de

base para a escolha da medida de pressão psicológica que terá mais sucesso no induzimento do devedor ao cumprimento da obrigação.

Como se viu, antes da primeira reforma processual, a multa diária era a única medida tipificada em lei à disposição do juiz para a realização da execução indireta das obrigações de fazer e não fazer. Prevista nos artigos 644 e 645, essa medida coercitiva só se revelava eficaz contra devedores com capacidade patrimonial suficiente para se sentir compelido por ela.

Dessa forma, o tradicional sistema executivo anterior à reforma de 1994 não tinha a completude necessária para alcançar o postulado da “máxima coincidência possível”. O juiz carecia de poderes para determinar o meio executivo adequado quando as medidas sub-rogatórias e coercitivas previstas em lei se revelavam insuficientes.

Somente com a introdução do artigo 461 esse panorama mudou.

3.2. A EXECUÇÃO DO ARTIGO 461

Diante da necessidade de novas técnicas processuais capazes de proporcionar uma tutela efetiva, criou-se, por meio da Lei nº 8.925/94, o artigo 461. Tal inovação era mais que esperada, tendo em vista que a execução dessas obrigações depende da vontade do obrigado, o que torna dificultosa sua imposição pelo Estado-juiz.

Até o ano de 1994, a tutela jurisdicional era prestada por meio de processos de cognição e execução autônomos, isto é, ocorriam de forma separada e estanque. Vigorava, inclusive, o princípio da autonomia do processo de execução.

Conforme DIDIER JR. et al (2009), com a introdução da referida norma, findou-se o dogma de que a atividade executiva estava dissociada da atividade jurisdicional cognitiva.

O artigo 461 possibilitou que as atividades cognitivas e executivas fossem realizadas no mesmo processo. Dessa forma, o princípio da autonomia do processo de execução deu lugar ao sincretismo entre cognição e execução.

Nesse contexto, advieram indagações doutrinárias acerca do papel do processo de execução autônomo, previsto no Livro II do Código de Processo Civil. Uma parte da doutrina, como PASSOS (1995) e GRINOVER (1995), continuava entendendo pela necessidade de instauração de processo executivo autônomo.

GUERRA (1998), por exemplo, entendia que o processo de execução não podia ser abolido nas ações tendentes ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, tendo em vista que referido processo constitui manifestação do direito fundamental ao devido processo legal e, portanto, a eliminação do processo de execução para a atuação da sentença condenatória teria caráter absolutamente excepcional.

Posteriormente, a Lei 10.444/02 alterou a redação do artigo 644 do Código de Processo Civil, dispondo que as sentenças relativas às obrigações de fazer e não fazer deverão ser cumpridas conforme o artigo 461 do referido diploma, observando-se subsidiariamente o processo de execução autônomo.

Com isso, dirimiram-se as dúvidas e divergências doutrinárias sobre a aplicabilidade das sentenças executivas *lato sensu* e mandamentais. A regra geral passou a ser o cumprimento das sentenças condenatórias de obrigação de fazer e não fazer nos próprios autos em que foram preferidas.

Passou-se a ter um sistema duplo, composto da execução autônoma, regida pelo Livro II do Código de Processo Civil, que se realiza com a formal instauração do processo de execução, destinado aos títulos extrajudiciais, e a execução imediata, *sine intervallo*, iniciada nos autos do processo de conhecimento, como fase deste, após a sentença condenatória.

Ressalta-se que as disposições do artigo 461, *caput*, e seus parágrafos também poderão ser aplicadas ao processo executivo autônomo, com a finalidade de assegurar o pleno cumprimento dessas prestações.

Nos §§ 4º e 5º, o artigo 461 disponibiliza o uso de meios sub-rogatórios ou de meios de coação indireta, que, frise-se, poderão ser determinados de ofício pelo juiz. O magistrado também está autorizado a determinar medidas não previstas em lei, mas que entenda necessárias para o cumprimento da obrigação na forma específica.

É possível, ainda, a alteração do *decisum* contida na sentença condenatória, para se permitir a obtenção do resultado prático equivalente.

A conversão em perdas e danos ocorrerá somente por manifesta preferência do autor ou se impossível o cumprimento na forma específica ou na forma equivalente.

Além disso, o § 3º do artigo 461 prevê a concessão de tutela antecipatória, o que demonstra um maior poder do juiz em efetivar sua decisão, ainda na fase cognitiva.

Portanto, o artigo 461 trouxe novos instrumentos processuais, permitindo uma tutela executiva muito mais eficaz.

3.3. A RUPTURA DE DOGMA

O artigo 461 rompeu com o sólido dogma da necessária correlação entre sentença e demanda.

O Código de Processo Civil contém disposições nos artigos 128 e 460 que afirmam a obrigatoriedade do princípio da congruência entre pedido e sentença. Entende-se, a partir dessas orientações, que o juiz na sentença deve ater-se ao que foi pedido pelo autor.

O rompimento do dogma ocorre quando se autoriza a adoção de providências destinadas a produzir efeito equivalente ao do cumprimento da obrigação. Em outras palavras, o juiz, constatando que o devedor continua inerte, poderá determinar o cumprimento de medida diversa da que foi requerida na demanda inicial. Isso significa fixar multa (artigo 461, § 4º) ou determinar medidas necessárias (artigo 461, § 5º) de ofício, na sentença ou na tutela antecipatória.

Segundo MARINONI (1998a), o artigo 461 é uma exceção à necessária correlação entre pedido e sentença, por conta da consciência de que a tutela jurisdicional deve proporcionar a tutela específica dos direitos. A idéia central, baseada na máxima chiovendiana, é a de proporcionar a exata situação final a que o credor tem direito de obter.

Se o direito à tutela específica corresponde a proporcionar, a quem tem direito, precisamente, a situação jurídica que é objeto da obrigação, conclui MARINONI (1998a) que seria correto admitir que o juiz converta uma obrigação em outra, para que resulte na tutela específica originária ou no resultado prático equivalente.

Ao dispor que o juiz determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, o artigo 461 concede ao magistrado poderes para converter uma obrigação em outra, concedendo o resultado prático equivalente ao do adimplemento, não obstante o pedido de tutela específica da obrigação.

O que se busca com essa inovação é que o juiz tenha poder decisório suficiente para garantir uma tutela adequada e efetiva.

Assim, se o autor requereu a instalação de filtros para evitar emissão de poluentes, nada impede que o juiz, verificando que a referida instalação não será eficiente no combate à poluição, determine a cessação das atividades do réu, inclusive sob pena de multa para forçá-lo a adimplir. Ou se no mesmo exemplo, se constate que a

solução mais eficiente consiste na instalação de outro equipamento, estará o juiz livre para fazê-lo.

Portanto, o juiz está autorizado a buscar a solução mais adequada e efetiva à tutela jurisdicional para cada caso concreto, mesmo que extrapole o que foi pedido pelo autor.

Conforme DINAMARCO (2003), é preciso esclarecer que a extrapolação aos limites da demanda não chega a ponto de determinar situação final diferente do pedido do autor na demanda inicial, já que isso significaria obrigar o réu fora dos limites da lei e do pactuado contratualmente entre as partes.

Para se verificar a ocorrência de legitimidade da referida extrapolação deve-se analisar a situação concreta. A tutela equivalente deve proporcionar, com meios diversos, o mesmo resultado a que o autor tinha direito.

3.4. A CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS

Dispõe o § 1º do artigo 461 que somente se converterá em perdas e danos a obrigação, se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

PASSOS (1995) e GAIO JÚNIOR (2003) preferiram a interpretação literal do artigo, defendendo que o autor poderia escolher, desde o início, pelas perdas e danos, mesmo que ainda possível a tutela específica da obrigação. O primeiro jurista afirma que, nesse caso, prevalece a opção do credor, não podendo o juiz forçá-lo a querer a execução específica.

Porém, esta não parece a exegese mais acertada do referido dispositivo.

A opção pessoal do credor pelas perdas e danos só é válida em face da recusa do devedor, após ser regularmente intimado ao cumprimento da obrigação em prazo determinado pelo comando sentencial.

É evidente que, ao criar o artigo 461, o legislador deixou clara sua preferência pela tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, ou seja, a conversão em perdas e danos é tida como a última opção para a satisfação do credor.

DINAMARCO (2003) define a conversão em perdas e danos como medida “medida substitutiva do objeto da obrigação original”, uma “solução de meia-justiça”, que só deve ser aplicada quando restarem impossíveis a tutela específica e a tutela equivalente da obrigação.

Nesse mesmo sentido, GRECO (2005) e ALVIM (2003) afirmam que a opção do credor pelas perdas e danos só pode ser exercida quando impossível o cumprimento específico, ou quando ainda possível a tutela específica, somente diante da recusa do devedor, já que este tem direito a cumprir a obrigação na forma original.

O segundo autor sustenta que o entendimento correto do § 1º é: na impossibilidade de obtenção da tutela específica, o credor optará pela tutela equivalente ou por perdas e danos, já que o devedor tem direito a cumprir a obrigação na forma específica, mas se assim não quiser, é direito potestativo do credor a preferência pela indenização, ficando o inadimplente sujeito aos efeitos dessa decisão.

Assim, diante da recusa do devedor, poderá o credor requerer a tutela equivalente ou optar por perdas e danos.

As perdas e danos não se confundem com a multa pecuniária prevista no § 4º do artigo 461 do CPC. Esta última será contabilizada até momento em que cessar o inadimplemento do réu por meio da prestação pela forma específica ou equivalente, quando restar impossíveis tais tutelas ou quando o credor optar pelas perdas e danos.

A liquidação e a execução das perdas e danos serão feitas nos mesmo autos, pelo procedimento de efetivação da decisão que impõe obrigação de pagar quantia certa (artigo 475-J e seguintes), a partir da comprovação ou da estimativa dos prejuízos advindos com a ausência do cumprimento específico. Caso ocorra a tutela equivalente, será calculada a diferença entre o valor econômico da prestação específica e do resultado prático equivalente.

3.5. MEDIDAS SUB-ROGATÓRIAS

As medidas sub-rogatórias produzem, independentemente da vontade do obrigado, os resultados práticos determinados em decisão judicial. Por isso, estão diretamente relacionadas às obrigações fungíveis, que são aquelas em que a atividade judicial é capaz de satisfazer a obrigação inadimplida, prescindindo-se da colaboração do devedor.

O juiz realiza a tutela específica das obrigações fungíveis, mesmo sem a concordância do obrigado, podendo determinar, com respaldo no §5º do artigo 461, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, ou outras medidas necessárias.

A possibilidade de determinar medidas sub-rogatórias inominadas, introduzida pelo referido artigo, constitui importante avanço para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, à medida que retrata a conscientização do legislador quanto à impossibilidade de prever todos os meios possíveis para tutelar na forma específica as infinitas situações de direito material que surgem a cada dia.

Como é sabido, o juiz vivencia o caso concreto, e, portanto, ninguém melhor que ele, norteado pelos princípios constitucionais de direito, para determinar o mecanismo mais eficiente na satisfação do direito do credor.

As medidas previstas no § 5º do artigo 461 podem ser utilizadas tanto na sentença, como na antecipação da tutela.

Porém, conforme salienta DINAMARCO (2003), o juiz deve desencadear as medidas prudentemente, observando a gravidade de cada uma.

A irreversibilidade da medida, contudo, não deve servir de impedimento para concessão da medida, já que o credor tem direito a uma tutela jurisdicional efetiva, e é isso que deve buscar o magistrado com a sua atuação no processo.

Entretanto, nos casos de antecipação de tutela, em que não ocorreu uma cognição exaustiva, o juiz deve agir com maior prudência, conscientizando-se da irreversibilidade da decisão, já que ele mesmo pode, a qualquer momento, vir a revogar a decisão antecipatória, nos termos do § 3º do artigo 461.

Essa preocupação também deve ser estendida às decisões não transitadas em julgado, em menor grau, tendo em vista que o direito já foi reconhecido em sentença, mas esta ainda está sujeita a recurso e pode sofrer reversão.

3.6. MEDIDAS COATIVAS

O dogma da intangibilidade da vontade humana, intensamente difundido pelo liberalismo clássico, traduzia-se no respeito à resistência do obrigado, o que acabava por obstaculizar a efetivação das obrigações de fazer e não fazer pelos órgãos judiciários.

A influência francesa podia ser sentida no Brasil. As obrigações de fazer infungíveis e as obrigações de não fazer, que somente podem ser satisfeitas pelo próprio

devedor, diante da resistência do réu à ordem judicial para cumpri-las, convertiam-se em perdas e danos, porque o juiz não possuía meios de coagir o réu a fazê-lo. A execução indireta, por isso, era excepcional no sistema processual pátrio. Porém, a sub-rogação não é meio adequado para tutelar direitos que dependam da atuação do obrigado.

Somente depois de esforços doutrinários como os de CHIOVENDA e CALAMANDREI, que desenvolveram a distinção entre infungibilidade natural e jurídica, em estudos sobre obrigações de declarar vontade, que o dogma da intangibilidade da vontade humana foi sendo superado.

Modernamente, construiu-se o entendimento de que se deve produzir exatamente a situação jurídica final a que o credor teria direito no caso de adimplemento espontâneo da obrigação, e de que o uso de qualquer mecanismo estatal, tendente à produção desse resultado, não constitui qualquer violação ao princípio da dignidade humana.

Entretanto, a preferência pela tutela específica demonstrada pelo recente destaque concedido aos meios de coação no sistema processual brasileiro, pode restar impossibilitada por fatores de ordem natural e jurídica. Nesses casos em que os meios se revelarem ineficazes, o credor poderá optar pela tutela equivalente ou, ainda, pela conversão em perdas e danos.

Cumprido salientar que, assim como os meios sub-rogatórios, os meios de coerção indireta devem respeitar os limites à tutela específica. Isso porque, não obstante o Estado-juiz procure proporcionar a tutela específica, nem sempre é possível, por encontrar limites à sua atividade.

Os limites impeditivos da plena atividade estatal podem ser naturais e políticos.

Limites naturais decorrem de perda do objeto ou de obrigações personalíssimas.

O objeto perece quando perde suas qualidades essenciais ou seu valor econômico, quando se confunde com outro, de forma que não possa ser distinguido, e quando se encontre em lugar de onde não possa ser retirado, nos termos do artigo 78 do Código Civil.

Com relação às obrigações personalíssimas ou infungíveis, estas são assim consideradas por depender exclusivamente da vontade do devedor para o seu cumprimento, não comportando realização por terceiro. Somente em certos casos de infungibilidade jurídica, é que se torna possível a tutela específica, porquanto o juiz pode emitir provimento que substitui a omissão do devedor.

Os limites políticos, segundo ALVIM (2003), são oriundos da própria vontade do ordenamento jurídico, como nas hipóteses de bens impenhoráveis, visando à proteção da dignidade humana, ou nas hipóteses em que estão envolvidos outros direitos absolutos, como a integridade física, a moral e a intelectual.

Assim, por mais que o Estado-juiz se proponha a realizar a atividade jurisdicional de maneira efetiva, é necessário que existam limites para restringir ou condicionar o uso dos meios processuais à sua disposição.

3.6.1. A MULTA PECUNIÁRIA

A multa pecuniária, única medida coercitiva indireta tipificada em lei, continuou a ser a preferida do legislador na reforma processual de 1994, mas ganhou novos contornos com a criação do artigo 461 do Código de Processo Civil.

O artigo 461, § 4º afirma que o juiz poderá, na sentença ou em antecipação de tutela, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. Desta forma, a técnica mandamental, fundada na multa e na ordem, foi posta à disposição do juiz para convencer o réu a cumprir sua determinação.

MARINONI (2000) chama a atenção para o uso da multa em casos de obrigações de conteúdo artístico e para situações em que a prestação igualmente envolve algo pessoal, mas que não é passível de controle pelo próprio devedor, como, por exemplo, a inspiração para pintar um quadro. Nesse caso pode o devedor alegar indisposição momentânea para o cumprimento específico da obrigação.

Os doutrinadores ALVIM (2003), CARNEIRO (1978), GRINOVER (1995) e MARINONI (2000), afirmam que a técnica mandamental também pode ser empregada na realização de obrigações fungíveis, mesmo sabendo-se que a vontade do obrigado é dispensável nessas hipóteses.

De fato, a possibilidade de satisfação por terceiro não é razão para que a técnica mandamental deixe de ser aplicada na realização de obrigações fungíveis. Como é sabido, o próprio artigo 461 não faz nenhuma distinção entre obrigações fungíveis e infungíveis.

Nem mesmo é necessário um intenso debate doutrinário acerca da admissibilidade da multa para tutelar obrigações de fazer fungíveis. Ela deve ser aceita pelo simples, mas relevante fato de que todos têm direito a uma tutela jurisdicional efetiva, e, se a multa é capaz de proporcionar essa situação final, não pode o autor ser privado desse mecanismo.

A multa não tem caráter ressarcitório – função das perdas e danos – tampouco consiste em sanção por descumprimento da obrigação. A multa atua como um desestímulo à resistência do réu em continuar inadimplente.

Na verdade, a multa é uma sanção por descumprimento da decisão judicial, assemelhando-se ao *contemp of court*, do direito inglês, e à *astreinte* francesa. Ao atuar sobre a vontade do obrigado, a multa dá celeridade e eficiência à execução.

3.6.2. MEDIDAS COATIVAS ATÍPICAS

Além da multa pecuniária, o § 5º do artigo 461 preceitua que, para a efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias, o que demonstra a possibilidade de o juiz, de acordo com o caso concreto, determinar medidas coativas não previstas em lei, mas que, segundo seu entendimento, são as mais adequadas para pressionar o réu ao cumprimento da obrigação, tanto em sede liminar como na sentença.

Essa inovação pode ser considerada ainda mais significativa no que tange às obrigações infungíveis, já que, por dependerem da vontade do obrigado, impõe maiores dificuldades à atuação judicial para conseguir sua realização, merecendo, portanto, uma medida ágil e flexível como esta do § 5º do artigo 461.

O mencionado parágrafo representou, portanto, uma das inovações mais direcionadas à obtenção da garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva.

Como visto, o sistema processual era insuficiente para tutelar de forma específica as diversas relações jurídicas, notadamente aquelas ligadas aos chamados novos direitos. Ficou demonstrado que essa insuficiência era ocasionada pela adoção do

princípio da tipicidade dos meios executivos, responsável pela criação de graves lacunas que impediam uma tutela jurisdicional eficaz.

Com a criação do § 5º, conferiu-se ao juiz poderes para, em caráter subsidiário e complementar à lei, determinar, de acordo com o caso concreto, os meios executivos mais adequados para a tutela do direito material.

A possibilidade de o juiz 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, para obtenção da tutela específica ou equivalente, representou a consagração da idéia de que medidas inominadas são imprescindíveis a um sistema jurisdicional completo, já que as medidas tipificadas em lei não preenchem todas as situações de direito material que se formarão.

A expressão tais como demonstra que o rol das medidas aí previstas é meramente exemplificativo e, portanto, serão cabíveis quaisquer outras medidas que o juiz entender mais adequadas para a execução dessas obrigações. A interpretação do rol do § 5º como meramente exemplificativo está conforme a Constituição, tendo em vista que é dessa forma que se permite a máxima concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Assim sendo, tem-se um sistema jurisdicional completo, convivendo harmoniosamente meios típicos e atípicos, o que na prática significa: 1) quando os meios sub-rogatórios tipificados em lei não forem suficientes, o juiz poderá determinar medida mais adequada à realização do direito material; 2) quando os meios coativos típicos não forem os mais adequados, o juiz poderá fixar medida de coerção indireta que considere a mais apta a convencer o demandado a cumprir a obrigação inadimplida.

Contudo, GRECO (2005), faz restrição ao uso de medidas coativas inominadas nos casos de obrigações infungíveis. Afirma que as medidas coativas, por recaírem sobre o devedor com caráter de sanção processual em vista da sua resistência em adimplir, estão sujeitas ao princípio da legalidade estrita e não podendo ser criadas pelo juiz, sendo cabíveis apenas medidas previstas em lei ou em contrato.

Em que pese a opinião do ilustre professor, não há razão para que se restrinja o uso de medidas inominadas na prestação de obrigações infungíveis.

A utilização de medidas coativas inominadas, ao contrário do que se possa imaginar, não significa uma margem para arbitrariedades judiciais ou no dizer de PASSOS (1995, p. 59) “um cheque em branco ou um documento em branco firmado em favor do magistrado”. Por mais que o objeto de atuação dessas medidas, que é vontade do devedor, gere preocupações com a possibilidade de violação à garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, é preciso ter em mente que o juiz tem que agir de acordo com a ordem constitucional no momento de fixação da medida, assim como em todo o processo, não lhe sendo permitido qualquer ato que configure abuso de poder.

Retirar o poder executório do juiz representa um retrocesso na história jurídica aos tempos do Estado Liberal Clássico, berço da de desconfiança no Poder Judiciário.

Além disso, a aplicação da medida coativa está diretamente relacionada com a análise do caso concreto, que servirá de parâmetro para a escolha da medida que proporcionará de modo mais eficaz o induzimento do réu a cumprir a obrigação devida. Partindo da premissa que é impossível ao legislador a previsão de todas as situações concretas de direito material possíveis, as medidas de coerção indireta típicas causarão lacunas que impedirão o alcance da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

Se o que se almeja é a realização de uma tutela jurisdicional efetiva, e, sabe-se que as medidas típicas não são suficientes para tanto, não há como se restringir a

possibilidade de o juiz determinar medidas coativas inominadas nas hipóteses de obrigações infungíveis, até porque, grande parte das obrigações de fazer e não fazer dependem da atuação do obrigado para a obtenção do resultado a que o credor tem direito.

Resta evidente, portanto, que as medidas coativas atípicas, com respaldo no § 5º, podem e devem ser aplicadas às obrigações infungíveis.

CONCLUSÃO

Durante muito tempo a tutela executiva das obrigações de fazer e não fazer foi prestada por meio do processo de execução autônomo. Porém, a prática forense terminou por revelar a deficiência desse modelo de efetivação, justamente porque eram necessários dois processos: um para certificar o direito e o outro para efetivá-lo, o que se mostra complexo e extremamente moroso.

Em resposta aos anseios sociais, por uma melhora na prestação jurisdicional, a reforma do Código de Processo Civil introduziu o artigo 461, disciplinando a tutela executiva das obrigações de fazer e não fazer.

A dispensa de instauração de processo executivo, tornando a execução uma fase complementar do processo de conhecimento, foi, de fato, uma inovação salutar. O processo de execução autônomo, demorado e complexo, deu lugar a uma execução realizada nos próprios autos do processo de conhecimento, *sine intervallo*.

Essa nova concepção de tutela executiva, além de diminuir o tempo da entrega da prestação jurisdicional, também foi responsável por aparelhar o processo com inúmeros mecanismos capazes de permitir que o juiz, ao determinar o cumprimento específico da obrigação, disponha de meios eficazes de efetivar sua decisão.

Os meios de coerção indireta, assim como os meios de sub-rogação, poderão ser utilizados no cumprimento tanto das obrigações fungíveis como para as obrigações infungíveis, tendo em vista que os próprios artigos não fazem distinção entre elas.

Viu-se, ainda, que, o rol do § 5º do artigo 461 é comprovadamente exemplificativo, permitindo ao juiz impor medidas inominadas que se demonstrem mais adequadas ao caso concreto, sendo cabíveis a todas as obrigações, fungíveis ou infungíveis.

Ficou demonstrado que a multa pecuniária é um poderoso instrumento na consecução da execução dessas obrigações, exercendo pressão psicológica no réu para que ele se convença a adimplir. Com isso, a multa representou medida de grande valia à realização das obrigações infungíveis, que antes, diante da inércia do réu, acabavam se convertendo em perdas e danos. O uso dessa medida de coerção indireta também pode ser feito para o cumprimento das obrigações fungíveis, que, mesmo podendo ser cumpridas por terceiro, são eficazmente prestadas com a incidência da multa.

Ademais, a consagração da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer foi alçada à regra pelo artigo 461. O comprometimento com uma prestação jurisdicional de qualidade é tão grande, que há previsão em seu *caput* de que, caso se afigure impossível a prestação *in natura*, é cabível, ainda, a tutela equivalente, tornando a conversão em perdas e danos a última opção.

Dessa forma, a tutela executiva das obrigações de fazer e não fazer inovou a prestação jurisdicional, tornando-a mais célere, justa e eficaz, constituindo um dos principais e mais importantes instrumentos no alcance da garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Das *astreintes* nas obrigações de fazer fungíveis. *Revista Ajuris*. Rio Grande do Sul, n. 14, p. 125-129, novembro, 1978.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Bahia: JusPODIVM, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Execução liminar em mandado de segurança – Desobediência – Meios de efetivação liminar (parecer). *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 200, p. 309-325, abril, 1995.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela Específica das Obrigações de fazer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Leonardo. Tutela jurisdicional específica. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 23, p. 71-84, fevereiro, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela Jurisdicional nas obrigações de fazer. *Revista Ajuris*. Rio Grande do Sul, n.65, p. 13-30, novembro, 1995.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer* (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Tutela inibitória (individual e coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MOREIRA, José Carlos Barbosa e outros. *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

PASSOS, J.J.Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art.84). 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.