

O INSTITUTO DA TUTELA ESPECÍFICA NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER OU NÃO-FAZER, NA RECENTE REFORMA INTRODUZIDA NO CPC.

Marcus Aurélio de Freitas Barros
Acadêmico de Direito/UFRN – 7º Período
Monitor de Direito Civil I

1 - Considerações introdutórias; 2 - O Princípio da efetividade do processo e a execução específica; 3 - Breves comentários sobre as obrigações de fazer ou não-fazer e a tendência do processo executivo antes da recente reforma do CPC; 4 - O novel art. 461 do CPC e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, 5 - O maior poder atribuído ao magistrado, as **Astreintes** e a previsão de medidas de apoio; 6 - Remates.

1 - A partir de 13 de dezembro de 1994 veio a público a nova reforma do Código de Processo Civil, a qual já é alvo de efusivas manifestações elogiosas dos mais consagrados comentadores do nosso Direito Processual, bem como daqueles que, no cotidiano, labutam com este relevante instrumento de pacificação social chamado *processo*.

Com o evoluir da recente reforma, inúmeras inovações se agregaram ao Código de Ritos, sendo digno de destaque: a tutela antecipatória, a consignação em pagamento no âmbito extrajudicial, a audiência prévia de conciliação, para não citar muitas outras. A reforma foi informada, é bom que se diga, por uma consciência marcadamente voltada para o acesso à justiça, a celebridade processual, a instrumentalidade e a efetividade do processo.

Uma inovação passível de nota é aquela que se reporta à tutela específica nas obrigações de fazer ou não-fazer, vez que denota a sensibilidade do legislador com o desastre que se afigurava no que tange a essas obrigações, trazendo a lume meios eficazes que garantam uma tutela verdadeiramente específica para tais obrigações, sejam positivas ou negativas. Aqui, dado o avanço no sentido da efetividade do processo, é mister, mesmo que sucintamente, proceder a algumas considerações sobre o tema, no escopo de, ao menos, demonstrar aos céticos contumazes o estágio que a execução das obrigações de fazer e não-fazer alcançou, com a previsão da tutela específica.

2 - Inicialmente, é preciso que se diga que a moderna processualística já vinha se posicionando, não é de hoje, pela incessante busca da efetividade do processo, pelo que descabe a preocupação tão-somente com os aspectos que envolvem a admissão em juízo, o procedimento e o *decisum*, esquecendo-se dos aspectos concernentes à satisfatividade do julgado. Ora, uma das questões que emerge do princípio da efetividade do processo, e que concorre para o acesso à justiça, é o aspecto tendente a realçar a utilidade das decisões, dando o sentido de satisfatividade prenunciado na máxima, de há muito propagada por CHIOVENDA, de que:

“o processo deve dar quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que tenha o direito de conseguir” (apud FRANCISCO BARROS DIAS, *Alguns aspectos da Execução no processo coletivo*, Revista AJURIS nº 38, pág. 13).

Neste diapasão, digno de relevo é o instituto da execução específica, a ser aplicado, sobretudo, às obrigações de fazer positivas e negativas, como forma de satisfazer por completo e na medida exata o direito violado, sendo um corolário tendente a promover a efetividade do processo, a par de consubstanciar um dos princípios basilares do processo de execução. Dito instituto, em seus escorreitos contornos, indica, com arrimo no princípio da maior coincidência possível, que a satisfatividade do julgado, por intermédio do Estado-juiz, deve, o máximo que

possa, representar aquilo que se conseguiria, no caso de uma satisfação direta e espontânea do decidido.

Vê-se, de conseguinte, que um ideal a ser buscado na execução de fazer ou não-fazer é sua realização específica no mundo fático, de forma a acomodar, em seus lindes, o exurgimento de uma instrumentalidade substancial, capaz de restar evidenciado o intuito-mor de efetividade do processo. Forçoso, nesta linha, ressaltar que, realizando, nas *obligatio faciendi* positivas e negativas, uma execução específica, a jurisdição, impossível negar-se, alcançará um maior resultado prático, inibindo, em consequência, o desrespeito às prestações de fato, e findando por desafogar o Judiciário.

3 - Não é despiciendo, nos limites do presente trabalho, comentar em linhas gerais as obrigações de fazer ou não fazer e sua operacionalidade antes do evoluir da recente reforma processual. A *obligatio faciendi*, seja positiva ou negativa, distancia-se da *obligatio dandi*, por ser uma prestação de fato, enquanto que na obrigação de dar há uma prestação de coisa. Tem por finalidade uma atividade ou abstenção do devedor, a qual o mesmo se obrigou, podendo ser fungível (quando o resultado é mais relevante que o meio para executá-lo) ou infungível (personalíssima), se positiva, e dando ensejo a uma sentença condenatória a ser, como visto, executada de forma específica.

Na sistemática recentemente revogada, sob o pretexto da impossibilidade de coagir o obrigado *manu militari* a cumprir o que lhe devia, era extremado tanto o receio para com a utilização de instrumentos de pressão psicológica, como o respeito ao princípio da intangibilidade da vontade, pelo que, nas obrigações de cunho pessoal, outra alternativa não restava senão a substituição da prestação por um sucedâneo, qual seja, a apuração de perdas e danos, olvidando, de conseguinte, que se auferisse uma execução *in natura*. O próprio processo executivo, vale dizer, era moldado em torno da execução por quantia certa, vez que a regra era o arbitramento de uma indenização em pecúnia no caso da execução para entrega de coisa ou da *obligatio faciendi*, salvo no que respeita às obrigações de declaração de vontade, onde a sentença já tinha o condão de substituir a vontade do obrigado.

Com o passar dos tempos, verificou-se que a orientação codificada não satisfazia nem mesmo ao credor, sendo a demonstração da impotência do Estado em cumprir suas próprias decisões, na forma em que foram proferidas, consubstanciando, no sentir dos mestres, uma verdadeira negação de justiça, razão pela qual a excelência dos doutrinadores já sinalizava pela imperiosa revisão da sistemática até então vigente.

4 - O primeiro ressaibo no sentido de uma tutela específica para as obrigações de fazer ou não-fazer, no Direito pátrio, veio a lume circunscrito às relações de consumo, advindo do regramento do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, o qual restou reproduzido, quase que fielmente, no *novel* art. 461 do CPC, introduzido no *ordo juris* pelo art. 1º da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, dispositivo este que ora nos aventuramos a analisar.

Este comando normativo, imbuído de um inestimável sentido de efetividade (entendida como realização prática da decisão judicial), tem um alcance amplo, englobando as obrigações específicas, sejam elas provenientes de lei ou do contrato, bem como produz efeitos na tutela executiva das obrigações de fazer ou não fazer de qualquer espécie, sejam elas fungíveis ou infungíveis. A maior novidade incorporada ao nosso Direito, com o advento do novo teor do art. 461, é a autorização concedida ao magistrado de ordenar o efetivo cumprimento de prestações de fato que a decido judicial imponha, mesmo havendo resistência do obrigado, prevendo-se meios de substituição de sua vontade (medidas de apoio), bem como mecanismos que provoquem o adimplemento (*astreintes*), principalmente, das obrigações personalíssimas. Com efeito, a tutela específica, ou um equivalente que lhe corresponda a finalidade, na *obligatio faciendi* positiva ou negativa, restaram prestigiados, isto devido a nova roupagem do art. 461 do Código de Ritos.

Ademais, conforme se infere do § 1º deste art. 461, num passo de patente evolução, a conversão da execução de fazer e não-fazer em obrigação por perdas e danos foi alternativa relegada a um plano inferior na preferência do legislador. É que a execução deve ser específica ou, quando muito, bem próxima, em termos objetivos, daquela corporificada pelo adimplemento *sponte propria* do obrigado. A indenização pecuniária, por ser, como visto, um sucedâneo da prestação e não a prestação em si mesma, ficou aventada apenas na hipótese de total impossibilidade das alternativas do *caput* do *novel* art. 461 do CPC, ou no caso de configurar opção expressa do autor da demanda. Vê-se, daí, que ao credor é facultado, ao intentar a ação, pleitear a tutela específica ou conversão em perdas e danos da prestação de fato objeto do litígio, malgrado tal posição não ter cunho de pacificidade. É que a doutrina já começa a entender que não existe opção para o credor, no caso de ser possível a tutela específica (CARREIRA ALVIM, *in Código de Processo Civil Reformado*, pág. 160/161).

Mereceu, outrossim, o alvitre do legislador de 1994, a possibilidade de, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o julgador conceder medida liminar, seja *inaudita altera parte* ou, se necessário, mediante justificação prévia, com imperiosa citação do réu. Aqui, dissentindo da opinião de Sérgio Bermurdes (*in A Reforma do Código de Processo Civil*, Freitas Bastos, 1995, pág. 53), mas na esteira de Dinamarco (*in A Reforma do Código de Processo Civil*, 2 ed. Malheiros, 1995, pág. 156), é possível vislumbrar-se autêntica antecipação de tutela, malgrado a diferença redacional deste §3º do art. 461 do CPC com o art. 273 do mesmo diploma legal,

É que é impossível, no nosso sentir, advogar tese da natureza cautelar deste provimento satisfativo, como pensa Bermurdes (ob. cit., pág. 53). Ora, é lição comezinha em matéria cautelar, segundo a mais autorizada doutrina, que: “É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do **processo principal** para que possa adquirir o perfil de cautelar” (apud LUIZ GUILHERME MARINONI. *in Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, RT, 1994, pág. 77). Ao revés, prova da natureza antecipatória desta tutela é que, conforme se depreende na lição haurida do escólio de Dinamarco (ob. cit., pág. 156): “Como **antecipação de tutela específica**, essa de que cuida o § 3º visa a pôr o titular do direito no gozo da própria **situação final sonegado pelo obrigado e postulada no *petitum***”. Destarte, fica fácil compreender que o provimento do § 3º do art. 461 do CPC, possui características de verdadeira tutela antecipatória, sendo fácil infirmar qualquer natureza cautelar que, por ventura, se queira argumentar.

Por fim, é bom dizer que a concessão de liminar é medida excepcional, possuindo o escopo de, dado a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, evitar os maléficis efeitos do tempo para o credor, sem olvidar da possibilidade de, a qualquer tempo, ser revogada. Ademais, no caso de o juiz determinar providências para assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento (tutela assecuratória), em face da expressão legal *se procedente o pedido* (art. 461, *caput*), o prof. Carreira Alvim, entende que, neste caso, por não ser verdadeira tutela específica, não resta qualquer possibilidade à concessão de medida liminar (ob. cit., pág. 157 e 158), ficando à jurisprudência a responsabilidade de dirimir a questão. No mais, o artigo em comento é rico na previsão de medidas para materializar o resultado prático do decreto jurisdicional que condene a uma obrigação de fazer ou não fazer, sendo, de suma importância, o estudo das *astreintes* e das chamadas medidas de apoio, que procederemos no próximo tópico do trabalho.

5 - Tem-se, ainda, que a mente legislativa foi fértil no sentido de, por atividades judiciais, substituir a vontade do devedor (medidas de apoio) ou pressioná-lo psicologicamente para o adimplemento (estipulação da multa pecuniária como medida mais enérgica), garantindo, sempre e sempre, a efetividade do processo.

É da análise dos §§2º e 4º do artigo *sub studio* que se infere o maior vigor que se atribuiu à imposição de multa pecuniária, chamada, por herança do direito francês, de *astreinte*.

Esta, vale dizer, consubstancia um importante instrumento de coação indireta com o objetivo de minar a resistência do devedor ao cumprimento das prestações de fato, sobretudo, nas de cunho pessoal, tendo o afã de efetivar, praticamente, a pretendida execução *in natura*. Caracteriza-se por sua natureza coercitiva, dessumindo daí a inexistência de um sentido reparatório, bem como por ser ilimitada, não se aplicando, vez que o escopo é pressionar psicologicamente o devedor para adimplir a obrigação; o limite imposto no art. 920 do CC, referente à cláusula penal.

Difere, à evidência palmar, das perdas e danos, já que estas são proporcionais ao conteúdo econômico e têm um caráter expiatório, além de não visarem o adimplemento, mas sim aferir um equivalente pecuniário em decorrência do descumprimento da obrigação. Daí, ressaí sobranceira, em virtude da diversidade de naturezas já demonstrada, a compreensível cumulabilidade entre multa pecuniária e perdas e danos, que bem indica o art. 461, § 2º do CPC. As *astreintes*, vale acrescentar, podem ser impostas tanto em sede de sentença quanto no momento da concessão da medida liminar, e começam a incidir no prazo estabelecido pelo juiz, por força do art. 644 do CPC.

Além do mais, inovação de grande monta se infere da análise do art. 461, §4º em sistema com os arts. 644 e 645, todos do CPC. Restaram ampliados, sobremaneira, os poderes concedidos ao juiz da execução. A multa pecuniária, além de poder ser fixada em meio à execução, é medida a ser fixada *ex officio*, o que, mesmo em detrimento de princípio dispositivo, antes elevado a dogma processual, teve o mister de garantir uma maior plasticidade ao processo executivo. Neste passo, diz Ada Pellegrini: “A escolha entre a execução específica e a multa diária, quando esta for considerada suficiente ou mais compatível, cabe independentemente do pedido do autor, que pode assim afastar-se, na execução, do princípio dispositivo” (apud RODOLFO DE C. MANCUSO, in *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, Saraiva, 1991. pág. 298).

É dado ao magistrado, ainda, sempre em vista da efetividade do processo, o poder de acrescentar ou reduzir o *quantum debeatur* estabelecido como *astreinte*. Isto evita que, em certos casos onde, dado a defasagem ou, doutro lado, o valor exorbitante, o instrumento de pressão psicológica perca sua eficácia, não inibindo, por conseguinte, o inadimplemento do devedor. As *astreintes*, pode-se agregar, são multas que incidem diariamente após o descumprimento da prestação de fato, a partir da data pré-fixada pelo julgador, cessando com o cumprimento, pelo devedor, desta obrigação, sendo, face o considerável montante, um eficiente meio de pressão para que o obrigado cumpra o que deve.

Por fim, há que se falar, também, das medidas autorizadas pelo art. 461, §5º do CPC, que podem ser chamadas de medidas de apoio. Estas medidas judiciais, constantes neste dispositivo legal de forma patentemente exemplificativa, diferencia-se das *astreintes*, devido ao fato de naquelas a efetividade do processo ser garantida por intermédio de atos independentes da vontade do obrigado, enquanto que na multa diária em pecúnia o escopo é pressionar o indivíduo para que, mesmo coagido, **por ato seu**, realize o cumprimento da prestação.

Destarte, ao magistrado, indubitavelmente, exsurgiu, na dinâmica processual, mecanismos eficientes, que, se utilizados com inteligência e dinamismo, são aptos a garantir uma tutela específica para as obrigações de fazer ou não-fazer, sinalizando a olhos vistos, no sentido da efetividade do processo.

6 - Tecidas estas considerações, forçoso rematar exaltando a percuciência do legislador de 1994, sempre sensível aos aspectos que levavam à insatisfação popular com os meios judiciários. Daqui para frente, aos operadores de Direito, sem réstia de dúvidas, fica a responsabilidade de não se deixar atrelar a uma sistemática revogada, efetivando, no dia-a-dia forense, as inestimáveis inovações incorporadas ao processo com a *novel* reforma do CPC.

No que pertine às obrigações de fazer ou não-fazer, é indispensável, nesta breve

conclusão, proceder a um apelo, em nome dos jurisdicionados, para que a satisfatividade do julgado se dê, em termos práticos, levando em conta o bem devido, objeto do litígio. Para tanto, utilizando, na forma do art. 461 do CPC, a tutela específica nas obrigações de fazer ou não-fazer, sem qualquer desvirtuamento que, por ventura, venha a ocultar a *ratio legis* do dispositivo legal comentado, em sua nova roupagem.

BILBIOGRAFIA

- LVIM, Arruda *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- * ALVIM, J. E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1995.
- *BERMURDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- *DIAS, Francisco Barros. *Alguns Aspectos da Execução nos Processos Coletivos*, *AJURIS*, n° 38, setembro, 1993.
- *DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- *DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- *DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. vol. 2, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- *GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 3ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- *THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Processo Cautelar*. vol.2, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- *MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- *MUKAI, Toshio *et al.* *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.