

Artigo publicado em:

Revista jurídica . Porto Alegre : Notadez v. 53, n. 338, (dez. 2005), p. 39-49. ISSN 0103-3379

TUTELA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO-FAZER (ART. 461)

Antonio Janyr Dall’Agnol Junior

Advogado. Desembargador aposentado do TJ-RS.
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.

1. *INTRODUÇÃO: A SUPERACÃO DE UM PARADIGMA*

Boa parcela da dificuldade de interpretação – e, por isso, eventualmente de aplicação – das regras abrigadas pelo art. 461 do CPC, segundo a versão que lhe deu a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, está situada na inserção em modelo que a própria norma jurídica repele, qual seja o do procedimento ordinário, visualizado como um modo de solução do litígio em que a execução se exhibe como atividade posterior à cognição; mais do que isso, à exaustão do conhecer.

No antecedente padrão, evidenciava-se atentatório ao sistema o inserir atos executivos no denominado processo de conhecimento (ou, como de hábito dizer-se, na mesma relação processual).

Justamente a Lei que vem de ser mencionada, precipuamente com a admissão da antecipação da tutela jurisdicional pleiteada (art. 273) e com a nova técnica de solução de lides que tenham por objeto obrigações de prestação de fato (ou de omissão ou tolerância), rompe com o paradigma, em homenagem, expressa pelo legislador das reformas, ao princípio da efetividade.

Não é à toa que se tem como as mais relevantes as novidades consistentes nesses institutos, além da ampliação dos títulos executivos (art. 585)¹.

Àqueles que, atentos à obra de PONTES DE MIRANDA, enxergavam, há muito, em diferentes remédios jurídicos processuais arrolados, ou não, pelo Código de Processo Civil, técnica que se afasta do modelo “procedimento ordinário” – enquanto modo mais comum de expressão do “processo de conhecimento” –, observando a convivência, em uma mesma relação jurídica processual, de atividades cognitiva e executiva (ou mandamental), mais fácil será, seguramente, apreciar o esforço levado a efeito para a superação dos sérios problemas do inadimplemento das obrigações de fazer ou não-fazer.

¹ Cf., v.g., OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. “Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer”, in *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 159.

Artigo publicado em:

Revista jurídica . Porto Alegre : Notadez v. 53, n. 338, (dez. 2005), p. 39-49. ISSN 0103-3379

No “mecanismo” anterior, não se dispensava o (alegado) credor, desprovido de título executivo – a execução, na espécie, era peculiaridade de quem vencedor de ação condenatória (cf. art. 632 em sua versão original) – do caminho espinhoso do procedimento comum, para só ao final, superadas eventuais fases recursais, iniciar processo para a realização de seu direito, acaso renitente o condenado.

É justamente essa via que veio o novo a pretender sepultar, ao menos como regra.

Impositivo também realçar-se a circunstância de que isso só se torna possível em um ordenamento jurídico que amplie os poderes do julgador, porquanto é justamente neste campo, no da realização dos direitos a determinada conduta (ou omissão), que se ressentiu ele, o julgador, da timidez, ou mesmo da desconfiança, do legislador.

É verdade, em outros campos – de que é exemplo o instrutório, conforme se verifica da norma do art. 130 do CPC, ou da condução do processo, elevado da direção meramente formal para a material (art. 262 do CPC) – foi mais audacioso o legislador de 1973, mas, até 1994, esta ousadia não atingira a própria técnica de solução do conflito.

Rompe o art. 461, assim como o art. 273 – este estabelecendo um verdadeiro regime geral –, com a “pureza” do processo de conhecimento, admitindo (mais do que isso, incentivando a) que o juiz realize de logo “atividade prática”.

Supera-se a idéia que se encontra à base do art. 463, para reconhecer-se que a exaustão e o cumprimento do ofício jurisdicional apenas se dão com o esgotamento dos meios para a efetiva realização da satisfação daquele que tem razão.

2. *AS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO-FAZER NO CÓDIGO CIVIL.*

Sob a denominação de “modalidades das obrigações” – no que se manteve fiel ao Código Civil de 1916 – o estatuto civil vigente regula, entre outras, as “obrigações de fazer” (arts. 247-249) e as “obrigações de não fazer” (arts. 250-251).

A doutrina, não raro, na sua ânsia de classificação, submete, por óbvias razões, as primeiras, juntamente com as “obrigações de dar” (arts. 233-246), à denominação de “obrigações positivas”; e às últimas designa de “obrigações negativas”.

Observa-se, com freqüência, porém, que rara não é a dificuldade de qualificação de determinada espécie em concreto, porquanto o dar implica,

Artigo publicado em:

Revista jurídica . Porto Alegre : Notadez v. 53, n. 338, (dez. 2005), p. 39-49. ISSN 0103-3379

no mais das vezes, também em atividade do devedor². Por isso, alguma vez inclina-se o doutrinador pelo realce ao interesse do credor; em outra, pela precedência da atividade no tempo; e também há quem a situe na maior relevância do dar ou do fazer³.

A questão resta minimizada – excetuando-se as obrigações pecuniárias, por suposto – no que respeita às obrigações de dar, pela adveniente solução da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, que, introduzindo o art.461-A no Código de Processo Civil, equiparou as técnicas de solução, inclusive com explícita remissão (art. cit., § 3º).

Fixando-me no que do assunto deste trabalho, recorro, antes de mais, que as obrigações de fazer se conceituam como aquelas que têm por objeto uma determinada conduta do devedor, conduta esta que pode ser pessoal, realizável apenas pelo devedor (prestação infungível, *intuitu personae*), ou comportamento que admita sub-rogação subjetiva (prestação por terceiro, por isso dita fungível).

São clássicos os exemplos daquela e desta. Quanto à obrigação infungível, recorda-se a da encomenda de uma pintura a artista consagrado, ou a contratação de médico de reconhecimento notório, para a realização de uma determinada operação cirúrgica; no que respeita à obrigação fungível, a do empreiteiro para a construção de um muro divisório, sem objetivo outro que não o próprio seu, tal o de estreimar terrenos.

As circunstâncias, por certo, induziram, no passado, a diferentes soluções, em homenagem ao princípio da intangibilidade da vontade do indivíduo, em detrimento do interesse do credor. Assim, se infungível a obrigação, o destino primeiro (e praticamente único), diante do inadimplemento, seria a conversão em perdas e danos. É exemplar, no aspecto, a solução legislativa abrigada pelo art.1.142 do Código Civil francês⁴, orientação que se alastrou para os diferentes códigos de países ordinariamente sujeitos à influência da Europa continental.

Com isso, indubitavelmente, satisfação, no lídimo sentido da palavra, não se alcançava ao credor.

² Cf. FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Civil*. Vol. 2, p. 61. São Paulo: Saraiva, 2004.

³ O critério da precedência parece encontrar maior ressonância na doutrina brasileira, conforme se observa na obra do civilista mencionada na nota antecedente: “Se o sujeito passivo fez a coisa para dar ao ativo, então a obrigação é de fazer; se não a fez, mas a adquiriu feita, é de dar a obrigação” (FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso cit.*, vol. 2, ., p. 63). Diferentemente, porém, J. M. ANTUNES VARELA. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. Vol. I, p. 80, nota 83, para quem “essencial para que haja uma prestação de fato e não uma prestação de coisa é o fato a que o devedor se encontra vinculado não seja uma prestação de coisa. Se ele promete entregar uma coisa, a prestação não se converte em mera prestação de fato pela circunstância de ele ter de confeccionar previamente a coisa”.

⁴ “Toda obrigação de fazer ou de não fazer resolve-se em perdas e danos no caso de inexecução por parte do devedor”.

O mesmo já não ocorria, como não ocorre hoje, com a outra das espécies (obrigação fungível), na medida em que possível a realização do fato por outrem, que não o devedor, alcançado, no mais das vezes, nível, se não identificado, similar à prestação prometida.

À insuficiência que a regulação ostentava respondeu a doutrina, primeiramente, com a distinção entre *infungibilidade jurídica* e *infungibilidade material*, para concluir, no que respeita àquela, ser perfeitamente possível a superação, sem quebra do princípio da intangibilidade da vontade da pessoa humana. Assim, a execução das obrigações de declaração de vontade, entre nós regulada pelos arts. 639-641.

Avançava-se, sem dúvida nenhuma.

A modificação mais profunda, porém, viria com a minimização da resistência à execução específica das obrigações infungíveis, para tanto utilizados meios de coerção, ditos de execução indireta, por isso que instigam o devedor ao cumprimento, com a cominação de mal financeiro (multa); mas, ainda assim, cumprimento por ele.

Não se rompe com o princípio da intangibilidade, até porque, não raramente, absolutamente inviável a coação direta sobre a vontade do devedor renitente⁵.

De qualquer modo, alcança-se o patamar da execução específica a todas as espécies, elevada ao primeiro plano a realização mesma da obrigação pelo devedor.

Apenas na impossibilidade dessa (ou da *subsidiária por prestação equivalente*, quando fungível a obrigação), ou porque pela *execução subsidiária por indenização*⁶ tenha optado o credor, nas hipóteses de plena faculdade, envereda-se pela *conversão em perdas e danos*.

Não obstante a letra do art. 247 do Código Civil vigente⁷, a eventualmente permitir uma interpretação literal (e superada pelo ordenamento jurídico como um todo), a regra, hoje, é a da realização do direito do credor da prestação de fato pelo modo específico, circunstância que se reflete, no processo, em provimento mandamental do juiz para que o

⁵ O “rompimento de sponsais”, como lembra EDUARDO TALAMINI, não ensejam senão reparação por danos materiais e morais (EDUARDO TALAMINI. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e não Fazer*. São Paulo: RT, 2001, pp. 134/135).

⁶ As expressões em negrito são as utilizadas por FÁBIO ULHOA COELHO em seu *Curso* cit., vol. 2, p. 69 *et passim*.

⁷ Ao Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO não passou despercebida a circunstância, conforme se observa desta passagem de suas *Instituições de Direito Processual Civil* (São Paulo: Malheiros, 2004., vol. IV, p. 449): “O Código Civil do Século XXI também está nessa linha (refere-se o jurista de São Paulo à solução singela pela “conversão em pecúnia”, outrora imperante, conforme o demonstrava o art. 638, parágrafo, do CPC), mas a força da garantia constitucional do pleno acesso à justiça é maior e não permite que as coisas sejam hoje como eram nos tempos obscuros já superados”.

devedor cumpra o contratualmente programado ou o legalmente estabelecido. Outrora, se dizia “execução *in natura*”.

Apenas a *impossibilidade*, quando decorrente de culpa do devedor, implica, de pronto, na responsabilização por perdas e danos (art. 248, segunda parte, do Código Civil), porque alternativa não se coloca. Em se cuidando de “recusa a prestação” – para usar a linguagem do art. 247 do Código Civil – porém, a realização primeira é a da execução específica. Apenas pela vontade do credor, desviando o modo de realização para a execução pecuniária, ou a impossibilidade decorrente da renitência do devedor inadimplente conduzirá aos meios sub-rogatórios (se infungível a obrigação, outro não há senão o da execução pecuniária).

3. A AÇÃO REGULADA PELO ART. 461 DO CPC

Presente a advertência inicialmente feita – de que, na espécie, se mescla à cognição a realização mesma do direito posto em causa – dúvida não pode persistir quanto à circunstância de que ação prevista pelo art. 461 desenvolve-se através do procedimento comum, nas linhas traçadas pelo Livro I do CPC.

Está-se, aqui, diante de pretensão que ainda merece análise quanto à sua própria existência, validade e eficácia; em outros termos, pretensão destituída de título executivo. Assim não fora, desde logo se lhe abririam as portas do processo executivo típico, não obstante o previsto pelo art. 644.

Deste modo, indispensável que cuide, quem se afirme titular do direito de obrigação de conduta, da prova de sua alegação.

A ênfase que se tem dado aos pronunciamentos judiciais, sobre guardarem coerência com a inserção do artigo no capítulo “da sentença e da coisa julgada”, explica-se pela superação do norte estabelecido pelo art. 463.

Isso assentado, de observar-se que, não distinguindo o dispositivo regulador, o remédio jurídico por ele regulado alcança não apenas as *obrigações* de fazer e de não fazer, como também aquelas decorrentes da lei, ditas ordinariamente *deveres*.

Basta que se esteja em face de direito a comportamento determinado, para que, diante de iminência de violação ou em decorrência da infração mesma, abra-se oportunidade para o caminho delineado pelo art. 461.

O pleito estará dirigido – acaso não se tenha inclinado o autor pela solução subsidiária da indenização (art. 461, § 1º, primeira hipótese)⁸ – à

⁸ Isso ocorrendo, o que é perfeitamente possível, precipuamente naquelas hipóteses em que a opção é deixada ao credor da obrigação de fato (art. 247 do Código Civil), estar-se-á diante de pretensão de

tutela específica, compreendida esta como a realização, pelo demandado, da “exata prestação”⁹.

Ao efeito, oferta o legislador mecanismos de caráter coercitivo, tal como a *multa periódica*¹⁰, bem como de natureza francamente subrogatória, sob a genérica denominação de “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (art. 461, *caput, in fine*) ou “obtenção do resultado prático correspondente” (art. 461, § 1º, *in fine*).

Ressalta, tal e qual ocorria anteriormente, no plano da execução superveniente à sentença condenatória, a distinção que termina por ocorrer, conforme se esteja a cuidar de *obrigação infungível* ou *obrigação fungível*.

Posto se compreenda possível a cominação de *astreinte*, que é disso que se está a cuidar, em qualquer das espécies, é na primeira delas que se ostenta toda a sua virtualidade, pois o fazer é personalíssimo, alternativa não havendo – salvo a conversão em perdas e danos –, senão a de compelir o devedor ao comportamento devido.

Bem sucedido que tenha sido o autor, é a multa a medida instigadora de maior eficácia, naturalmente desde que tenha o devedor condições financeiras de resposta (Não é por outra razão, aliás, que entrega a lei ao julgador a consideração para com a *suficiência* e a *compatibilidade*, porquanto, antes de mais, de nada adiantaria uma cominação desta espécie, quando a possibilidade de coação fosse nenhuma.)

Diz-se, e com razão, que não se está a cuidar, aqui, de ressarcimento¹¹, senão que de meio de concitação ao cumprimento, motivo pelo qual não guarda a multa equivalência com a cláusula penal, não estando limitada por regra como a prevista pelo art. 412 do Código Civil¹².

natureza condenatória, a merecer resolução pelo remédio jurídico de igual natureza, não incidido o art. 461 do CPC.

⁹ FÁBIO ULHOA COELHO, Ob. e loc. cit., p. 7. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, mais analiticamente, leciona: “Diz-se específica a execução consistente na restauração direta do interesse sacrificado (Crisanto Mandrioli), mediante oferta, a quem tem um direito, da precisa situação que o obrigado deveria haver produzido e não produziu, ou que ele alterou sem ter o direito de altera-la , ou impediu que se produzisse quando devia ter permitido” (*Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004., vol. IV, p. 441).

No ponto, releva a observação de TEORI ALBINO ZAVASCKI de que “ao se propor ação com o objetivo de obter o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer há nela embutido, como pedido implícito, o da determinação de outras providências que assegurem o referido resultado prático, de modo que a compensação pecuniária de perdas e danos somente se dará se assim o requerer expressamente o autor ou se ‘impossível tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente’ (§ 1º)” (*Antecipação da Tutela*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2055, pp. 157/158).

¹⁰ A denominação, de CÂNDIDO DINAMARCO, parece incensurável. Cf., v.g., *Instituições* cit., vol. IV, p. 469. Não se afasta, porém, que possa ser *fixa*, o que ordinariamente se dará nas hipóteses de prevenção ao ilícito, como comum às obrigações de não fazer (Cf. TEORI ALBINO ZAVASCKI, ob. cit., p. 160).

¹¹ O previsto pelo art. 461, § 2º, do CPC, dá pleno sustento à tese, quando estabelece que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”.

¹² Repetindo a redação do art. 920 do Código Civil de 1916, estabelece o art. 412 do vigente: “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”

A fixação deve ser mesmo de valor considerável – presente a situação econômico-financeira do réu – para que logre atingir seu desiderato, que é o de fazer com que o sancionado, pesando entre o cumprir e o não cumprir, opte por aquele, justamente por menos oneroso¹³. Não há como esquecer: trata-se de *cominação* judicial, ameaça que apenas se concretizará diante da resistência do vencido na ação (ou do ainda demandado, em razão de provimento antecipatório)¹⁴.

O termo inicial de sua exigência¹⁵, portanto, será justamente o do vencimento do prazo que tenha estabelecido a sentença (ou, antes, o provimento antecipatório), esgotando-se a pretensão pecuniária apenas quando do cumprimento tardio da conduta ou da conversão em perdas e danos¹⁶.

A sub-rogabilidade da obrigação (*obrigação fungível*) traz como nota distintiva, no aspecto, apenas a circunstância de que a alternativa da “obtenção do resultado prático correspondente” também é causa de cessação da exigibilidade da multa.

No relativo à multa, há, inequivocamente, *condenação*. Gera esta, como em geral, título executivo, incumbindo à parte beneficiada – que o é,

¹³ Assim, apenas exemplificativamente, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “ (...) grave bastante para que o devedor, na contingência de optar entre sofrer o dano e cumprir a obrigação, seja levado a escolher o segundo termo da alternativa, razão pela qual não há cogitar necessariamente de proporcionalidade entre o valor de um e o de outra” (*O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 23ª ed., p. 218). No mesmo sentido, ARAKEN DE ASSIS, em seu apreciado *Manual da Execução* (São Paulo: RT, 2005, 9ª ed., p. 517), lecionando ser a pena pecuniária em referência “livremente fixada pelo juiz, sem relação objetiva alguma com a importância econômica do vínculo”. Não é diferente o posicionamento de LUIZ GUILHERME MARINONI, em sua obra *Tutela Inibitória*. São Paulo: RT, 1988, p. 175. O jurista paranaense admite inclusive a possibilidade de “fixação de uma multa progressiva”, “à semelhança do que ocorre com o direito argentino” (Ob. cit., p. 176).

¹⁴ Em razão de sua natureza de “sanção processual imposta como meio de coação psicológica, destinada a vencer a resistência do obrigado, para que ele cumpra o preceito”, da multa não se livra “aquele que litiga sob o pálio da justiça gratuita” – ensina, com razão, J. E. CARREIRA ALVIM (*Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 113 e 116, respectivamente).

¹⁵ *Eficácia* talvez seja o termo mais adequado, porquanto, como o ensina MARINONI, há que se distinguir “o momento a partir do qual a multa torna-se eficaz do momento a partir do qual ela pode ser cobrada” (*Tutela Inibitória* cit., pp. 181-182). Realmente o caráter coercitivo da sanção pecuniária reside na sua virtualidade. Outra não é a lição de CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições* cit., IV, pp. 473-474. Divergente, francamente, é a posição de EDUARDO TALAMINI (Ob. cit., pp. 253-255).

O art. 12, § 2º, da Lei 7.347, de 24.7.85 (Lei da Ação Civil Pública), posto específica, adota a solução explicitamente.

O Professor ARRUDA ALVIM ao dispositivo recordou, para concluir que, embora a incidência imediata à decisão, o ensejo à cobrança ou à execução se dará apenas “a final” (*Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 1991, p. 194).

¹⁶ Há dissenso na doutrina, inclinando-se alguns pela cessação de sua exigibilidade (= termo final) tão logo exercite o beneficiado a conversão em perdas e danos (v.g., EDUARDO TALAMINI. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e não Fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 249) e outros pelo de que, ilimitada a incidência, esta ocorrerá “até que o credor embolse o respectivo *quantum*, como equivalente pecuniário da prestação originariamente devida” (BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 220; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS. *Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 83).

Artigo publicado em:

Revista jurídica . Porto Alegre : Notadez v. 53, n. 338, (dez. 2005), p. 39-49. ISSN 0103-3379

em nosso sistema, o vencedor – a dedução de pretensão executiva através do meio comum de execução das prestações pecuniárias (art. 646 e segs.). Na ação condenatória, e nisso ela se distingue das ações executivas *lato sensu*, a eficácia executória é diferida (= não é imediata).

Em que pese a franca inclinação da lei por dar sustento à realização do direito de crédito nos exatos termos a que se obrigara o devedor, a fungibilidade da obrigação permite que se alcance o resultado visado por *prestação equivalente*, conforme se observa do previsto pelo art. 249 do Código Civil¹⁷.

É tendo isso em vista que o art. 461 do CPC prevê a possibilidade de solução que alcance ao vencedor “resultado prático equivalente (ou correspondente) ao do adimplemento”.

Destaca-se, aqui, sem dúvida, a realização de atividade por outrem, com habilitação, se não igual, assemelhada ao do devedor. De recordar-se os exemplos ordinariamente registrados pela doutrina, do carpinteiro que não fabricou o mobiliário ou do empreiteiro que não ergueu o muro a que se haviam obrigado (ou que não completaram a atividade).

Evidentemente que não se esgota nisso a execução subsidiária por prestação equivalente. Na doutrina especializada, recorda-se o agir material constante de “*lacrar a casa noturna*” que, pelo “*volume dos sons que emite*”, perturba a vizinhança¹⁸ ou o de “*lacre de equipamento poluente, diante da inércia do réu em instalar filtros*” ou mesmo “*a intervenção de auxiliar do juízo na administração da empresa, a fim de adotar procedimentos e condutas (ativas ou omissivas) que vinham sendo descumpridos*”¹⁹.

A prestação por terceiro, entretanto, expressa no Código Civil, é a alternativa mais comum.

¹⁷ “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor manda-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível”.

¹⁸ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. Vol. IV, p. 451. A Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, em artigo amiúde lembrado, já registrara a possibilidade até de interdição do estabelecimento que se recusasse à ordem de instalação de filtro para evitar a poluição (*Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*: Revista de Processo, 89, pp. 65-76, esp. P. 67).

¹⁹ Os exemplos são fornecidos por TALAMINI, na sua excelente monografia sobre o assunto (Ob. Cit., p. 286). O jurista, aliás, dedica algumas páginas a esta medida atípica (porque não arrolada pelo art. 461, § 5º), conforme se vê no Capítulo 10, item 10.4 (pp. 270-279). LUIZ GUILHERME MARINONI, jurista dedicado ao tema, conforme notório, igualmente sustenta ser “possível a nomeação de administrador para que sejam implementadas decisões relativas a questões que dizem respeito à vida interna de sociedades comerciais” (*Tutela Específica*. São Paulo: RT, 2000, pp. 77/78). Também CÂNDIDO DINAMARCO, posto acentuando a excepcionalidade (“em casos extremos” registra), oferece exemplo de nomeação de um “*administrador judicial* encarregado de fazer o que o renitente insiste em não fazer”, aludindo a hipótese de funcionário público que negue assinatura a ordem-de-serviço dependente apenas deste elemento (*Instituições cit.*, vol. IV, pp. 452/453).

Já se encontrava, conforme sabido, no processo de execução das obrigações de fazer, segundo previsão do art. 634, ali estabelecidas regras para um verdadeiro procedimento concorrential.

A aplicação subsidiária das regras do Livro II à ação regradada pelo artigo 461 dão o norte (art. 644), mas parece inequívoco que, quanto à esta última, demasiado apego àquele proceder foge dos fins de efetividade, que impõe alguma informalidade²⁰. E não é só: também na hipótese de tutela pelo equivalente, conforme se infere da só leitura do dispositivo, aplicáveis, inclusive de ofício, as “medidas necessárias” a que alude o art. 461, § 5º. Por isso, adequado se exhibe o ensinamento de EDUARDO TALAMINI, quando, para o custeio das atividades de preordenação, recorda a possibilidade de constrição judicial sobre o patrimônio do devedor, com o bloqueio de importâncias depositadas em instituições financeiras ou a apreensão de receitas²¹. Ao efeito, por suposto, há de ponderar o juiz os interesses em jogo, assim como verificar a adequação do meio executivo – o que implica em reconhecer-se que a solução há de ser a do caso, impossibilitada generalização.

Nem sequer a eventual maior gravidade da solução pelo equivalente, no entanto, deve demover o juiz²², porquanto também a possibilidade aberta pela lei serve como estímulo ao devedor ao cumprimento específico.

Conforme já adiantado, seja para o cumprimento do pronunciamento mandamental (liminar ou final), seja para a realização do ato equivalente, de caráter inegavelmente executivo, auxiliam o juiz as “medidas necessárias” exemplificativamente arroladas no art. 461, § 5º, inclusive com a viabilidade de “requisição de força policial”.

A leitura do texto atual do art. 461 não permite a menor dúvida de que os meios todos estão voltados à solução, quando não identificada com aquela devida, segundo o programa contratual ou a previsão legal, no mínimo a ela assemelhada.

O recurso à solução simplista da tutela pelo equivalente pecuniário – dita ordinariamente “conversão em perdas e danos”²³ – é o derradeiro (ressalvada, naturalmente, a opção do credor, a qual, ainda assim, encontrará abrigo mais cômodo nas obrigações estritamente contratuais²⁴).

²⁰ Disse-o bem CÂNDIDO DINAMARCO, ser “próprio à execução imediata” o “informalismo” (*Instituições* cit, vol. IV, p. 456)

²¹ Ob. Cit., p. 291.

²² Cf. CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições* cit., vol. IV, p. 451.

²³ Assim no art. 461, § 5º.

²⁴ A Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, já na primeira hora, alertava para a ausência de um direito absoluto de opção pelo credor à conversão em perdas e danos, por isso que impositivo verificar se não se torna excessivamente gravoso (Trabalho cit., p. 70). Com o entendimento, concorda VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, posto cuidar-se de anotação voltada às relações de consumo (*Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 336). CÂNDIDO DINAMARCO, na mesma

Artigo publicado em:

Revista jurídica . Porto Alegre : Notadez v. 53, n. 338, (dez. 2005), p. 39-49. ISSN 0103-3379

De qualquer modo, essa com versão há de se operar “sem prejuízo da multa” – registra o art. 461, § 2º.

E, com efeito, não fora assim, estar-se-ia a estimular o devedor à solução que é justamente a última no programa do legislador.

Embora sem a profundidade que seguramente merece o tema, imperioso recordar aqui a possibilidade de antecipação dos “efeitos práticos”, sejam eles expressos como ordens ou como atos executivos.

O art. 461, § 3º, em regra especial, mas não apartada do regime geral estabelecido pelo art. 273, presentes os pressupostos da relevância do “fundamento da demanda” e do justo receito de ineficácia do provimento final, admite a tutela antecipada – que se há de deferir, não obstante o silêncio do dispositivo, em face de requerimento do autor²⁵.

Tal requerimento – possível tanto na pretensão estritamente mandamental (tutela específica, entendida como cumprimento pelo devedor) quanto na executiva (execução pelo equivalente) – , não tem momento único para enunciação. “*Pode ocorrer que o risco de ineficácia se faça presente mais adiante, quando da audiência, ou mesmo na fase recursal, e nada impede que o autor requeira a medida em qualquer desses momentos, como, aliás, ocorre com a antecipação da tutela pelo regime geral do art. 273*” – leciona TEORI ALBINO ZAVASCKI²⁶.

A circunstância de este último dispositivo legal assentar o “regime geral” da tutela antecipada, permite também a inferência de que também invocável, na ação de que cuida o art. 461, a hipótese do art. 273, II²⁷.

Uma última palavra sobre a *natureza* da “ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 461, *caput*).

Àqueles que trabalham com a classificação quinária, desenvolvida por PONTES DE MIRANDA em sua obra²⁸, quero crer, dúvida não terão de classificar esta ação como *mandamental*, por isso que é a *ordem* a eficácia preponderantemente objetivada pelo proponente (“força da sentença”, na expressão do jurista).

linha, chega a advogar a indispensabilidade do “assentimento” do obrigado, para que a conversão ser opere (Instituições cit., vol. IV, pp. 450-451. A restrição, porém, parece, como o prefere EDUARDO TALAMINI, mais apropriada a espécies em que em discussão direitos indisponíveis, e não naqueles disponíveis, quando a conversão por perdas e danos é efetivamente faculdade do credor, originada do inadimplemento do devedor da prestação de fato (Ob. cit., pp. 327-329).

²⁵ Com razão TEORI ALBINO ZAVASCKI, ob. cit., p. 173.

²⁶ Ob. cit., pp. 171/173.

²⁷ Cf., também aqui, TEORI ALBINO ZAVASCKI, ob. cit., pp. 170/171. Como diz o ilustre magistrado e jurista, não “teria sentido algum supor que o dispositivo do art. 461, exatamente aquele que consagra mecanismos que privilegiam a tutela específica e célere das prestações de fazer e não fazer, tenha pretendido também, e paradoxalmente, retirar dela as vias de antecipação asseguradas a todas as demais”.

²⁸ Por todas, *Tratado das Ações*. São Paulo, RT.

A sentença de procedência, porquanto a resposta estatal à pretensão deduzida, do mesmo modo terá a natureza de mandamental: “*na sentença mandamental, o ato do juiz é junto, imediatamente, às palavras – o ato, por isso, é dito imediato*”²⁹.

O provimento judicial não viabiliza realização substitutiva, senão que determina que o devedor da obrigação faça, porque a ele é dado o fazer, antes de mais (e algumas vezes sem alternativa outra).

Não é por outra razão que a cominação de pena pecuniária está fortemente ligada à espécie.

Aos que persistem na classificação tríplex – de aceitação francamente majoritária, impõe-se reconhecer – a ação (e a respectiva sentença de procedência) haverá de ser classificada como *condenatória*, mas de uma especialíssima natureza, porquanto, além de ordenar – o que se tem por impróprio à condenação – implicará em efeito executivo imediato, e não diferido (como próprio às condenatórias). Será, como já se disse, uma condenatória “auto-executável”, subespécie portanto.

Já o pronunciamento judicial que encaminha ao “resultado prático equivalente ao do adimplemento” merece classificação diferente. Aqui, está-se, francamente, diante de *sentença executiva*, porquanto ensejadora – apenas com esta característica, da *imediatidade*, porque a discussão da própria legitimidade da conduta invasiva se opera em único processo³⁰ – de

²⁹ PONTES DE MIRANDA. Ob. cit., I, p. 211. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, como sabido, desenvolve, em seu *Curso de Processo Civil* (São Paulo: RT, vol. 2, 4ª ed., p. 335 e segs.), uma “teoria da ação mandamental”, fundando-se na resistência da doutrina e na insuficiência da exposição de PONTES DE MIRANDA. De saída, realça a circunstância de que “a ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa”. Em seguida, observa que este “elemento eficaz” é a que a faz “diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento”, aproximando-a das “ações executivas” – porque em ambas há “atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento”. A partir daí, o professor gaúcho investiga os fundamentos históricos da espécie estudada, situando os pródromos nos interditos romanos: “o pretor romano não condenava, mas, ao contrário, ordenava que o demandado fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa” (Ob. e loc. Cits., p. 336).

³⁰ Esta característica, e não apenas a da imediatidade do efeito executivo, é que diferencia a ação executiva *lato sensu* da ação condenatória – lecionam OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (*Teoria Geral do Processo Civil*. Porto Alegre: LeJur, 1983, pp. 273-274) e ARAKEN DE ASSIS (Ob. cit., p. 80). É deste último a observação, depois de lembrar a lição de PONTES DE MIRANDA, quanto à “força executiva”: “Ela é imediata (eficácia) quando a incursão na esfera jurídica do réu mira valor identificado, que lá se encontra de maneira já reconhecida como ilegítima no pronunciamento judicial, e, portanto, dispensa novo processo (...)”. A espécie, porém, desagrada a J. C. BARBOSA MOREIRA, que sobre o tema publicou ensaio sintomaticamente intitulado *Sentença Executiva?* (Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, 27/5). A crítica, no ponto, porém – estaria a se deslocar “o problema para o campo do direito material” (p. 15) – ignora que ao formulador da classificação quinária da constante quinze dúvida não havia quanto à circunstância: “O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta ao direito material, porque o fim precípua do processo é a *realização do direito objetivo*. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material” (Ob. e loc. Cits., p. 126).

Artigo publicado em:

Revista jurídica . Porto Alegre : Notadez v. 53, n. 338, (dez. 2005), p. 39-49. ISSN 0103-3379

pronta transferência de “*valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados*” para pô-lo “*no patrimônio do demandante*”³¹.

Estivéssemos a cuidar da “conversão em perdas e danos” – assunto não regulado pelo art. 461, conforme já o dissemos – diferentemente, a ação (e respectiva sentença de procedência) teria a natureza de *condenatória*, por isso que a eficácia preponderante não é a de execução – efeito diferido – senão da reprovação estatal da conduta do demandado (por isso, condenado)³².

Esse juízo de valor, proclamado, enseja-lhe nova oportunidade de cumprimento. Sua recalcitrância, porém, permitirá apenas – não importa se com menor ou maior complexidade – um procedimento estatal de desapropriação, para extrair de seu patrimônio algo que, transformado, possa ingressar no patrimônio do vencedor da demanda condenatória.

³¹ PONTES DE MIRANDA. Ob. e loc. cit., p. 212.

³² PONTES DE MIRANDA deu o devido realce ao elemento axiológico que se agrega ao juízo existencial, mas tem passado despercebido, segundo pensamos. Registra o jurista: “*Condenar* não é declarar a injúria; é mais: é ‘reprovar’, ordenar que sofra. Entra, além do *enunciado de fato*, o *de valor*. A sentença que somente declarasse ter o réu incorrido em pena seria declarativa, não condenatória. O que leva alguns juristas a falarem de declaração é o efeito declarativo contido na sentença ou junto à parte da sentença que produz a força de condenação” (Tratado cit., t. I, pp. 209/210).