

Apontamentos sobre a tutela jurisdicional específica do artigo 461 do CPC

Deilton Ribeiro Brasil

SUMÁRIO

1) - Justificativa proemial. 1.1) - Intróito. 2) - Breve incursão no Direito Comparado. 2.1) - Itália. 2.2) - França. 2.3) - No Direito anglo-americano. 3) - Algumas considerações iniciais. 3.1) - O princípio da efetividade aplicado ao processo. 3.2) - A efetividade na execução. 4) - Antecipação da tutela específica no Brasil. 5) - Conceito das obrigações de fazer e de não fazer. 6) - Das alterações introduzidas na lei processual civil quanto às obrigações de fazer e não fazer. 6.1) - A opinião de Thereza Alvim. Execução específica das obrigações de fazer e não fazer fungíveis e infungíveis. 7) - Tutela jurisdicional específica no artigo 461 do CPC. 8) - Medida liminar em antecipação de tutela específica. 8.1) - Periculum in mora e fumus boni juris. 8.2) - Pressupostos para antecipar tutela com base no parágrafo 3o do artigo 461 do CPC. 8.3) - Aplicação subsidiária do regime do artigo 273 do CPC. 8.4) - Antecipação de Tutela em Ações declaratória e Constitutiva. 8.5) - O problema da natureza da Tutela urgente de cognição sumária nas ações declaratória e constitutiva. 9) - Tutela executiva. 10) - Sentenças que condenam a prestar obrigação de fazer e sentenças mandamentais. 11) - Obrigações que não autorizam o emprego do processo executivo para cumprimento da obrigação de fazer. 12) - Multa como desestímulo à recalcitrância do executado - atuação sobre a vontade. 12.1) - Aplicabilidade em execução de título judicial ou extrajudicial. 13) - Medidas de apoio na consecução da tutela. 14) - Algumas considerações finais acerca da Tutela inibitória. 14.1) - Tutela inibitória. 14.2) - Pressupostos da Tutela inibitória. 14.3) - Tipicidade ou atipicidade da inibitória. 14.4) - O novo artigo 461 do CPC e a Tutela Inibitória. 15) - Conclusão. 16) - Bibliografia.

1) - JUSTIFICATIVA PROEMIAL

Em um determinado momento, o processualista acordou e observou que a Justiça Civil era elitista - porque estava afastada da grande maioria da população, que, por várias razões, evitava recorrer ao Poder Judiciário - e inefetiva, já que não cumpria aquilo que prometia, principalmente em virtude de sua lentidão . Nesse sentido Roberto de AGUIAR informa-nos que "a justiça não é para os pobres, nem os pobres são para os advogados. Essa é uma crise evidente e de alta periculosidade para a própria inteireza social, que pode ser atingida por uma pulverização libanizada de interesses, ou por um apartheid social conforme os analistas políticos. Nessa voragem os advogados desaparecem, melhor dizendo, a função social do advogado perde sua significação".

Cândido Rangel DINAMARCO acrescenta ainda que "tal constatação foi possível, porque o estudioso passou a encarar o processo civil através de um ângulo externo e eminentemente crítico". A reforma do Código de Processo Civil reflete esse pensamento que visa combater a inefetividade do procedimento ordinário, trazendo significativas modificações, através da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1.994 que deu nova redação ao artigo 461 do CPC, constituindo-se a tutela específica das obrigações de fazer e não

fazer, dentre outros institutos, o único sinal de esperança, em meio à crise que afeta a Justiça Civil, isto porque a técnica antecipatória visa precipuamente a distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação elimina uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça.

1.1) - INTRÓITO

Kazuo WATANABE, um dos membros da Comissão que promoveu a revisão do Código de Processo Civil e defensor da ampliação dos mecanismos de provisória e imediata tutela aos direitos subjetivos, ensina-nos que toda a recente remodelação de nosso ordenamento jurídico formal parte de uma tomada de consciência do que realmente deve ser o acesso à Justiça, previsto em nossa Carta Magna como garantia fundamental.

"O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuidasse de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução".

Dentro dessa perspectiva de estimular os responsáveis pela prestação jurisdicional a outorgarem às partes litigantes um processo caracterizado pela efetividade e "tempestividade da tutela", foi que a Lei nº 8952/94 concebeu "a antecipação de tutela específica".

Como bem ponderou Kazuo WATANABE, a inovação em causa não representou uma simples alteração procedimental que pudesse agilizar o processo. Houve, na verdade, "inovação nos tipos de provimentos jurisdicionais, com relevante repercussão nos poderes do juiz".

Com efeito, o que se autorizou ao juiz foi o uso de expedientes executivos, de variado teor, antes mesmo de encerrar o processo de conhecimento e antes também de proferir a própria sentença de mérito, investindo o juiz a executar provisoriamente uma sentença que ainda não foi proferida, mas que as circunstâncias da causa o autorizam a prevê-la.

Para Ovídio Araújo Baptista da SILVA, todas as ações executivas lato sensu introduzidas em nosso sistema pelo artigo 461, tem potencialidades transformadoras do anacrônico Processo de Conhecimento que ainda não foram inteiramente descobertas, mas que é previsível e desejável que a prática judiciária as descubra e as torne realidade. Tanto mais notável e verdadeiramente revolucionária apresenta-se essa original inovação, por se tratar de tutela das obrigações de fazer e não fazer, ponto dos mais sensíveis em toda a crise do processo executivo, se considerarmos, primeiro, nossa reconhecida incapacidade de conceber um instrumento executório para a tutela desta classe de obrigações, presos como estamos à idéia romana da incoercibilidade do vínculo obrigacional, tal como esta concepção nos foi transmitida pela doutrina francesa do século XVIII.

Segundo, se tivermos presente a decisiva importância de aparelhar nosso instrumental executivo para dar tutela adequada às obrigações de fazer e não fazer pois, como disse um jurista português, João Calvão da SILVA, "a economia contemporânea expande-se através de "prestações de fatos", não mais, como nas economias pré-capitalistas, e até mesmo nas fases iniciais do capitalismo, através de troca e coisas gerais; não como agora através de prestações de serviços, em quase sempre infungíveis".

Na verdade, a introdução das medidas antecipatórias que o legislador, valendo-se de uma providencial dose de sutileza, de modo a não despertar reações indesejáveis, pretendeu inserir no Processo de Conhecimento, serviu para mostrar que esta gloriosa instituição do racionalismo dos séculos anteriores, não aceita qualquer espécie de antecipações do *meritum causae*, porque não admite, em última análise, juízos de verossimilhança, de onde se pudesse extrair execução, que o Processo de Conhecimento não possui.

Como se vê, a reforma do processo executivo foi mais profunda do que se imagina. Além de ampliar-se o processo executivo obrigacional do Livro II do Código de Processo Civil, legitimando a formação de títulos executivos negociais para as pretensões a haver coisa certa, e autorizar a constituição negocial genérica de títulos executivos para as pretensões por quantia certa - também por este lado reduzindo o campo do Processo de Conhecimento -, a reforma foi muito mais longe, abalando profundamente seus alicerces, pois, ao que tudo indica, a utilização das medidas antecipatórias haverá de estender-se, ao ponto de transformar em exceção o procedimento ordinário, que hoje é nossa regra absoluta, de modo que se reduza o enorme e catastrófico desequilíbrio estrutural entre a condição jurídica dos litigantes, inerente ao Processo de Conhecimento e à ordinaryidade. E continua Ovídio Araújo Baptista da SILVA, "se esta teria sido a extensão da reforma no que se diz respeito ao Processo de Execução, cabe indagar da verdadeira dimensão da reforma no que se refere ao Processo Cautelar".

Para que se tenha uma visão adequada da reforma no que tange ao Processo Cautelar, é indispensável distinguir entre a idéia de processo, como continente, e o conceito de lide como seu conteúdo. Nunca a necessidade da distinção entre esses dois planos se fez tão presente, como no caso de nossa experiência judiciária com o Processo Cautelar.

É lícito afirmar que a tendência histórica que nos persegue desde os últimos estágios do direito romano, conduzindo-nos para a universalização da ordinaryidade, com a separação entre cognição e execução, atingiu seu ponto culminante, em nosso sistema, com a edição do Código de 1973. Esse tipo de procedimento - não vem ao caso discuti-lo agora - quando universalizado, suprime a possível utilização de vias alternativas de tutela processual da urgência, coisa com que o Processo de Conhecimento não se preocupa, enquanto instrumento concebido para abrigar demandas plenárias, tratando-as sob forma ordinária. Esta circunstância provocou, como era de esperar, a utilização massiva do Processo Cautelar para, através dele, veicularem-se demandas satisfativas urgentes, que não encontravam meios jurisdicionais compatíveis com suas necessidades, no Processo de Conhecimento.

Para Andrea PROTO PISANI, o nosso processo cautelar que, aliás, nascera com notória

vocação para abrigar demanda de tipo monitório ou injuncional, tornando-se em nossa experiência judiciária, o instrumento providencial para a tutela das pretensões de natureza urgente.

Criou-se, a partir desta contingência, uma situação singular em nossa prática judiciária. Sob a forma (exterior) de um processo cautelar, passou-se a veicular demandas satisfativas urgentes, algumas delas conhecidas, com uma boa dose de mau gosto e inteira impropriedade lógica, como "cautelares satisfativas". Quer dizer, o Processo Cautelar contaminou-se de demandas satisfativas que, em princípio, haveriam de ser ordinárias, nas quais se incrustava, sem muita cerimônia, uma medida liminar, às vezes separando-as em um procedimento "cautelar" preparatório. Esta prática, de resto, nada tinha de original, pois, como se disse, nosso Processo Cautelar era vocacionado para as formas de tutela antecipatória, as quais, pelo fato de o serem, haveriam necessariamente de ser satisfativas da correspondente pretensão de direito material.

As vertentes italianas de nosso Processo Cautelar nunca esconderam essa realidade e sempre tiveram os provvedimenti d'urgenza de seu sistema como técnica antecipatória (veja-se a consagração desta verdade na obra de Ferruccio TOMMASEO que, tratando dos célebres provvedimenti d'urgenza do artigo 700 do Código Italiano, informa, no subtítulo da obra, estar a dissertar sobre "tutela antecipatória"). Embora o legislador tenha feito apenas algumas modificações, que poderiam ser consideradas superficiais, no campo do Processo Cautelar, a retirada de seu interior das medidas antecipatórias, transferindo-as para os artigos 273 e 461 do CPC, teve o mérito inegável de purificar a tutela cautelar, numa tentativa de tornar o respectivo procedimento, uma forma exclusiva da tutela de segurança, resultado sem dúvida altamente promissor, posto que acabará obrigando os juristas e especialmente os práticos a buscarem uma compreensão mais adequada do que seja realmente esta forma de tutela processual. A rigorosa conceituação do que sejam as medidas cautelares acabará suscitando a questão preliminar da existência ou não de uma pretensão à segurança, como classe especial e autônoma de pretensão de direito material.

E este novo resultado seria indiscutivelmente desejável, se não por outras razões, pelo fato de recolocar, em tela de julgamento, a questão da existência e utilidade prática do conceito de pretensão de direito material, que a doutrina em geral não aceita. Como se vê, as conseqüências reflexas da reforma dos Processos de Execução e Cautelar vão muito além do que à primeira vista se poderia supor.

2) - BREVE INCURSÃO NO DIREITO COMPARADO

2.1) - NA ITÁLIA

Humberto THEODORO JÚNIOR, invocando Piero CALAMANDREI, lembra que o renomado processualista italiano já nos falava de uma inquietação na consciência jurídica universal, em torno da necessidade de evitar o perigo de a demora do processo comum transformá-lo em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material de parte vencedora. Manifestando essa preocupação crescente, Federico CARPI acrescentou ainda que: "a perspectiva não é nova; o que é novo em nossa época é a consciência nos ordenamentos

modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos não é efetiva se não é obtível rapidamente".

E continua o mesmo autor a afirmar que é possível classificar, em nosso direito, as espécies de tutela urgente que se valem do Processo Cautelar, basicamente em três grupos - mesmo depois da introdução das medidas antecipatórias dos artigos 273 e 461 do CPC: I) tutela de urgência satisfativa autônoma; II) tutela de urgência satisfativa interinal; e III) tutela de urgência propriamente cautelar.

Acrescenta-se ainda às três espécies tratadas pelos processualistas italianos mais uma que é, na verdade, toda a essência da concepção de Piero CALAMANDREI que se refere ao denominado "poder cautelar geral" do juiz, a dar ensejo às chamadas medidas cautelares ex officio.

E, seguindo essa mesma linha, Giuseppe TARZIA advertia que "como não se admitia mais excluir a tutela provisória do âmbito do processo civil, não mais se podia também restringi-la apenas a uns poucos casos especificados ou reservá-la para determinados litigantes, já que isto acabaria por gerar novas formas de tutela privilegiada e sumária, com resultados evidentemente lastimáveis".

Evoluiu-se, então, em todo direito europeu, para o rumo de conceber a tutela provisória tanto para conservar como para regular a situação jurídica material das partes. Giuseppe TARZIA ainda comenta que, somente não se permitia a liberdade de interferir no relacionamento substancial litigioso, nos casos de emergência, quando a regulação provisória da lide fosse de tal modo a impedir reversão no julgamento definitivo do mérito, caso se tornasse necessário julgar a causa, afinal, de modo diverso. Tal conclusão advém de suas próprias palavras: Il punto essenziale, a mio avviso, è che il regolamento provvisorio non ostacola il regolamento definitivo, che sarà dato dal giudice del merito.

Sobre a possibilidade de utilizar as medidas de urgência para antecipar efeitos do possível julgamento de mérito, dentro daquilo que se denominava regolamento provvisorio do litígio, Giuseppe TARZIA dá seu testemunho de que a idéia assumiu foros de generalidade entre os principais países europeus: in Germania, in Francia, in Svizzera, in Belgio, in Austria, in Grecia, in Italia, da ultimo anche in Spagna, ci si è spinti fino ad ammettere che la misura di urgenza possa tal volta anticipare la sentenza definitiva, cioè accordare al richiedente, dal punto di vista degli effetti, la medesima tutela, che otterrebbe, se riuscisse vittorioso, attraverso la procedura ordinaria.

Registra Giacomo OBERTO que a idéia de se permitir ao juiz, no curso do processo ordinário de conhecimento, proferir provimentos antecipatórios de condenação, constitui uma constante de todas as recentes propostas do Código de Processo Civil italiano. Os provimentos antecipatórios que, no direito peninsular, podem ser proferidos pelo juiz do processo de cognição, no âmbito deste, são destinados a satisfazer a exigência de economia dos juízos, quando a pretensão (pretesa), baseada em critério objetivo, seja "presumivelmente" fundada, ou falte uma séria contestação.

Andrea PROTO PISANI, em seu artigo appunti sulla tutela cautelare nel processo civile

adverte-nos que a tendência moderna orienta-se no sentido de dar maior relevância à efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, com o correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena.

E, não obstante os sistemas jurídicos tradicionais tenham dedicado pequena importância às formas de tutela urgentes, particularmente as codificações do século XIX, propaga-se hoje o entendimento de que a tutela cautelar atípica constitua uma componente *essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale*", sempre que houver risco de dano irreparável, de modo "che nessun legislatore ordinario potrà pretermettere, pena la entrata in crisi dei più elementari principi cardine di ogni moderno sistema processuale.

Luigi Paolo COMOGLIO diz que a maior ou menor extensão dependerá de fatores e contingências políticas e históricas, mas sua dimensão constitucional é hoje reconhecida tanto pela doutrina europeia quanto pelos juristas americanos.

2.2) - NA FRANÇA

Inexistia regulamentação geral do poder de cautela e de medidas provisórias como no direito alemão e no italiano, a possibilidade de antecipação de tutela foi também acolhida, sob a justificativa de existirem questões de mérito cujo retardamento de solução se revela insuportável. Eis como se passou, na França, a evolução da tutela provisória segundo Roger PERROT, citado por Humberto THEODORO JÚNIOR: *au siècle dernier, elle avait surtout pour rôle d'assurer la conservation des biens litigieux ou d'aménager temporairement une situation contentieuse en attendant le jugement définitif. De nos jours, ce rôle premier n'a pas disparu. Mais une autre fonction s'est développée qui gagne en importance et qui consiste moins en une mission de sauvegarde qu'en une anticipation sur la décision définitive. Avec la mesure provisoire on cherche à gagner du temps et à répondre aux besoins le plus impérieux en devançant éventuellement le jugement (ou l'arrêt) que, plus tard rendra le tribunal (ou la cour).*

Dentro desse quadro evolutivo, o direito francês moderno, segundo a doutrina e a jurisprudência, conhece três modalidades de medidas provisórias citadas ainda por Roger PERROT:

- i) *mesures d'attente* (modalidade clássica da tutela cautelar), por meio das quais se busca resguardar a situação litigiosa do perigo de dano, mas sem avançar no rumo de qualquer julgamento sobre o mérito (arresto, seqüestro, produção antecipada de prova, depósito de bens etc);
- ii) *mesures provisoires qui anticipent sur le jugement* (modalidade moderna de "tutela antecipada"), que produzem resultados provisórios de satisfação imediata do direito do litigante;
- iii) *mesures provisoires qui anticipent sur l'exécution* (modalidade moderna, também, de "tutela antecipada") que permite ao juiz, antes do trânsito em julgado, autorizar a provisória execução da sentença, ainda pendente de recurso, sempre que considerá-la necessária.

2.3) - NO DIREITO ANGLO-AMERICANO

Luiz Guilherme MARINONI ensina-nos, citando Michele TARUFFO, que o direito anglo-americano, através da equity, tem criado instrumentos adequados às reais necessidades de tutela. E explica mais: "a razão essencial da equity está na oportunidade de fornecer remedies a situações não tuteláveis at law, à medida que estas situações emergem como economicamente relevantes, necessitando, pois, de tutela na forma jurisdicional. A equity nasce e se expande com base na necessidade de dar tutela aos novos direitos que emergem nos vários momentos históricos, constituindo assim um potente fator de adequação do sistema jurisdicional às necessidades reais de tutela". Acrescenta ainda o renomado processualista italiano que a injunction, ao impor a specific performance da obrigação de fazer ou de não fazer, bloqueia a eventualidade substitutiva do ressarcimento do dano derivado do inadimplemento. Nesse caso, ou se recorre a formas de execução específica por sub-rogação, quando for possível, e quando a Corte o julga oportuno, ou a execução é deixada ao obrigado, que, em caso de inadimplemento, é punível a título de contempt of Court.

Sergio CHIARLONI também esclarece que, "na sentença mandamental, é preciso que se perceba, guarda relação com o direito anglo-americano, onde o contempt power não pode ser compreendido apenas através do ângulo técnico-jurídico, já que foi nitidamente influenciado pela ética protestante, com o seu inegável acento sobre a responsabilidade pessoal". Além disso, convém advertir que o juiz do direito continental europeu não dá ordens não apenas porque o legislador deu preferência ao sistema fundado na sentença condenatória e no processo de execução, mas, fundamentalmente, porque a sua figura não tem a mesma relevância que a do seu colega do direito anglo-americano .

Assim, se determinadas situações, particularmente a das obrigações infungíveis, revelam a inefetividade da sentença condenatória, não é possível que a desfiguremos, mantendo o seu velho nome, sem discutir tudo o que está por detrás da verdadeira sentença condenatória e da injunction.

3) - ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

3.1) - O Princípio da efetividade aplicado ao processo

Para Luís Roberto BARROSO por princípio da efetividade designa-se o postulado de que as normas jurídicas dotadas de eficácia formal devam ser efetivamente implementadas no mundo dos fatos. Tão importante quanto analisar a regularidade formal das normas constitucionais, penais, civis, etc. é perquirir se tais comandos vêm sendo concretizados no mundo fenomênico; se não se concretizam, porque isto ocorre e o que fazer para que passem a se concretizar, e, caso se concretizem, quais as conseqüências concretas que disto advêm.

No âmbito do Direito Processual, a questão da efetividade adquire um novo matiz. Já não se trata de saber se as normas de Direito Processual se atualizam no mundo fático, mas antes de saber se tal concreção contribui para a efetividade das normas e aspirações consagradas nos ramos ditos substantivos do Direito. Sendo o Direito Processual

caracterizado por seu aspecto instrumental, a "efetividade do processo" há que ser entendida não como um fim-em-si, mas como um postulado necessário para viabilizar-se a efetivação dos demais ramos jurídicos, uma vez que é preciso que as normas sejam aptas ao conceder ao litigante tudo aquilo que ele teria direito, se não houvesse tido resistência.

Do ponto de vista do direito substantivo, o processo é, ele próprio, um meio de efetivação. Assim, para atingir o objetivo que se acha por trás do clamor de efetividade do processo - o de efetividade do direito material -, eventualmente será necessário até mesmo preconizar-se a revogação de certas disposições processuais e relativizar-se determinados princípios tradicionalmente caros a este ramo. Em suma: mais importante do que a efetividade do processo é a efetividade (do direito material) pelo processo.

Para Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTHA efetividade do Direito Processual, portanto, não se confunde com a efetividade das normas processuais, e neste ponto o Direito Processual distingue-se dos demais, em que a efetividade é vista, justamente, como a aspiração de concreção de suas normas particulares.

Aliás, a concreção das normas de Direito Processual se mostra muito menos problemática do que a dos demais ramos jurídicos, uma vez que ele se destina não a leigos, mas aos próprios operadores do Direito.

É mais fácil por em prática uma norma processual do que, por exemplo, uma de direito civil, cuja aplicação se acha sujeita a uma série de condicionantes culturais. Por isso mesmo, como estratégia para o aprimoramento do Direito Processual, seus cultores insistem, muito mais do que em outros ramos, nas reformas legislativas. No âmbito do direito material, preconizar-se revoluções na vida social através de alterações legislativas pode afigurar-se ingênuo, não sendo raro daí advir profundo sentimento de frustração com a inocuidade destas transformações.

Luís Roberto BARROSO, inclusive, aborda esta tendência da comunidade jus-constitucionalista a crer que, através de emendas e de novas Constituições, os grandes problemas econômicos, sociais e políticos nacionais serão superados. Estas dimensões, porém, não comportam alterações drásticas por via de simples inovações no ordenamento jurídico. Somente com ingênuo otimismo seria possível crer-se que revoluções profundas na prática política brasileira, por exemplo, poderiam ser introduzidas mediante simples penas do legislador.

A atividade judicial, por seu turno, não opõe tão grandes embaraços à implementação de inovações processuais, razão pela qual, mais do que em outros ramos, a defesa de aprimoramentos legislativos pelos processualistas se mostra tão freqüente e profícua. Uma engenharia processual seria muito mais factível do que a engenharia constitucional propugnada por Giovanni SARTORI .

3.2) - A efetividade na execução

O objetivo do processo é proporcionar um resultado prático semelhante àquele que adviria do cumprimento espontâneo da obrigação pelo titular do dever jurídico. Como

dizia Giuseppe CHIOVENDA, "na medida em que for faticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter". O processo de execução foi delineado tendo em vista obrigações de dar, desenvolvendo complexo procedimento para execução destas prestações.

Hoje em dia, porém, medram as lides concernentes as obrigações de fazer; a uma, porque a economia moderna se concentra no setor terciário, onde as trocas de prestações de fazer substituíram as trocas de coisas; a duas, pelo incremento dos chamados novos direitos, quais sejam, os direitos transindividuais, referentes à proteção de crianças e adolescentes, de consumidores, do meio ambiente etc., direitos estes que impõem à coletividade indeterminada de indivíduos e ao Estado, uma série de prestações de fazer.

Para Cândido Rangel DINAMARCO, a modalidade clássica de tutela das obrigações de fazer era a conversão a perdas e danos. O dogma da intangibilidade da vontade humana, caro sobretudo ao pensamento jurídico romano-germânico, tornava tímidos os avanços do Direito Processual nesta seara. A doutrina, aos poucos, foi engendrando formas de tornar mais efetiva a tutela das obrigações de fazer. Valeu-se, para tanto, da distinção entre o resultado das obrigações de fazer e a atividade que constitui o próprio fazer, assentando que, embora não se pudesse coagir o devedor à atividade pactuada, poder-se-ia, indiretamente, conseguir resultado semelhante àquele que adviria desta atividade.

Esta técnica encontra-se absorvida no direito brasileiro, sendo utilizada para tutela das obrigações de declarar vontade (Código de Processo Civil, artigos 639 a 641): na adjudicação compulsória, por exemplo, substitui-se a manifestação volitiva do promitente-vendedor por sentença que supre sua ausência. Afóra a hipótese das obrigações de declarar vontade, o sistema de execução das obrigações de fazer, anteriormente à Lei n 8.952/94, mostrava-se francamente insatisfatório. Assistia ao credor a possibilidade de requerer a clássica conversão da prestação a seu equivalente pecuniário, ou, nas hipóteses de prestação fungível, requerer que fosse adimplida por terceiro, às expensas do devedor. Esta última solução, a rigor, constava e consta do Código de Processo Civil por puro preciosismo, dada a complexidade e a onerosidade do procedimento previsto nos artigos 634 a 637.

A imposição da medida coercitiva de pagamento de multa diária até que cumprida a obrigação (astreintes), modalidade de grande efetividade na execução das prestações de fazer, apenas era admitida nas estreitas hipóteses em que a execução se fundasse em sentença que houvesse previsto as astreintes. Execuções por título extrajudicial, ou fundadas em sentença que não aludisse especificamente às astreintes, não comportavam a referida medida.

A Lei n 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, começou a alterar este panorama. Em seu artigo 11, previu que o juiz poderia determinar, como modalidade executória, o pagamento de multa diária, ainda que tal não constasse da sentença e - ousadia maior - ainda que não houvesse requerimento do autor. Apenas em 1994 esta possibilidade foi estendida, através da Lei n 8.952/94, às execuções em geral, fundadas em título judicial ou extrajudicial. Desta forma, dotou-se o Judiciário de um meio eficiente para fazer valer suas decisões, no que concerne às prestações de fazer e não fazer.

Não especificamente quanto a obrigações de fazer, mas sobretudo com implicações neste campo, gira a discussão acerca da possibilidade de prisão do executado que deixa de cumprir a sentença. Diante da aparente inconstitucionalidade do que seria um caso típico de prisão em função de dívida, contrapõem os defensores da medida Donald ARMELINE Ovídio Araújo Baptista da SILVA, o argumento de que esta não visaria a sancionar a dívida em si, mas sim o desrespeitoso descumprimento da determinação judicial.

Para Luiz Guilherme MARINONI este instituto, que como as astreintes assume contorno de medida coercitiva, é empregado nos países de tradição anglo-saxônica e, também, na Alemanha. A doutrina italiana cada vez mais incisivamente defende a adoção deste mecanismo, pelo qual o Juiz, ao final do processo de conhecimento, profere o injunction, provimento que, ao invés de simplesmente condenar, possui verdadeiro caráter mandamental, consistindo em ordem para que o devedor cumpra a prestação devida.

4) - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA NO BRASIL

4.1) - CONCEITO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

Ernane Fidélis dos SANTOS diz, que o cumprimento das obrigações, de certa forma, implica sempre um facere do obrigado. Quem está sujeito a entrega de coisa, ou a pagar quantia certa, cumpre a obrigação "fazendo" a entrega do bem, ou do dinheiro. Existem, contudo, obrigações que, para seu cumprimento, não exigem apenas o ato lógico e natural do devedor, entregando o bem ou o dinheiro, mas a efetiva prestação ou omissão de fato que, indo além de simples dare, vai reduzir-se a uma específica atividade ou abstenção. São as obrigações de fazer (CC, artigos 878 a 888) e de não fazer (CC, artigos 882 e 883).

Para Washington de Barros MONTEIRO "o substractum da diferenciação entre a obrigação de dar e fazer está em verificar se o dar ou o entregar é ou não consequência do fazer. Assim, se o devedor tem de dar ou de entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entregá-la, se tem ele de realizar algum ato, do qual ser mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer". Os exemplos típicos seriam: o quadro do pintor já exposto à venda na galeria (dar) e aquele encomendado para ser executado (fazer).

José Carlos Barbosa MOREIRA entende que "a obrigação de não fazer pode resultar de negócio jurídico, (contrato, no comum dos casos) ou de outro ato a que alguma norma jurídica atribua tal efeito". No entanto a obrigação de fazer "pode fundar-se em sentença ou em título extrajudicial verbi gratia, documento com as características do artigo 585, inciso II, onde se estipule obrigação de fazer)".

5) - DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI PROCESSUAL CIVIL QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

5.2) - A OPINIÃO DE THEREZA ALVIM

Thereza ALVIM doutrina que o artigo 461 do CPC, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.952 de 1994, leva à conclusão de que, para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, a resposta diversificada é a tutela específica. Durante muito tempo entendeu-se a vontade do homem como limite intransponível ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. A vontade humana, aqui do devedor, era intangível, mesmo ao recusar cumprir aquilo a que se obrigara. Decorrente dessa premissa, o princípio, consagrado pelo artigo 1.142 do Código Civil Francês, de que toda a obrigação de fazer ou não fazer, resolve-se em perdas e danos.

Mas o calculado como "equivalente" em dinheiro muitas vezes não supre o valor que teria o cumprimento da obrigação que, pode, observemos, não ser de cunho patrimonial. E continua a mesma autora que, hoje, está integrada em nossa cultura a idéia de que a tutela específica não fere a dignidade da pessoa humana. Diríamos até, ao contrário, vai de encontro a ela, cuja vontade já havia sido anteriormente manifestada. A alteração ilegítima dessa vontade é que não merece a proteção do direito.

Superado esse óbice, a comissão de revisão desse diploma legal fez vagar o espaço de um artigo, o 461, transformado seu teor em parágrafo do artigo anterior, para que do novo artigo 461 viesse a constar a previsão da tutela específica, quanto às outras obrigações de fazer ou não fazer, (continuando em vigor os artigos 639 e 641) não compreendidas essas hipóteses no artigo 273, por sua especificidade.

Recordemos que as obrigações podem ser classificadas, de acordo com a forma de seu cumprimento, em fungíveis e infungíveis e esta infungibilidade pode ser jurídica ou natural. Tanto as fungíveis como as juridicamente infungíveis, falhando os meios de coerção e em face da inutilidade dos meios de apoio, são suscetíveis de serem prestadas, em espécie, por outrem, sendo assim, também oferecida tutela específica ao autor. Quanto às naturalmente infungíveis, como a pintura de um quadro por um artista famoso, não funcionando os meios oferecidos por lei para forçar o cumprimento da mesma nem os de apoio, acabam por transformar-se em perdas e danos. A afirmação, por outro lado, de que as obrigações de não fazer seriam infungíveis deve ser entendida com cautela, eis que os comandos negativos geralmente se podem substituir por positivos, ou seja, na obrigação de repor ao estado anterior.

O artigo 461 do CPC, em seu caput, prevê: "na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

Resulta nítido do texto legal que o caput retrata o pedido fungível ou juridicamente infungível do autor a ser julgado procedente ou improcedente, afinal, na sentença e, se procedente, terá ele a tutela específica, ou o resultado prático equivale ao adimplemento.

Contudo pode haver circunstância que, pela demora no desenvolvimento do processo e solução final, a solução judicial possa vir a tornar vazia, inócua, não mais servindo para fornecer a tutela jurisdicional pedida. Antevendo dificuldades dessa espécie, o parágrafo 3o desse artigo estabelece: "parágrafo 3o - sendo relevante o fundamento da demanda e

havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada". Por meio da medida liminar, que deve ser pedida imotivadamente pela parte autora, adianta o magistrado a concessão do pedido, de maneira, porém, provisória. E isso observamos porque, se do caput do artigo consta o pedido e do parágrafo 3º, a possibilidade de concessão de liminar, descabe o entendimento de que "as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento" só poderão vir a ser concedidas afinal e não liminarmente, por usar a lei, antes dessa previsão, a expressão "se precedente o pedido". A concessão da liminar, então, encontra, tão só e exclusivamente, limite na reversibilidade da situação, apesar de esta não vir expressa, como no parágrafo 2º do artigo 273 do CPC, pelas simples razão de poder ela ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Mas, no que consiste essa irreversibilidade, é problema que deve ser enfrentado desde logo, eis que, como bem salienta José Eduardo Carreira ALVIM, "uma errada exegese desse dispositivo" (ou seja, do entendimento do termo "irreversibilidade" esteja esta prevista em qualquer norma legal), "poderá neutralizar o preceito inscrito no caput". A irreversibilidade não é da concessão da liminar mas dos efeitos produzidos pela antecipação da tutela que deve ser examinada caso a caso.

O juiz deve sopesar os benefícios da concessão imediata da tutela e os malefícios de sua não concessão, deixando para o segundo plano sua reversibilidade, pois, em última análise, ainda prevalece o princípio, se bem que alterado, de as obrigações, resolverem-se em perdas e danos.

6) - EXECUÇÃO ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER FUNGÍVEIS E INFUNGÍVEIS

As obrigações de fazer podem ser infungíveis intuito personae ou fungíveis. A regra geral reza que o devedor não é obrigado a executar por si mesmo a prestação a que se obrigou com o credor. As obrigações de fazer são, de acordo com nosso Código Civil, de modo geral, fungíveis, ou seja, podem ser realizadas pelo devedor ou por terceiro, indiferentemente. Quando for convencionado que o devedor execute a prestação pessoalmente, o credor não é obrigado a aceitar do terceiro a obrigação.

As obrigações de não fazer são classificadas como obrigações negativas e extinguem-se, ao se tornarem impossíveis sem culpa do devedor. Se a omissão se tornar impossível sem que o devedor haja contribuído para isso ou se tiver sido coagido a praticar o ato, a obrigação se extingue para ambas as partes. Se o fato objeto da prestação de não fazer foi realizado, por culpa do devedor, o credor pode exigir que o desfaça, sob pena de ser desfeito às suas custas, sem prejuízo da indenização por perdas e danos. A impossibilidade da prestação, quando é consequência da culpa, impõe as perdas e danos, que constituem uma sanção da obrigação originária e não uma obrigação nova que substituiu a antiga. É efeito direto da inexecução. Todavia, para Kazuo WATANABE, "a conversão da obrigação em perdas e danos somente se dará em último caso, quando jurídica ou materialmente impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Ou quando o próprio credor por elas optar. O princípio, como já ressaltado, é da maior coincidência possível entre o direito e sua realização, de sorte que,

em linha de princípio, não poderá ser admitida a substituição da obrigação pelo seu equivalente pecuniário".

Dilvanir José da COSTA sintetiza as regras de execução das obrigações de fazer e não fazer da seguinte maneira:

a) Obrigações intuitu personae. Se, pela convenção ou pelas circunstâncias, o ato deve ser praticado pelo próprio devedor, o credor não é obrigado a aceitar a prestação de terceiro, (CCB, artigo 878). Como no exemplo da encomenda de um quadro a um pintor de renome.

b) Prestação infungível. Por outro lado, se a prestação é infungível e só o devedor pode realizá-la, não se pode obrigá-lo ao cumprimento manu militari. Vigora, na obrigação de fazer, o princípio nemo cogi potest ad factum praecise. Havendo recusa do devedor, não se pode exigir dele a prestação pessoal por meio de coação física ou corporal. Resolve-se pela conversão da prestação em perdas e danos, (CCB, artigo 880; Projeto de Código Civil, artigo 247; CPC, artigo 638 e parágrafo). Todavia, como preleciona Humberto THEODORO JÚNIOR, a legislação evoluiu no sentido de reconhecer que a "infungibilidade das prestações de declaração de vontade era apenas uma criação jurídica, e não uma imposição da essência da coisa. Assim, da mesma maneira como nas execuções de dívida de dinheiro, o órgão prescinde da vontade do devedor para alienar seus bens e pagar a seus credores, em caráter compulsório, também é lógico que pode suprir a vontade do promitente e realizar, em seu lugar, o contrato definitivo a que validamente se obrigou".

c) Prestação fungível: execução por terceiro ou opção por perdas e danos. Podendo o cumprimento da obrigação de fazer ser realizado por terceiro e, portanto, sem ofensa à liberdade do devedor, o juiz pode determinar a execução por outrem à custa do devedor inadimplente, (CPC, artigos 633-637). Poderá o credor optar pela conversão em perdas e danos ou execução indireta ou por substitutivo, (CCB, artigo 881; Projeto de Código Civil, artigo 249). É a hipótese de prestação fungível.

d) Impossibilidade da prestação. Impossibilitando-se a prestação sem culpa do devedor extingue-se a prestação sem culpa do devedor, extinguindo-se a obrigação de fazer: ad impossibilia nemo tenetur. As partes voltam ao status quo ante (CCB, artigo 879; Projeto de Código Civil, artigo 248).

Ada Pellegrini GRINOVER, ao analisar o novo regime de tutela específica das obrigações de fazer, previsto no artigo 461 do CPC, é enfática em afirmar que "o artigo 461 aplica-se a todas as obrigações de fazer e não fazer, fungíveis ou infungíveis, com a observação de que a tutela específica das obrigações de prestar declaração de vontade continua subsumida ao regime próprio dos artigos 639/641, CPC, que não sofreram alteração".

Ernane Fidélis dos SANTOS dá interpretação diferente ao novo artigo 461 do CPC, ao postular ser também possível aplicar-se às obrigações de fazer juridicamente infungíveis, (contratar e emitir declaração de vontade), sem prejuízo das disposições dos artigos 639 e 641 do CPC, senão vejamos: "nas obrigações de contratar ou de prestar declaração,

quando possível a substituição por sentença, (artigos 639/640), alargou-se sensivelmente o campo de atuação do Juiz, que está autorizado não apenas a determinar que se cumpra, como também a usar de meios que facilitem o cumprimento do preceito".

7) - TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA NO ARTIGO 461 DO CPC

Humberto THEODORO JÚNIOR, ao comentar o artigo 461 do CPC, com a nova redação dada pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1.994, que introduziu, no âmbito das obrigações, a tutela específica da obrigação de fazer e da de não fazer, teceu, em linhas gerais, as seguintes ponderações:

I) - O pressuposto da concessão da tutela, liminarmente ou mediante justificação prévia, é a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Uma vez concedida, a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, a critério do juiz, através de decisão fundamentada.

II) - As novas providências de reforço da exequibilidade da sentença relativa às obrigações de fazer, visam garantir a execução específica da prestação devida pelo réu. Podem as medidas ser impostas na sentença final ou em caráter liminar, conforme as circunstâncias da causa.

Para Cândido Rangel DINAMARCO, o texto do artigo 461 do CPC reproduz de maneira quase fiel, o artigo 84 do CDC que tutela as relações de consumo, que nada mais foi que um desdobramento com aperfeiçoamento do que se contém no artigo 11 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, e turístico. Senão vejamos:

Artigo 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Talvez não seja inútil a transcrição do artigo 84 do CDC para melhor visualizar o aperfeiçoamento do instituto:

Artigo 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Parágrafo primeiro - A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível, se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Parágrafo segundo - A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, (artigo 287 do CPC).

Parágrafo terceiro - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado

receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela, liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

Parágrafo quarto - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo terceiro ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Parágrafo quinto - Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

A seguir transcrevemos também o texto do instituto da tutela específica inserida no CPC através da Lei n. 8952/94:

Artigo 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Parágrafo primeiro - A obrigação somente se converterá em perdas e danos, se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Parágrafo segundo - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa, (artigo 287).

Parágrafo terceiro - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela, liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Parágrafo quarto - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Parágrafo quinto - Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial ("caput", com a redação da lei n. 8.952, de 13.12.1994; parágrafos acrescentados pela mesma lei).

Com esta transposição para o processo civil, o novel instituto passou a disciplinar as obrigações específicas ocorrentes na vida das pessoas, seja as de origem legal, seja contratual, como que, no entendimento de Rodolfo de Camargo MANCUSO, traçam um roteiro para o juiz, abrangendo desde a possibilidade de tutela liminar, com ou sem multa diária, com ou sem contraditório inicial, até a própria sentença de mérito, que concederá a

tutela específica, podendo ser instrumentada com os sucedâneos que conduzirão ao resultado prático equivalente.

8) - MEDIDA LIMINAR EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ESPECÍFICA

O parágrafo 3º do artigo 461 do CPC estabelece a possibilidade de ser antecipada a tutela específica quando for relevante o fundamento da demanda e houver justificado receio de ineficácia do provimento final. A antecipação será concedida liminarmente ou mediante justificação prévia, podendo a qualquer tempo ser revogada ou modificada.

Carreira ALVIM entende que os pressupostos da medida liminar consistem em: a) na relevância do fundamento da demanda, e b) no justificado receio de ineficácia do provimento final, já consagrados, aliás, pelo ordenamento jurídico, pois emprestam embasamento à antecipação de tutela na esfera mandamental.

O artigo 7º, inciso II, da Lei n. 1.533/51, (Lei de Mandado de Segurança) estabelece que o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for "relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida". Esses requisitos têm sido identificados, no processo cautelar, com o *fumus boni juris* sendo este, no dizer de Enrico Tullio LIEBMAN, "a provável existência do direito a ser tutelado" (corresponde exatamente a um juízo específico de exame de probabilidade material reclamado que, em essência, constitui-se numa garantia constitucional que nenhuma norma infraconstitucional poderia, a priori, restringir) e do *periculum in mora* representando a demonstração de inocuidade da tutela jurisdicional principal em face de sua não imediatidade.

8.1) - Do "periculum in mora"

Para Vittorio Gasparini CASARI, a expressão *periculum in mora*, como elemento para a obtenção da prestação jurisdicional, é o interesse específico que justifica a emanção de qualquer medida cautelar.

Para Ugo ROCCO, o perigo de dano não deve ser considerado em relação ao retardo no provimento pois retardo importa num fato ou evento que não se verifica no tempo normal previsto. É da natureza da atividade jurisdicional, entretanto, o gasto de certo tempo, não se podendo falar, em consequência, de retardo. Entretanto, quando se diz que a demora do processo pode isoladamente ocasionar prejuízos, deve-se acrescentar, como o faz Ferruccio TOMMASEO che il pregiudizio no deriva direttamente dalla durata del processo ma solo dal perdurare di una determinata situazione antiggiuridica el tempo e, in particolare, nel tempo necessario per lo svolgimento del giudizio. A urgência decorre da existência de uma ameaça, de um perigo de dano. Perigo, em direito processual, segundo ainda Ugo ROCCO, altro non può essere che la potenza o la idoneità di un di tali fatti di cagionare il sacrificio o la restrizione, o di un diritto o interesse di diritto sostanziale o di un diritto o interesse di diritto processuale.

Giovanni ARIETA entende que quando se fala em perigo de dano, não se está referindo ao genérico perigo de dano que pode ser evitado com a própria tutela ordinária.

Para Sergio LA CHINA, é o perigo de dano que deve ser evitado com urgência, por meio de um remédio que se acrescenta, de forma particular e eventual, para cobrir o espaço deixado indefeso pela tutela geral.

O perigo, para Mario DINI apresenta dupla natureza:

- a) perigo de não se poder alcançar de modo útil o provimento definitivo (provimento cautelar no caso das liminares);
- b) perigo de que a satisfação do direito, (na hipótese das liminares, direito à cautela) chegue, mais, tarde para o cumprimento de seu objetivo.

Para Willard de Castro VILAS, este perigo de mora não é um perigo genérico de dano jurídico, mas, especificamente, o perigo de dano posterior, derivante do retardamento da medida definitiva, ou, como disse Piero CALAMANDREI, "é a impossibilidade prática de acelerar a emanção da providência definitiva que faz surgir o interesse da emanção de uma medida provisória. É a mora desta providência definitiva, considerada em si mesma como possível causa de dano ulterior, que se trata de prevenir com uma medida cautelar, que antecipe provisoriamente os efeitos da providência definitiva".

O dano, por sua vez, para Ugo ROCCO, pode ser definido como a subtração ou diminuição de um bem ou a abolição ou restrição de um interesse, seja ele tutelado mediante uma norma jurídica na forma de um direito subjetivo, seja na forma de um simples interesse.

Humberto THEODORO JÚNIOR entende que o dano que deve ser evitado através de uma medida de urgência é o dano iminente, ou seja, aquele que se refere a um prejuízo imediato que pode verificar-se de um momento para o outro e que provavelmente se consumará antes da decisão final.

8.2) - Do fumus boni juris

Para Betina Rizzato LARA, a expressão fumus boni juris significa "fumaça do bom direito", isto é, existência de um direito aparente. O que se analisa verdadeiramente é se existe a chance de que o requerente da medida cautelar tenha êxito no processo principal ou de que o requerente da liminar tenha êxito no processo cautelar.

Trata-se, ao ver de Sérgio BERMUDEZ, de tutela cautelar embutida no próprio processo cognitivo, como são, *verbi gratia*, as liminares nas ações possessórias, no mandado de segurança, na ação popular, na ação civil pública. Na verdade, cuida-se de antecipação de tutela específica, dado que o conteúdo do provimento liminar é substancialmente idêntico ao que resultaria da sentença de mérito.

Presentes que sejam esses quesitos, lícitos lhe será conceder a tutela liminar, tanto inaudita altera parte, quanto após prévia justificação, para a qual se citará o réu. Observa-se, por via de consequência que esses poderes de resto, já são assegurados ao juiz, no âmbito do chamado "poder cautelar geral", (artigo 798 c/c os artigos 797 e 804, todos do

CPC).

Betina Rizzato LARA advoga no sentido de que a concessão de liminar inaudita altera parte não ofende o princípio do contraditório, uma vez que, em função da urgência, ele simplesmente é postergado, isto é, a parte intervém posteriormente no processo com a apresentação de sua defesa, podendo, inclusive, recorrer da medida liminar concedida.

8.3) - Pressupostos para antecipar tutela com base no § 3º do artigo 461 do CPC

Teori Albino ZAVASCKI ensina-nos que o § 3º do artigo 461 do CPC trata da concessão da tutela por liminar ou mediante justificação prévia, citando o réu. Para que tal ocorra, supõe a lei dois requisitos: (a) relevância dos fundamentos e (b) risco de ineficácia do provimento final.

São eles previstos no artigo 7º, II, da Lei nº 1.533, de 1951, que dão ensejo à concessão de medida liminar em mandado de segurança. E, conforme se fará ver quando do exame da antecipação de tutela naquela ação, há, ali, apesar da diferença terminológica, reprodução dos requisitos para antecipação de tutela na hipótese do inciso I, do artigo 273 do CPC.

Com efeito, "fundamento relevante" é enunciado de conteúdo equivalente a "verossimilhança da alegação"; e "justificado receio de ineficácia do provimento final" é expressão que traduz fenômeno semelhante a "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação". Ademais, embora o § 3º, em exame, não faça referência à "prova inequívoca", como ocorre no artigo 273 do CPC, é evidente que a qualidade da prova constitui elemento integrante e decisivo do juízo, a respeito da "relevância dos fundamentos". Considerando que a tutela, nas obrigações de fazer e não fazer, pode ser: (a) a específica; (b) a que assegure resultado prático equivalente, ou, ainda; (c) a da compensação por perdas e danos, cabe indagar a qual ou a quais se refere o § 3º. A redação do caput do artigo 461 do CPC sugere que as "providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento" não são antecipáveis, eis que somente são determinadas pelo juiz "se procedente o pedido", o que, evidentemente, supõe sentença.

Daí afirmar-se, como o fez José Eduardo CARREIRA ALVIM, que "no contexto do Código de Processo Civil (...) somente a tutela específica poderá ser antecipada em sede liminar". A conclusão, em princípio correta, não tem, entretanto, caráter absoluto.

Figure-se, como exemplo, situação em que a execução específica seja impossível e que há risco de ineficácia, caso a correspondente medida com resultado prático equivalente não seja imediatamente adotada. Em casos tais, não haveria porque negar-se a antecipação, o que representaria desprezo à efetividade da função jurisdicional, tão zelosamente prestigiada pelo legislador.

No que se refere à conversão em perdas e danos, a hipótese de ser necessária a antecipação é improvável: ela dependeria da impossibilidade de concessão da tutela específica e da tutela substitutiva de resultado prático correspondente; e dependeria, ainda, de configurar-se risco de ineficácia do provimento, que, se ocorrente, seria

superável, ao que se pode supor, por medida cautelar de arresto e não por medida antecipatória. Mas em direito não há lugar para absolutos: não pode ser descartada situação em que, presentes todos os pressupostos mencionados, a antecipação do valor dos danos seja, por alguma circunstância, indispensável.

Outra indagação é a de saber se, em regime liminar, é viável antecipar a execução específica por meio de sub-rogação, incumbindo-se terceiro de realizar o fato, às custas do devedor. A hipótese, bem se vê, supõe obrigação de fazer (ou de desfazer) fungível. A fungibilidade é elemento forte a depor contra a configuração do risco de ineficácia do futuro provimento, sem o qual a antecipação será incabível.

No entanto não se pode descartar a hipótese de urgência em antecipar obrigação de natureza fungível, como, por exemplo, a de reforçar dique de açude que ameaça ruir, com prejuízos às propriedades circunstantes.

À indagação responde-se, portanto, afirmativamente. Nesses casos, ante a urgência, como proceder? É certo que não se poderia trilhar o caminho previsto no artigo 634 do CPC, que prevê contratação de terceiro mediante detalhado procedimento licitatório, incompatível com as circunstâncias determinantes da medida antecipatória. Duas alternativas se oferecem: ou (a) o juiz promove a contratação de terceiro diretamente, sem concurso; ou (b) autoriza que o credor promova pessoalmente ou mande executar sob sua direção a prestação do fato. Em qualquer caso, o cumprimento da medida antecipatória correrá por conta e risco do requerente, sendo que, se procedente a ação, caberá definir apenas a razoabilidade ou não dos gastos dispendidos com a execução, a serem indenizados pelo réu. Improcedente a demanda, poderá o réu postular o retorno ao status quo ante, além das perdas e danos que porventura lhe tenham sido infligidos.

Se a hipótese do § 3º é semelhante à do inciso I do artigo 273 do CPC, cabe indagar, ante o silêncio do artigo 461 do CPC, se é viável a antecipação da tutela em caso de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu, tal como se prevê no inciso II do artigo 273 do CPC. A resposta deve ser afirmativa. Ante o sistema geral implantado pelo artigo 273 do CPC, não teria justificativa alguma o veto a tal hipótese de antecipação. Nem teria sentido algum supor que o dispositivo do artigo 461 do CPC, 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 uma via de antecipação assegurada a todas as demais.

Aqui, no entanto, as causas determinantes da medida são os obstáculos que o réu, com seus atos protelatórios, está colocando à prolação da sentença. Não se configura, propriamente, urgência na satisfação do direito.

Desse modo, a finalidade da antecipação será plenamente alcançada pela simples formação antecipada do título executivo, cuja execução - provisória - seguirá, por isso, o mesmo ritual aplicável à futura sentença. Ao contrário da antecipação determinada por risco de ineficácia do provimento, a motivada por atos protelatórios não transforma a ação em executiva "lato sensu".

Pelo dispositivo do § 3º, a antecipação pode ocorrer "liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu". Surgiram dúvidas sobre se a exigência de citação do réu é apenas para os casos de necessidade de justificação ou se é condição para deferimento da medida, em qualquer caso .

Na verdade, a manifestação do requerido deve ser colhida sempre que possível, independentemente de previsão explícita na lei ordinária, já que isso constitui exigência do princípio constitucional do contraditório. Porém, se o risco de ineficácia é tão grave e iminente que não pode aguardar o tempo da citação ou da manifestação da parte ré, evidentemente que a medida antecipatória poderá ser concedida desde logo.

A isso estará autorizado o juiz por outro princípio constitucional: o da efetividade da jurisdição. O princípio da efetividade impõe, também, que se promova antecipação da tutela em outros momentos do processo, e não apenas nas restritas hipóteses do § 3º. 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 na antecipação da tutela pelo regime geral do artigo 273 do CPC.

E se a necessidade de antecipar os atos executivos para cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer se fizer presente no curso de ação autônoma de execução, na pendência dos embargos? Dissentem os doutrinadores sobre a legitimidade da medida antecipatória em tais casos. É de inteira procedência, contudo, o argumento de José Eduardo CARREIRA ALVIM: "o legislador deu um importante passo ao permitir a outorga da tutela liminar ainda na fase de cognição do direito, preenchidos determinados requisitos, (artigo 461, parágrafo 3º). Não teria sentido antecipar-se a tutela específica na ação de conhecimento quando inexistente ainda direito traduzido na sentença - e negá-la na ação de execução, quando o credor já dispõe de título judicial" .

O mesmo argumento vale, em se tratando de execução fundada em título extrajudicial: se o legislador permite antecipar a tutela, mesmo antes da formação do título executivo, não haveria porque negá-la, se o título, ainda que extrajudicial, já existe, fazendo presumir legítima a obrigação nele certificada.

Aliás, a ação de embargos, na verdade, nada mais é do que a ação de conhecimento deslocada para a fase de execução, de modo que não haveria razão para negar a possibilidade da medida antecipatória apenas em virtude desse deslocamento.

Assim, impõe-se concluir que a medida, se necessária a preservar a utilidade da função jurisdicional, pode ser deferida mesmo na ação de execução, e, mais propriamente, na pendência da ação de embargos, que, como se sabe, suspendem os atos executivos, artigo 739, § 1º, do CPC .

8.4) - Aplicação subsidiária do regime do artigo 273 do CPC

Em sua parte final, o § 3º do artigo 461 do CPC estabelece que "a medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada". Confirma-se, simplesmente, a precariedade dessa espécie de tutela jurisdicional, por natureza

provisória, formada que é à base de cognição sumária. As causas determinantes da revogação ou da modificação e o procedimento a ser adotado são os mesmos aplicáveis à antecipação no procedimento comum, do artigo 273 do CPC.

O regime da antecipação da tutela no procedimento comum é aplicável, com efeito, de um modo geral, na lacuna do dispositivo específico. Disso decorrem conseqüências práticas relevantes. Assim, por exemplo, embora silente a respeito o artigo 461 do CPC, não será cabível a medida, sem pedido expresso do autor. O requerimento poderá ser formulado tão pronto se verificarem os requisitos que ensejam seu deferimento: com a petição inicial, a qualquer momento no curso do processo, ou na fase recursal. A decisão que concede ou indefere o pedido deve ser, como todas as decisões judiciais, devidamente motivada. Não se trata de ato discricionário do juiz. Pelo contrário, na motivação, devem ser indicadas, de modo explícito, as razões que induzem a existência ou não dos requisitos do § 3º do artigo 461 do CPC:

A relevância dos fundamentos e a iminência do risco de ineficácia do provimento final. Em qualquer caso, a decisão é vinculada, vale dizer, presentes os requisitos, o deferimento será obrigatório; ausentes, é obrigatória a negativa. Dessa decisão caberá, em regra, recurso de agravo de instrumento ou retido (se interlocutória em primeira instância) ou agravo regimental ao órgão colegiado (se proferida por relator).

Aplicável aqui, igualmente, a restrição do § 2º do artigo 273 do CPC "não se concederá antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

Trata-se de princípio de natureza constitucional, de manutenção do direito de contraditório e ampla defesa, que estaria irremediavelmente comprometido se, por força da irreversibilidade da medida, ficasse consagrada a vitória, no plano prático, da parte autora. É claro que, em certas situações, o perigo de irreversibilidade poderá ser contornado com a exigência de caução a ser prestada pelo requerente. Caberá ao juiz, sempre que houver risco mútuo no confronto entre as posições jurídicas afirmadas pelas partes, dar prevalência à que apresentar melhor chance de vir a ser consagrada ao final.

Como toda execução, e, especialmente, quando tem natureza provisória, também a da medida que antecipa tutela de obrigação de fazer e não fazer corre por conta e risco do requerente.

É mais uma razão a justificar a exigência de caução para garantia do ressarcimento de danos ou despesas eventualmente decorrentes da revogação da medida e da conseqüente necessidade de reposição dos fatos ao estado anterior .

8.5) - Antecipação de Tutela em Ações Declaratória e Constitutiva

Humberto THEODORO JÚNIOR ensina-nos que, em todo processo de conhecimento, o órgão judicial procede a um juízo declarativo sobre a existência ou inexistência do direito subjetivo debatido nos autos. Em alguns casos, a atividade judicial limita-se a essa declaração e a sentença então se diz meramente declaratória; em outros, o julgamento

ultrapassa o plano da declaração, para impor uma prestação à parte (sentença condenatória) ou para alterar a situação jurídica material existente entre os litigantes (sentença constitutiva).

As sentenças declaratórias e constitutivas exaurem, em si, toda a prestação jurisdicional esperada do juiz. Já as condenatórias encerram a atividade cognitiva, mas deixam ainda pendente de realização a prestação imputada ao vencido, a qual, se necessário, será objeto de outro processo - o de execução.

Como não há execução de sentença no procedimento declaratório e no constitutivo, há quem negue cabimento à antecipação de tutela em relação a esses tipos de cognição, restringindo a aplicação do artigo 273 do CPC tão apenas aos procedimentos tendentes à obtenção de sentença condenatória, únicos que abrem ensejo à execução forçada.

Nesse sentido, J.E.S. FRIASentende que: "como a sentença de cunho meramente declaratório não admite execução, porque o autor se contenta com o mero acerto do direito litigioso, claro que, quando o pedido tiver sido de tal espécie, não tem cabimento pretensão antecipatória... porque a sentença constitutiva independe de execução, é possível concluir que, sob pena de vulneração do princípio do contraditório, não é possível deferir liminarmente a antecipação de tutela de tal ordem".

Parece intuitivo que a declaração de certeza e a constituição de uma nova situação jurídica apenas possam ser alcançados pela sentença definitiva de mérito, após cognição completa e exauriente, não havendo como antecipar provisoriamente o puro efeito declaratório constitutivo. Há, porém, que se fazer a distinção entre o efeito declaratório e constitutivo e os efeitos práticos que decorrem da declaração e da constituição de uma situação jurídica. Se a declaração e a constituição, em si mesmas, não correm risco de dano pela demora do processo, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos práticos que o titular da pretensão tem em mira alcançar com apoio no provimento judicial.

Humberto THEODORO JÚNIOR,citando Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA, adverte que: "nada impede que, para evitar dano, possa o órgão judicial adotar providências de ordem mandamental, se convencido da verossimilhança do direito constitutivo alegado pelo autor. Exemplo típico se tem na constituição sentencial da servidão de passagem que, embora não possa ser antecipada, não impede o órgão judicial de ordenar a passagem ou o desfazimento da obstrução à luz, para prevenir o dano", tudo em forma de antecipação dos efeitos da tutela postulada na petição inicial.

E continua Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA,dizendo que a "execução" que se antecipa provisoriamente, para os fins do artigo 273 do CPC, não é propriamente "execução no sentido técnico de processo à parte, mas de realização prática, alcançável no normal das espécies, por ordens ou mandados emanados do órgão judicial, de modo compatível com a instantânea necessidade de prevenção do dano";"são propriamente os efeitos práticos antecipados, mais precisamente os atos materiais adequados à prevenção do dano".

Nem é preciso que o objeto da medida antecipatória corresponda ao exato conteúdo da

sentença, como objeto preciso da declaração judicial a ser proferida para solucionar o pedido formulado na inicial. Basta que corresponda a um efeito normal da situação jurídica a ser declarada no mérito da causa. Para Humberto THEODORO JÚNIOR, o dano que se busca impedir, lembrando ARRUDA ALVIM, não tem de corresponder necessariamente "ao perecimento da pretensão". O dano, aludido no artigo 273, inciso I, do CPC, "pode ser externo à pretensão, ou seja, pode ser um dano evitável por causa do acolhimento da pretensão".

A antecipação de tutela, muito embora faculte atos executivos à parte, antes da sentença, não o faz somente para compreender providências que seriam tecnicamente objeto de futuro processo de execução forçada. Qualquer tipo de processo de conhecimento pode ter a eficácia de sua sentença sob o risco de encontrar um direito subjetivo material, sem condições de atuar praticamente. É possível, portanto, pretender algum tipo de medida satisfativa que afaste o perigo não de eficácia executiva da sentença, mas de efetividade dela, perante o direito substancial do litigante, que terá perdido toda capacidade de atuar in concreto pela supressão total ou profunda de seu suporte fático, enquanto se aguardava a sentença declaratória ou constitutiva.

A execução de que se cogita para justificar a antecipação de tutela, nessa ordem de idéias, é a que se entende no sentido mais amplo do termo, não se confundindo, por isso, com aquele restrito significado de atuação judicial da força do título executivo strictu sensu.

Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de agir de maneira contrária, ou incompatível com a facultas agendi tutelada.

Dessa maneira, é antecipação de tutela, a liminar que, no mandado de segurança suspende a execução do ato administrativo ilegal ou nulo, assim como é da mesma natureza a liminar que, na ação declaratória de inconstitucionalidade, suspende o cumprimento, provisoriamente, da lei impugnada. É, ainda, medida de tutela antecipatória, a liminar na ação possessória, bem como as que arbitram aluguel, in limine, nas ações revisionais, ou a indenização nas ações desapropriatórias.

O importante, in casu, continua Humberto THEODORO JÚNIOR, é o caráter satisfativo, porque a medida antecipatória se volta diretamente à proteção da pretensão de direito material do litigante e não apenas à defesa de alguma faculdade processual. O risco que se busca eliminar situa-se, por isso, no plano do direito substancial, de sorte que, à falta da providência antecipatória, a sentença do processo principal estará, na prática, deferindo tutela a direito subjetivo esvaziado pela perda de objeto. Sendo assim, a lesão irreparável, ou dificilmente reparável, repercutirá diretamente sobre a efetividade da sentença, seja condenatória, declaratória ou constitutiva.

Giovanni ARIETA, invocado por Humberto THEODORO JÚNIOR, assim se expressa: ciò significa, più semplicemente, che il pregiudizio può concretarsi in un evento esterno ed anche interno alla situazione giuridica cautelanda, capace di mettere in pericolo il diritto del quale si invoca la tutela cautelare atipica.

E, continuando o citado processualista italiano, ainda aduz que o perigo que se afasta com a medida cautelar antecipatória não se localiza, outrossim apenas na situação estática do direito material e de seu objeto imediato. A tutela tem em mira, igualmente, sua fase dinâmica, pelo que pode referir-se à situação jurídica subjetiva do promovente, posterior à sentença definitiva.

Humberto THEODORO JÚNIOR, citando Ferruccio TOMMASEO, que observou os exemplos extraídos da experiência jurisprudencial, revela que o interesse da parte em obter antecipação da tutela, em ação de mero accertamento, pode justificar-se, enquanto aguarda condições de valer-se do pronunciamento judicial, para determinar o próprio comportamento em função da relação substancial sub iudice: così, la tutela urgente del mero accertamento si presenta nel suo contenuto più significativo lá dove il recorrente chiede al giudice la valutazione in sede cautelare della legittimità di un proprio atto. Così, il provvedimento d'urgenza può contenere l'anticipata valutazione della nullità della clausola di un contratto o di uno statuto societario.

Giovanni ARIETA observa, de seu lado, que o ordenamento jurídico processual não contém disposição alguma que imponha o descabimento de tutela cautelar antecipatória na via da ação de mero accertamento. Conclui, pois, pela possibilidade de sottoporre a cautela atipica qualsiasi situazione giuridica sostanziale in termini di diritto soggettivo, senza alcuna esclusione aprioristica o di principio. Cita precedentes jurisprudenciais nel senso di ammettere la possibilità di assicurare in via cautelari gli effetti della sentenza di mero accertamento.

8.6) - O problema da natureza da tutela urgente de cognição sumária nas ações declaratória e constitutiva

Luiz Guilherme MARINONI ensina-nos que, quando se está diante de uma ação declaratória ou de uma ação constitutiva, a noção de tutela antecipatória não é tão clara como quando a hipótese envolve uma ação condenatória, executiva ou mandamental.

A tutela que impede a prática do ato que a demanda objetiva declarar ilegítimo, com base em cognição sumária da ilegitimidade do ato. A tutela é genuinamente preventiva (ou inibitória), não se confundindo com a cautelar. A tutela, além de inibitória, tem caráter antecipatório, já que ordena ao réu não fazer aquilo que somente a sentença final poderá demonstrar ser ilegítimo fazer.

No caso em que o autor obtém tutela para poder exercer um direito que ainda será declarado ou constituído, fica fácil perceber o seu caráter antecipatório. A tutela, nestes casos, não está assegurando a possibilidade do autor exercer o direito no futuro, mas sim viabilizando, desde logo, ao autor o exercício do direito.

Também é inegavelmente antecipatória a tutela que suspende a eficácia de um ato que se pretende ver anulado ou declarado nulo. Nesse caso, impede-se, antecipadamente, que o ato produza efeitos contrários ao autor. Há uma correlação nítida entre a suspensão da eficácia e a sentença; o autor, através da suspensão da eficácia, desde logo vê-se livre dos efeitos do ato impugnado.

Se um ato não pode produzir efeitos e, por isso, deve ser desconstituído, a tutela que obsta a prática de um ato que não poderia ser praticado, se já houvesse sido proferida a sentença desconstitutiva, deve ser definida como antecipatória.

Luiz Guilherme MARINONI, citando Piero CALAMANDREI, em sua obra sobre "processo cautelar", classificou as "providências cautelares" em: I) providências instrutórias antecipadas; II) providências dirigidas a assegurar a execução forçada; III) antecipação de providências decisórias; e IV) cauções processuais.

Ao tratar das tutelas que estariam incluídas no terceiro grupo, o grande mestre de Florença afirmou que estas tutelas consistiriam, precisamente, em uma decisão antecipada e provisória do mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.

A doutrina clássica, ao classificar as sentenças, não leva em consideração o efeito que é produzido pela sentença no plano do direito material. Como adverte Cristina RAPISARDA, a classificação das sentenças, elaborada pela doutrina italiana clássica, constitui um corolário da teoria da ação como Direito autônomo do Direito substancial, transmitido pelo ensinamento chiovendiano.

Colocando no centro do sistema um direito de ação totalmente desvinculado do direito material ameaçado ou violado, os processualistas da escola chiovendiana fixaram as premissas para uma teoria geral das tutelas, voltada a destacar apenas os seus aspectos formais ou processuais.

Contudo é propriamente o nexo de separação-abstração da tutela processual do direito material, transmitido pelo pensamento chiovendiano, que pode ser hoje considerado historicamente superado. Este modo de entender as relações entre direito material e processo perdeu, antes de tudo, as suas próprias motivações culturais - que têm origem na época da formação da escola sistemática -, baseadas na necessidade de depurar as formas processuais da sua excessiva contaminação com o direito material, a elas imposta pela tradição jurídica do século XIX.

Lembre-se de que, na Itália, não há outra forma de execução da sentença que não a "execução forçada". Em outras palavras, de lado casos raros devidamente tipificados, não se admite que o juiz italiano profira a sua sentença, ordenando sob pena de multa. É justamente por essa razão que a ação inibitória atípica, na Itália, acabaria redundando em uma inefetiva demanda meramente declaratória. Isso porque o juiz, para inibir, precisa ter à sua disposição meios que possam convencer o obrigado a adimplir. De nada adianta o juiz ordenar, ou condenar (para aqueles que não levam a sério a necessária correlação que

a doutrina clássica estabelece entre condenação e execução forçada), se não existem meios que possam fazer valer a ordem que impõe uma obrigação de não fazer ou uma obrigação de fazer de caráter infungível.

Uma sentença somente se torna efetivamente inibitória quando ela pode inibir. Na perspectiva de direito material, o que importa saber é se a sentença realiza a ação privada que foi proibida ao particular, no momento em que foi vedada a autotutela, ou se a sentença cumpre com o prometido pela norma de direito substancial. As tutelas, assim, devem ser classificadas de acordo com os resultados que proporcionam aos consumidores dos serviços jurisdicionais.

Na doutrina de Piero CALAMANDREI que define a natureza da tutela é a provisoriedade, pouco importando o resultado que é proporcionado ao autor. É por isso que o processualista italiano, ao escrever a sua obra, a partir da premissa de que o que define a cautelaridade é a provisoriedade, falou mais de tutela antecipatória do que de tutela cautelar.

Há tutelas que dão ao autor, desde logo, aquilo que ele somente poderia obter após a pronúncia da sentença. Tais tutelas não são cautelares, porém antecipatórias. A tutela cautelar apenas assegura a possibilidade da realização efetiva do direito. Difere, portanto, também da tutela preventiva (ou inibitória), que objetiva impedir a prática de um ilícito (ou de um dano), sem qualquer preocupação em assegurar a viabilidade da realização do direito. Na tutela inibitória, o direito está sendo exercido (não foi ainda lesado), mas precisa ser prevenido; na tutela cautelar, o direito não pode ser exercido desde logo, portanto precisa ser assegurado para que possa, futuramente, ser efetivamente realizado.

À vista do exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

I) as medidas cautelares têm possibilidade e efetividade mesmo que se trate de ações declaratórias e que a ação principal seja não de desconstituição de ato anulável, mas de declaração de nulidade de ato radicalmente nulo;

II) nada existe na regulamentação legal da antecipação de tutela, no direito brasileiro, que exclua de sua área de incidência a tutela declaratória e a tutela constitutiva;

III) nos casos de ação declaratória de nulidade de ato jurídico, a tutela antecipada terá cabimento para assegurar à parte, em caráter provisório, "algum bem da vida que decorra da futura decretação de nulidade ou anulabilidade";

IV) dentre os casos de tutela constitutiva, é comum, nas relações jurídicas de locação, a antecipação de tutela em ações de revisão de aluguel ou de renovação do contrato, para alterar, provisoriamente, o aluguel em curso. Também nas ações para invalidar ato administrativo, admite-se, freqüentemente, antecipação de tutela para promover "a suspensão provisória dos efeitos desse ato até a superveniência da decisão anulatória respectiva".

9) - TUTELA EXECUTIVA

Consoante lições de Cândido Rangel DINAMARCO, "para efetivação plena das sentenças condenatórias proferidas em relação a obrigações de fazer ou de não fazer, o caminho tradicional oferecido pelo Código é a execução específica ("execução das obrigações de fazer e de não fazer", artigos 632 e seguintes do CPC)". Para Reis FRIEDE, esse procedimento de execução previsto no artigo 632 e seguintes do CPC encontra grandes dificuldades, devido às facilidades com que o obrigado pode resistir a ela e, muitas vezes, ao caráter personalíssimo da obrigação exequenda. Para fazer frente à essa dificuldade, o legislador importou do Código de Defesa do Consumidor a adoção de severas medidas de apoio, (artigo 461, parágrafo 5o), bem como disciplinou com energia, a imposição de multas. Além disso, o Código de Processo Civil passou a outorgar eficácia de título executivo aos negócios extrajudiciais pelos quais as partes ajustem obrigações de fazer ou de não fazer.

Esse ponto sempre foi muito controvertido, mas a Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994, ao remodelar a lista de títulos extrajudiciais contida no inciso II (segundo) do artigo 585, omitiu qualquer restrição e o fez com o intuito declarado (na justificativa do projeto de lei), de propiciar a inclusão de obrigações de toda a natureza.

10) - SENTENÇAS QUE CONDENAM A PRESTAR OBRIGAÇÃO DE FAZER E SENTENÇAS MANDAMENTAIS

Ovídio Araújo Baptista da SILVA entende que, ao tratarmos das execuções que tenham por objeto o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, de modo que elas se contenham no campo do processo de execução por créditos, são necessárias algumas considerações preliminares. A primeira distinção que nos parece relevante é a que se faça para mostrar que nem todas as sentenças emanadas de um processo de conhecimento, que sujeite o réu a adotar uma determinada conduta, consistente num fazer ou não fazer, serão, necessariamente, condenatórias, de tal sorte que a execução do julgado dê origem a um processo (autônomo) para cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer.

Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA , com sua extraordinária percepção dos fenômenos jurídicos, resume nesta sentença a ambigüidade secular contida no conceito de obrigação: "se alguém promete não fazer o que a lei já lhe proíbe, não se obriga". Esta é, portanto, a primeira distinção fundamental a fazer: o sistema jurídico brasileiro, na medida em que restaura o instrumento processual conhecido como ação condenatória, valendo-se da estrutura da actio romana, deve igualmente limitá-lo ao tratamento jurisdicional das pretensões nascidas do direito obrigacional.

Sabe-se, é verdade, que o direito moderno procurou suprimir as categorias de direito material conhecidas como pretensão e ação real, na tentativa de transformar o Direito em direito obrigacional.

PONTES DE MIRANDA cita alguns exemplos para demonstrar essa separação básica entre deveres jurídicos nascidos de uma relação obrigacional - seja contratual ou delitual - e as chamadas "obrigações legais": a sentença de procedência na ação de mandado de segurança impõe ao demandado o cumprimento de um dever legal, consistente num fazer

ou não fazer.

Não se poderia cometer o equívoco de pretender "executar" a sentença de procedência proferida no writ of mandamus como se executam as sentenças que condenem ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer. Outro exemplo é a ação de manutenção de posse ou o interdito proibitório. Elas não são ações condenatórias, demonstra-o o fato de conterem ambas liminares antecipatórias da sentença final de procedência, que ninguém poderia imaginar que fossem "executadas" como se executam as sentenças que condenem ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer. As liminares dos interditos possessórios, como todos sabemos, têm origem nos interditos romanos, e não, evidentemente, no processo privado da actio, reservado ao direito das obrigações. A ordem (veto) pretoriana própria dos interditos nada tinham a ver com a condemnatio. E aquele que ofende nossa posse evidentemente não se liga a nós por uma relação obrigacional. E somente a obligatio gerava condemnatio.

Nosso Código, portanto, está correto e conforme aos princípios ao limitar o campo das execuções de fazer e não fazer ao direito das obrigações, (Livro II, Título II, Capítulo III), referindo-se, nos artigos 632 e 642, novamente às obrigações de fazer e aos obrigados a uma abstenção.

11) - OBRIGAÇÕES QUE NÃO AUTORIZAM O EMPREGO DO PROCESSO EXECUTIVO PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER

Crisanto MANDRIOLI ensina-nos que, mesmo no campo do direito obrigacional, inúmeros são os exemplos de deveres e obrigações que podem nascer de uma relação contratual, cuja realizabilidade coativa, através da jurisdição, pode não corresponder, ou não se adaptar à estrutura do processo executivo para cumprimento das obrigações de fazer.

São exemplos deste gênero a obrigação do colono (parceiro agrícola) de cultivar o fundo, segundo as determinações do contrato; do trabalhador autônomo de realizar a obra ou o serviço nos termos convencionados; ou a obrigação do administrador de empresa de geri-la convenientemente, segundo o interesse da produção. Em tais casos, ainda que a atividade devida pelo obrigado seja em princípio capaz de ser executada por terceiro, a ordem jurídica não se vale do mesmo instrumento predisposto para o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, decorrentes de título extrajudicial.

Uma distinção de idêntica natureza pode ser encontrada com relação aos denominados "deveres de conduta", inerentes ao conteúdo de certas relações obrigacionais, especialmente quando as respectivas prestações não sejam instantâneas segundo o entendimento de Karl LARENZ.

12) - MULTA COMO DESESTÍMULO À RECALCITRÂNCIA DO EXECUTADO ATUAÇÃO SOBRE A VONTADE

Em dois parágrafos, o instituto da tutela das obrigações específicas dispõe sobre multas a serem impostas como sanção. Primeiro, no parágrafo 2º, ao ditar a regra da cumulação da multa com possíveis perdas-e-danos; segundo, no parágrafo 4º, ao autorizar o juiz a

impô-la.

Cândido Rangel DINAMARCO preleciona que todos os dispositivos que impõem a sanção de multa diária astreintes têm a finalidade de promover a efetividade de alguma decisão judiciária. Não resta dúvida que o parágrafo 4º do artigo 461 do CPC abriu a possibilidade de imposição da multa ex officio, o que é novidade, conferindo uma maior plasticidade das funções do juiz no comando do processo e empenho pela efetividade de suas decisões.

Registra Sérgio BERMUDE S que a multa de que trata o parágrafo 2º é devida ao autor e não ao Estado, mas nada diz sobre a imposta de ofício pelo juiz, referida no parágrafo 4º. A esse respeito, temos que quando a multa é pedida na petição inicial, nos termos do artigo 287 c/c o parágrafo 2º do artigo 461, pertence ela ao autor; porém, ainda que o autor não a peça, vindo a ser decretada ex officio pelo juiz, esposamos o entendimento de Carreira ALVIM e Sérgio BERMUDE S de que a melhor solução seria revertê-la também ao autor.

Vale a pena lembrar também que a lei n. 8.953, de 13.12.1994 introduziu em nosso Código de Processo Civil dispositivos que autorizam o juiz da execução a impor, agravar ou reduzir multas, o que torna necessária uma leitura mais detalhada desses artigos:

Artigo 644. Na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida.

Parágrafo único - O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.

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

Parágrafo único - Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo, se excessivo.

Salienta, por fim, Carreira ALVIM que a multa possui finalidade diversa da indenização por perdas e danos, a imposição desta é cumulativa, como reza o parágrafo 2º do artigo 461. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa, (artigo 287). A doutrina sempre louvou essa cumulação, dado que a multa é uma sanção pela resistência indevida, enquanto a indenização tem caráter reparatório.

Flávio Luiz YARSHELL, ainda na vigência da legislação anterior à reforma, analisou com propriedade a possibilidade de o credor da obrigação de emissão de vontade postular a imposição das chamadas astreintes ao devedor, para que este emita a declaração volitiva, e concluiu que: " à medida que o ordenamento estabelece a possibilidade de atingir o demandante o resultado prático que decorreria do adimplemento voluntário da prestação (que é precisamente o que estabelece a regra contida no artigo 641 do CPC),

não haveria qualquer utilidade em provimento que se limitasse a impor ao demandado o dever de efetuar a prestação ". E sobre a cominação de astreintes pondera: "Está claro no texto pátrio, (artigo 287 referido) que as hipóteses de cominação de pena pecuniária estão restritas às hipóteses em que invoca o demandante tutela jurisdicional de caráter condenatório. E, como se teve oportunidade de expor, na invocação da tutela específica sob exame não se reclama propriamente a condenação do réu a emitir declaração de vontade, mas a prolação de sentença que produza eficácia jurídica idêntica à que resultaria do adimplemento voluntário da obrigação".

Por último, citamos ainda, a Lei n. 9.099, de 26.09.1995 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais que também dá poderes ao juiz de cominar multa, senão vejamos:

Artigo 52 - A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:
(...)

V - nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o juiz de imediato arbitrará, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado.

No que se refere a elevação da multa a 4ª Turma do STJ, no Resp. n. 14.416-0-RJ, 17.03.1992, Rel. Min. Sálvio de FIGUEIREDO (RJSTJ, 4(37)/438), tem decidido que tal coação, sem embargo de equiparar-se às astreintes do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que ao Direito repugna. Por conseguinte, cumpre ao juiz diminuir a multa, se verificar, concretamente, que ela enriquecerá o credor sem conduzir à satisfação específica do seu direito .

Thereza ALVIM entende que essas multas diárias podem ser impostas pelo juiz independentemente do pedido do autor, sempre buscando o oferecimento de tutela específica. Diz a lei a propósito da multa e de sua graduação: "se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para cumprimento da obrigação".

Suficiente e compatível diz a lei, logo quer dizer o suficiente ou compatível com a obrigação. Todavia essa suficiência ou compatibilidade nada mais é do que a adequação, ou seja, que haja a possibilidade, com a fixação da multa, de a obrigação vir a ser cumprida, de acordo com a visão do juiz da causa.

Na concreção desse conceito vago não está o juiz adstrito ao valor da obrigação ou a qualquer limite, objetivando, exclusivamente a adequação para obtenção da tutela específica, podendo, ainda, cumulá-la com medidas de apoio, ou quando do processo de execução, com perdas e danos (pelo não cumprimento ou cumprimento da obrigação,

atrasado, desde que pedidas).

O parágrafo 1o desse artigo, por sua vez, prevê que só se converterá a obrigação em perdas e danos, se o autor o requerer ou se for impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, o que será aferido casuisticamente. Em verdade, temos que as astreintes não se tratam propriamente de uma pena, como pondera José Carlos BARBOSA MOREIRA , e sim do que a doutrina denomina "execução através de coação patrimonial," segundo Araken de ASSIS .

12.1) - Aplicabilidade em execução de título judicial ou extrajudicial

José Carlos BARBOSA MOREIRA Doutrina que a multa devida por dia de atraso no cumprimento da obrigação é aplicável, quer se funde a execução em título judicial, quer em título extrajudicial: do primeiro caso ocupa-se o artigo 644, do segundo o artigo 645, ambos do CPC. E continua afirmando que, em se tratando de execução de sentença, nesta já poderá o juiz, independentemente de pedido do autor, ter fixado o valor da multa e a data, a partir da qual incidirá. Omissa que seja a sentença, fixam-se o valor e a data na própria execução, em princípio no despacho da petição inicial, consoante cláusula expressa do artigo 645 do CPC, passível de aplicação também à hipótese do artigo 644 do CPC.

De acordo, porém, com o parágrafo único do artigo 644 do CPC, o valor constante do título judicial ou fixado de início na execução poderá ser modificado, para mais ou para menos, se o juiz entender que ele se tornou insuficiente ou excessivo. Se extrajudicial o título, é lícito ao juiz reduzir o valor naquele previsto (artigo 645, parágrafo único, na redação da Lei n. 8.953), caso se lhe afigure excessivo não contempla o texto, aí, a possibilidade de elevação do valor.

13) - MEDIDAS DE APOIO NA CONSECUÇÃO DA TUTELA

São as medidas autorizativas elencadas pelo parágrafo 5o do artigo 461 do CPC que visam a produzir os resultados práticos. As medidas de apoio podem ser desencadeadas pelo juiz em casos extremos, pois visam a resguardar a eficácia das decisões judiciais.

Carreira ALVIM defende ainda que o alvo dessas medidas continua sendo a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, que são as medidas-fins; as tendentes a tornar possível esse resultado, elencadas de forma exemplificativa no parágrafo, são meras medidas-meio. A requisição de força policial, para garantir o cumprimento das ordens judiciais, já vinha prevista nos artigos 579, 662 e 825, parágrafo único do CPC.

Em se tratando das obrigações de emitir vontade, a aplicação dos preceitos coercitivos do artigo 461 apenas para a obtenção de providências acessórias que se destinem a assegurar o resultado do provimento do principal do postulado. Nesse sentido, Ernane Fidélis dos Santos entende que, na efetivação da norma do artigo 639 do CPC, o juiz passou a poder "usar de meios que facilitem o cumprimento do preceito, como pesquisas cartoriais, perícia para exata localização do imóvel, confrontação de títulos, etc.. Para a facilitação

da tutela específica ou realização de resultado prático correspondente ao adimplemento, as medidas constritivas são meramente exemplificativas, podendo outras ser empregadas, quando necessárias e adequadas".

Humberto THEODORO JÚNIOR comenta que os novos poderes conferidos ao juiz pelo artigo 461 do CPC deverão manifestar-se em face de qualquer obrigação de fazer ou não-fazer, mas seu campo de atuação prática mais intensa será, sem dúvida, o do compromisso de compra e venda e demais contratos preliminares tão difundidos no comércio jurídico atual, tanto em torno de bens imóveis como de bens e valores mobiliários de todo tipo.

Uma das conseqüências imediatas da postura inovadora da lei será a definitiva superação da antiga jurisprudência que supervalorizava a perfeição formal dos compromissos, não admitindo a adjudicação compulsória quando o pré-contrato não estivesse previamente inscrito no Registro de Imóveis ou quando não contivesse todos os dados necessários ao atendimento das exigências de acesso àquele registro público. Agora, o juiz está armado de poderes processuais para, antes da sentença, apurar e completar tudo o que for necessário à expedição de um título judicial que seja perfeito para cumprir o anseio de efetividade da tutela jurisdicional, num terreno de enorme repercussão social, como é o dos compromissos de compra e venda, mormente em relação às camadas mais humildes da população.

E continua dizendo que, dados faltosos no contrato, como os pertinentes ao registro anterior, confrontações, área e demais características do prédio negociado poderão ser objeto de ampla pesquisa durante a instrução da causa e o juiz deve empenhar-se para tudo esclarecer e suprir, de tal modo a proferir uma sentença de adjudicação compulsória que contenha a declaração sobre tudo aquilo que seja útil e necessário ao acesso ao registro de imóveis.

Pode-se concluir que, em face do atual texto do artigo 461 do CPC, ao autor de uma ação de cumprimento de compromisso de compra e venda quitado é lícito, por exemplo: I) cumular, na inicial, pedido de adjudicação compulsória com pedido de imissão de posse ou de busca e apreensão e II) pleitear, desde logo, liminar que lhe assegure a posse provisória do bem compromissado.

14) - ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

14.1) - TUTELA INIBITÓRIA

Luiz Guilherme MARINONI ensina-nos que, na Itália, a tutela de prevenção do ilícito é chamada de tutela inibitória. A tutela inibitória, em princípio, teria por fim permitir a cessação de uma conduta ilícita. A sua finalidade seria a de impedir a continuação, ou mesmo a repetição de uma atividade ilícita.

Porém os autores mais modernos - Michele TARUFFO, Cristina RAPISARDA e Aldo FRIGNANI, também admitem a utilização da tutela inibitória antes da prática do ilícito. Esse, na realidade, é o real problema da tutela inibitória. Dentro dos casos tipificados na

Itália, o artigo 156 da lei sobre o direito de autor confere a melhor definição legal de tutela inibitória: *chi ha ragione di temere la violazione di un diritto ... oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta, può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione*. Tullio ASCARELLI e Andrea PROTO PISANI entendem que a lei sobre o direito de autor, ao falar em ragione di temere la violazione, admite a tutela inibitória também para prevenir a prática de um ilícito iminente.

Cristina RAPISARDA entende ainda que a tutela inibitória poderá ordenar um fazer ou um não fazer, conforme a conduta seja de caráter omissivo ou comissivo, podendo ainda ser classificada como uma tutela preventiva e específica. Preventiva porque voltada para o futuro; específica porque destinada a garantir o exercício integral do direito, segundo as modalidades originariamente fixadas pelo direito material.

Em síntese, segundo os processualistas italianos Cristina RAPISARDA e Michele TARUFFO, a técnica da tutela inibitória, como se vê, é voltada para o futuro e não para o passado. A tutela inibitória demonstra o superamento do princípio de derivação romana, pelo qual o ressarcimento do dano é a verdadeira forma de tutela contra o ilícito, independentemente da natureza específica do próprio ilícito e da situação jurídica violada.

14.2) - Pressupostos da tutela inibitória

Para Mario ROTONDI e Renato SCOGNAMIGLIO, a tutela inibitória, por sua própria natureza de tutela de prevenção, não requer a presença do dano entre os seus pressupostos. E no entanto, Aldo FRIGNANI ensina-nos que o pressuposto da inibitória é a mera existência de uma situação objetiva em contraste com os direitos de alguém; exclui-se, assim, que o ilícito deva necessariamente compreender um dano, ressarcível nos termos do artigo 2.043 do Código Civil italiano, ou qualquer outro dano de qualquer forma ressarcível.

A tutela inibitória não exige o elemento culpa. Afirma-se que, em razão de ser a inibitória voltada para o futuro, resta excluída a possibilidade objetiva de se avaliar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro, sobre o qual incide o provimento inibitório. De acordo com Cristina RAPISARDA, *la ratio dell'autonomia dell'inibitoria dalla colpa va individuata, inoltre, nel carattere non sanzionario di tale mezzo di tutela: il requisito soggettivo della colpa perde, infatti, nella disciplina dell'inibitoria, la funzione di salvaguardia dell'altrui libertà di azione, svolta quando la tutela comporta, come nel caso della tutela risarcitoria, l'imposizione al soggetto passivo di uno svantaggio economico-giuridico. L'autonomia indicata si spiega, infine, per la finalità reintegratoria del diritto dedotto in giudizio, che caratterizza la tutela inibitoria, la quale tende a garantire comunque l'attuazione del diritto, prescindendo da ogni valutazione del comportamento dell'obbligato*.

Na maioria das vezes, a tutela inibitória supõe que um comportamento ilícito poderá prosseguir ou se repetir; nesse caso a tutela terá por fim inibir a continuação ou a repetição de uma atividade ilícita. A tutela não perde a sua natureza preventiva por supor um ilícito já ocorrido, pois a sua finalidade é a de prevenir uma atividade ilícita futura. Por outro lado, a melhor doutrina italiana admite o emprego da tutela inibitória antes da

prática do ilícito.

Para Aldo FRIGNANI, o que é fundamental, em tema de inibitória, é o perigo da continuação, da repetição, ou mesmo da prática do ilícito. Se o ilícito já foi praticado, da sua modalidade, da sua natureza, se poderá inferir, com notável aproximação, a probabilidade da sua continuação ou repetição no futuro.

14.3) - Tipicidade ou atipicidade da inibitória

O ordenamento italiano admite a tutela inibitória apenas para determinadas situações de direito substancial. Porém a necessidade da tutela inibitória para a adequada tutela dos direitos não patrimoniais levou parte da doutrina italiana a aceitar a natureza atípica da inibitória.

Aldo FRIGNANI sustenta existir um princípio geral de tutela preventiva. Diz ele: in tema di tutela preventiva invece il punto cruciale riguarda la possibilità di evitare o prevenire l'illecito. Se si nega tale possibilità, si frustra una delle funzioni primordiali dell'ordinamento giuridico, quella di prevenire l'illecito e, di conseguenza, le liti (ne cives ad arma veniant); se lo si afferma si intacca il principio della certezza del diritto, ampliando in modo pericoloso la sfera di discrezionalità del giudice. Tuttavia, de iure condito, una simile conclusione sembra suffragata, oltre che da un'intima esigenza del diritto, dalle numerose norme sparse in tutto il sistema che consentono forme di tutela giuridica di fronte a 'situazioni preliminari alla violazione della norma e del diritto soggettivo', ao fine di prevenirle. Qualunque soluzione si adotti sul problema della tutela preventiva come principio generale, a noi pare che l'inibitoria rappresenti la forma più penetrante di tale tutela.

Aldo FRIGNANI afirma que o artigo 700 do Código de Processo Civil italiano constitui o fundamento normativo da atipicidade da tutela inibitória. A inibitória provisória - fundada no artigo 700 - e a inibitória final são simples aspectos de um único fenômeno, já que a inibitória provisória teria as mesmas características da inibitória final e seria indissolúvelmente ligada à última. O fim da inibitória provisória não é outro senão o de antecipar, para uma tutela mais imediata possível, os efeitos da decisão final de mérito, ou mesmo o de eliminar imediatamente uma atividade lesiva a um direito.

Em outros termos, Aldo FRIGNANI parte da premissa de que o artigo 700 - fundamento da tutela cautelar - contém em si a base da atipicidade da tutela inibitória. Frignani raciocina como se o artigo 700 autorizasse uma tutela inibitória provisória atípica, para depois concluir, logicamente, que se o Código de Processo Civil autoriza uma tutela inibitória provisória atípica, obviamente também legitima a tutela inibitória final atípica.

E continua afirmando que o problema do raciocínio está na premissa de que o artigo 700 abre oportunidade para a tutela inibitória atípica. Embora Aldo FRIGNANI não confunda tutela cautelar com tutela inibitória, não é certo que a tutela cautelar constitua um tipo de tutela genuinamente preventiva.

O artigo 700 - que é similar ao artigo 798 do Código de Processo Civil Brasileiro, por

estar ligado à estrutura do sistema fundado no binômio processo de condenação - processo de execução, exige que o autor demonstre - ainda que com base em probabilidade - que o direito violado, com o passar do tempo do processo de conhecimento, poderá não ser efetivamente tutelado. A tutela cautelar sempre esteve preocupada em garantir a efetividade da tutela dos direitos patrimoniais violados. A preocupação com a não violação do direito é muito posterior às grandes obras que ainda influenciam os escritos sobre tutela cautelar. Portanto o problema da inibitória provisória é o da inibitória final, e não pode ser resolvido com base no fundamento da tutela cautelar, pois o que importa saber é se há fundamento para a tutela de prevenção do ilícito .

A melhor posição adotada pela doutrina italiana é a de fundar a tutela inibitória no artigo 24 da Constituição italiana . O artigo 24 da Constituição italiana, ao dispor que tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, estabelece o direito à adequada e efetiva tutela jurisdicional. O princípio da efetividade da tutela jurisdicional, consagrado constitucionalmente, garante a tutela jurisdicional adequada a cada situação de direito substancial.

Ora, se determinados direitos, por suas peculiaridades próprias, somente podem ser tutelados através da tutela inibitória, não há como se negar a extensão deste tipo de tutela às hipóteses dela carentes. Negar a tutela inibitória para os direitos que não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória é negar atuação concreta à norma constitucional.

A necessidade da tutela antecipatória para a efetividade da tutela inibitória. A tutela inibitória, para ser efetiva, necessita da tutela antecipatória. A tutela antecipatória, na hipótese de tutela inibitória, constitui uma tutela inibitória fundada em cognição sumária, mas que pode, obviamente, ser atuada desde logo.

A tutela antecipatória, como é sabido, pode ser concedida na medida da sua necessidade . Em outros termos, a tutela antecipatória pode ser concedida antes da ouvida do réu, depois da sua ouvida, e também depois de encerrada a fase instrutória. Trata-se, esta última, da tutela antecipatória final .

Alguém poderá supor que não é possível ao juiz conceder a tutela antecipatória após encerrada a fase instrutória, já que a partir daí restaria apenas a necessidade da sentença. Porém, como já demonstramos, a sentença do juiz brasileiro somente é passível de execução imediata em pouquíssimos casos.

Para Luiz Guilherme MARINONI, a tutela antecipatória final, tal como por nós concebida, é a única alternativa para a efetividade da tutela jurisdicional preventiva. Aliás, para que se compreenda a necessidade da tutela antecipatória final, basta imaginar a contradição que existiria em se admitir a tutela antecipatória - após a ouvida do réu - quando o procedimento ainda deve seguir para a fase instrutória, e não admitir a tutela antecipatória quando a instrução não é necessária e o caso é de julgamento antecipado da lide.

A tutela antecipatória final, embora possa ser concedida no momento em que é proferida a sentença, tecnicamente constitui uma decisão interlocutória, que deve ser proferida

antes da sentença. Ou seja, em uma peça única o juiz poderá proferir a decisão interlocutória - concedendo a tutela antecipatória - e a sentença propriamente dita. É importante deixar claro que a tutela antecipatória final é concedida mediante decisão interlocutória, porque o recurso de agravo, que agora deve ser endereçado ao tribunal, tem por fim justamente evitar que as decisões gerem danos irreparáveis. O recurso de apelação, como é óbvio, é completamente inadequado para atacar a tutela antecipatória.

Se a tutela antecipatória final pode corrigir o defeito da restrição da execução provisória, não é só neste ponto que a tutela antecipatória é vital para a efetividade da tutela inibitória.

A tutela inibitória, justamente porque visa eliminar a possibilidade do ilícito, deve ser atuada em momento que seja propício, vale dizer, antes da ocorrência do ilícito, e, portanto, muitas vezes com base na probabilidade do perigo de ilícito. Em outras palavras, se a tutela inibitória final objetiva declarar o perigo de ilícito, a tutela inibitória provisória contenta-se com a simples probabilidade de perigo de ilícito.

14.4) - O novo artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro e a tutela inibitória

De acordo com o novo artigo 461 do Código de Processo Civil Brasileiro: "na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

O mesmo artigo afirma que o juiz poderá 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. Dispõe o artigo 461 do CPC, ainda, que: "para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial".

Luiz Guilherme MARINONI doutrina que a tutela inibitória constitui uma tutela específica. O artigo 461 do CPC permite que o juiz, ao conceder a tutela específica (final ou antecipatória), imponha multa diária ao réu, independente de pedido do autor. O artigo 461, portanto, é a base, no Código de Processo Civil, da tutela inibitória, pois não só permite ao juiz dar ordens, como também admite que o juiz, de ofício, imponha multa diária visando ao adimplemento.

Não há dúvida, continua pois, Luiz Guilherme MARINONI que o Código de Processo Civil é apto a permitir a adequada tutela dos direitos não patrimoniais. O artigo 461 do CPC, como a sua própria redação demonstra, está muito longe da técnica da substituição pelo equivalente monetário, encontrando-se intimamente envolvido com o espírito das técnicas que permitem a tutela específica. O artigo 461 do CPC, em outras palavras, constitui luz nova em meio do velho Código fundado no binômio sentença de condenação-execução forçada.

15) - CONCLUSÃO

Resumindo o essencial da matéria, podemos concluir:

- 1) - A obrigação de fazer, sendo a prestação fungível, pode ser executada por terceiro à custa do devedor, (artigo 634 e parágrafos do CPC), sendo que esse procedimento também se encontra previsto na Lei n. 9.099, de 26.09.1995, em seu artigo 52, inciso VI;
- 2) - A obrigação de fazer não admite execução direta por meio de violência física contra o devedor;
- 3) - A obrigação de fazer, sendo intuitu personae, não pode ser executada por terceiro contra a vontade do credor (mudança da prestação);
- 4) - A obrigação de fazer, sendo a prestação infungível ou intuitu personae, assim como a obrigação de abstenção ou tolerância, podem ser exigidas por meio de preceito cominatório - astreintes, (artigos 287, 461, 644 e 645 do CPC);
- 5) - Na obrigação de fazer, recusando-se o devedor a cumpri-la, o credor pode optar pela conversão em perdas e danos, (artigo 633 do CPC);
 - 5.1) - O artigo 461 do CPC objetiva permitir ao autor obter a tutela específica ou o resultado equivalente ao do adimplemento. É por isso que o artigo afirma que a obrigação somente se converterá em perdas e danos, se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.
- 6) - As obrigações de não fazer podem comportar, conforme o seu objeto, o desfazimento do ato praticado ou da obra realizada, ou a aplicação de preceito cominatório astreintes, ou ainda a conversão em perdas e danos, (artigos 461, 642 e 643 do CPC) ;
- 7) - O parágrafo 3o do artigo 461 do CPC estabelece a possibilidade de ser antecipada a tutela específica quando for relevante o fundamento da demanda (fumus boni juris) e (cumulativamente) houver justificado receio de ineficácia do provimento final (periculum in mora). Exista prova documental suficiente acompanhando a inicial ou promova o autor justificação prévia, citado o réu, (parágrafo 3o).
- 8) - A tutela antecipatória será sempre provisória e admitirá revogação ou modificação, a qualquer tempo, em decisão fundamentada, (parágrafo 3o).
- 9) - O novo regramento legal insito no artigo 461 do CPC, inaugurado com a Lei n. 8.952, também previu expressamente a modalidade de multa ao eventual inadimplemento da obrigação. Em essência, dois diferentes parágrafos do artigo 461 dispõem sobre a referida multa, ditando o primeiro, (artigo 461, parágrafo 2o do CPC), a regra concernente a cumulação da multa com possíveis perdas e danos e o segundo, (artigo 461, parágrafo 4o, do CPC) autorizando o julgador a impô-la, inclusive ex officio.
 - 9.1) - O artigo 461 do CPC abre oportunidade para o provimento mandamental, único capaz de permitir a tutela específica em determinadas situações concretas. A multa diária,

prevista no parágrafo 4o do artigo 461, pode ser comparada ao contempt , constituindo poderoso meio coercitivo. A multa poderá ser aplicada independente de pedido do autor e em montante suficiente para pressionar o réu ao adimplemento.

10) - As novas providências de reforço da exequibilidade da sentença relativa às obrigações de fazer visam a garantir a execução específica da prestação devida independentemente da vontade do obrigado. Podem as medidas ser impostas na sentença final ou em caráter liminar, conforme as circunstâncias da causa (parágrafo 5o do artigo 461 do CPC).

10.1) - Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, além da multa, determinar as medidas necessárias - de ofício ou a requerimento -, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial, (artigo 461, parágrafo 5o, CPC).

11) - Os mecanismos executivos introduzidos no artigo 461 do CPC para viabilizar ou assegurar a obtenção compulsória das obrigações de fazer não se aplicam à tutela específica das obrigações ditas juridicamente infungíveis, que são as de contratar e prestar declaração de vontade, cuja disciplina é aquela dos artigos 639 e 641, não modificadas na reforma do CPC.

11.1) - Isto porque o sistema da execução específica das obrigações de contratar e prestar declaração de vontade não é o da coação à prática do ato volitivo, mas sim de sua substituição pelo provimento jurisdicional. Admitir-se a indução do devedor a emitir a manifestação de vontade pelos instrumentos coercitivos do artigo 461 do CPC seria negar toda a construção que viabilizou o suprimento judicial daquela manifestação .

12) - Em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento .

12.1) - O Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a todos os casos conflituivos concretos, está igualmente obrigado a usar os meios necessários para que as suas ordens (o seu poder) não fiquem à mercê do obrigado. Não se diga que esta prisão ofende direitos fundamentais da pessoa humana, pois, se tal fosse verdade não se compreenderia a razão para a admissão do emprego deste instrumento nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha .

13) - As liminares, sejam relativas ao poder geral de cautela, sejam provenientes do poder de antecipação de tutela, apresentam-se, no atual estágio do Direito Processual Civil, como "corolário do direito à adequada tutela jurisdicional", que a Constituição assegura como um dos direitos fundamentais, (art. 5º, XXXV). Sem elas, a prestação jurisdicional não pode ser vista como "efetiva" e "adequada", e a situação concreta, cuja conjuntura reclamava medida de urgência não atendida pelo órgão judicial, poderá redundar em

"forma de denegação de justiça" .

14) - A aplicação dos artigos 273, 461, 798 e 799 do CPC há de ser feita a todos os tipos de procedimentos, atingindo tanto os particulares como o Poder Público. Excluindo-se, destarte, as restrições peculiares às liminares contra o Poder Público, traçadas pelas Leis no 8.437/92 e nº 9.494/97 .

15) - No artigo 461 do CPC estão consagrados mecanismos processuais que visam a dar ao credor de obrigação de fazer e de não fazer tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, ou seja, há nele explícita valorização do direito à tutela específica.

15.1) - O dispositivo atribui ao juiz uma espécie de poder executório genérico, que lhe faculta adotar, além das medidas ali nominadas, qualquer outra que seja adequada a prestar tutela específica ou, se for o caso, a alcançar providência substitutiva de resultado prático equivalente.

16) - Restou igualmente consagrado, no parágrafo 3º, instrumento para propiciar tutela efetiva, isto é, tutela prestada em momento próprio a preservar sua utilidade, inclusive antecipadamente, desde que: (I) relevantes os fundamentos do pedido; (II) haja fundado receio de ineficácia do provimento final.

16.1) - Suprem-se, deste modo, as deficiências do sistema original do Código, cujos mecanismos eram limitados e ineficazes, de modo especial em se tratando do cumprimento das obrigações negativas, para as quais não havia meio próprio a assegurar a prestação específica.

16.2) - Para cumprimento da decisão antecipatória, pode o juiz utilizar-se dos mesmos meios de coerção e de sub-rogação disponíveis para a execução da sentença final, (parágrafos 4º e 5º do artigo 461 do CPC).

16.3) - As ações decorrentes do artigo 461 do CPC terão ou natureza executiva lato sensu, comportando, nelas próprias, os correspondentes atos executivos, ou natureza condenatória, hipótese em que a execução se dará em ação autônoma, com base no artigo 644 do CPC.

16.4) - Serão executivas lato sensu ou (I) em decorrência da natureza própria da obrigação a ser cumprida (obrigação de concluir contrato, obrigação de declarar vontade, obrigação específica de não fazer) ou (II) quando, para resguardo da efetividade da tutela específica ou da medida substitutiva de resultado prático equivalente, houver urgência na concretização dos atos executórios (antecipação da tutela com fundamento no parágrafo 3º.

16.4.1) - Nos demais casos, isto é, (I) havendo compatibilidade e (II) não havendo urgência, a ação terá natureza condenatória, sujeita a sentença à execução prevista no Livro III, Capítulo III.

17) - A hipótese de antecipação da tutela delineada no parágrafo 3º do artigo 461 do CPC tem identidade com a do inciso I, do artigo 273 do CPC; porém é também cabível, por

imposição do sistema, a antecipação da tutela de obrigação de fazer ou não fazer em caso de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu, (inciso II, do artigo 273 do CPC).

18) - A antecipação pode ter por objeto a tutela ou, se necessário, a da medida que conduza a resultado prático a ela equivalente.

18.1) - É viável antecipar tutela específica de obrigação de fazer fungível, inclusive por meio de sub-rogação, incumbindo-se terceiro de prestar o fato, à custa do devedor, caso em que a contratação deste, se assim impuserem as circunstâncias, poderá se dar sem concurso licitatório, fixando a sentença, se procedente o pedido, o valor a ser indenizado.

19) - A medida antecipatória pode ser deferida não apenas liminarmente, ou após justificação prévia, mas a qualquer momento no curso do processo, inclusive na fase de execução da sentença e na pendência de embargos suspensivos, desde que presentes os respectivos pressupostos.

20) - Aplicam-se à antecipação da tutela de obrigação de fazer e não fazer, subsidiariamente ao artigo 461 do CPC, as normas que regulam a medida antecipatória do procedimento comum .

21) - As medidas cautelares têm possibilidade e efetividade, mesmo que se trate de ações declaratórias e que a ação principal seja não de desconstituição de ato anulável, mas de declaração de nulidade de ato radicalmente nulo .

21.1) - Nada existe na regulamentação legal da antecipação de tutela, no direito brasileiro, que exclua de sua área de incidência a tutela declaratória e a tutela constitutiva .

21.2) - Nos casos de ação declaratória de nulidade de ato jurídico, a tutela antecipada terá cabimento para assegurar à parte, em caráter provisório, "algum bem da vida que decorra da futura decretação de nulidade ou anulabilidade".

21.3) - Dentre os casos de tutela constitutiva, é comum, nas relações jurídicas de locação, a antecipação de tutela em ações de revisão de aluguel ou de renovação do contrato, para alterar, provisoriamente, o aluguel em curso. Também nas ações para invalidar ato administrativo, admite-se, freqüentemente, antecipação de tutela para promover "a suspensão provisória dos efeitos desse ato até a superveniência da decisão anulatória respectiva".

16) - BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Tutela Antecipatória in Direito do Consumidor, v. 21.

ALVIM, Thereza. A tutela específica do artigo 461 do Código de Processo Civil in Revista de Processo n. 80, ano 20, out./dez., p. 103-110, 1995.

ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. Il modello costituzionale del processo civile

italiano, Torino: Giappichelli, 1990.

ARIETA, Giovanni. I provvedimenti d'urgenza, Padua: CEDAM - Casa Editrice Dottore Antonio Milani, 1982.

ARMELIN, Donaldo. A Tutela Jurisdicional Cautelar in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, volume 23/136.

ASCARELLI, Tullio. Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, Milano: Giuffrè, 1960.

ASSIS, Araken de. Manual do Processo de execução, 2a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional, 1a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

____. Teoria Geral do Federalismo, 1a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

____. O princípio de subsidiariedade: Conceito e Evolução, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

BARBI FILHO, Celso. Efeitos da reforma do Código de Processo Civil na Execução Específica do Acordo de Acionistas in Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, volume III, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro, 19a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

____. A tutela específica do credor nas obrigações negativas apud Temas de Direito Processual - Segunda Série, São Paulo: Editora Saraiva.

BARROS, Ennio Bastos de. Comentários às novas alterações do Código de Processo Civil, 1a edição, São Paulo: Editora Jurídica Brasileira Ltda, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1990.

BATALHA, Wilson. Cautelares e Liminares, 3a edição, Editora São Paulo, 1996.

BECKER, Laércio A. Jurisprudência comentada do Acórdão do TJRJ (AI 4.050/96, Relator Desembargador Carlos Ferrari, j. em 19/11/96 in <http://www.genedit.com.br>, 1999.

BERMUDES, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1995

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do Consumidor, 1a edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BORRÈ, Giuseppe. Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, 1966.

CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova: CEDAM, 1936.

____. Introducció al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Buenos Aires, EBA, 1945.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report / Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CARPI, Federico. La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di mérito, relazione in XV Convegno Nazionale, Bari, 1985.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Código de Processo Civil Reformado, 3a edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.

____. Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual, 2a edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.

____. CPC Modificações, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995.

CASARI, Vittorio Gasparini. Introduzione allo studio della tutela cautelare, Modena: S.T.E.M. - Mucchi, 1982.

CASTRO, Amílcar de. Do procedimento de execução: Código de Processo Civil, obra atualizada e revisada por Stanley Martins Frasso e Peterson Venites Kömel Júnior, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

CHIARLONI, Sergio. Misure coercitive e tutela dei diritti, Milano: Giuffrè, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di diritto processuale civile, 4a edizione, Napoli: Jovene, 1928.

____. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno in Saggi di Diritto Processuale Civile, Roma: Foro Italiano, 1930.

____. L'azione nel sistema dei diritti in Saggi di Diritto Processuale Civile, 2a edizione, Roma: Foro Italiano, 1930.

____. Dell'azione nascente dal contratto preliminare in Saggi di Diritto Processuale Civile, 2a edizione, v. I, Roma: Foro Italiano, 1930.

CÓDIGO de Processo Civil, 3a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi in Rivista di Diritto Processuale Civile, 1990.

____. La garanzia costituzionale dell'azione e il Processo Civile, Padova: CEDAM, 1970.

____. Commentario della Costituzione (a cura di G. Branca), Bologna-Roma: Zanichelli Foro Italiano, 1981.

____. Principi costituzionali e Processo di esecuzione: in memoria di Gino Gorla, Milano: Giuffrè, 1994.

COSTA, Dilvanir José da. A execução das obrigações de dar, fazer e não fazer no direito brasileiro e no direito comparado, n. 134 abr/jun, Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1997. pp 201-212.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil, 3a edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996: 327.

____. A Instrumentalidade do Processo, 2a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1990.

DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale in Rivista de Diritto Processuale, 1984.

____. Intervento in la tutela d'urgenza, Rimini: Maggioli, 1985.

DINI, Mario. I provvedimenti d'urgenza (nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro), t. I, Milano: Casa Editrice Dottore A. Giuffrè, 1981.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. Curso Básico de Direito Processual Civil: execução e cautelar, 2a edição, 3o volume, São Paulo: Nelpa - L. Dower Edições Jurídicas Ltda, 1998.

FADEL, Sérgio Sahione. Antecipação de Tutela no Processo Civil, Rio de Janeiro: Dialética, 1998.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. A Reforma Processual Civil (Artigo por Artigo), São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

FRIEDE, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar, 4a edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

____. Medidas Liminares na Doutrina e na Jurisprudência, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

FRIGNANI, Aldo. Il contempt of Court quale sanzione per l'inesecuzione dell'injunction in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1972.

____. L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, p. 592, 1972.

____. Inibitoria in Enciclopedia del Diritto, v. 21.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro: Processo de Execução e procedimentos especiais, 12a edição, v. III, São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer in Revista de Processo, São Paulo v. 79, 1995.

____. Novas Tendências do Direito Processual: De acordo com a Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990.

____. O Processo em Evolução, 1a edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LA CHINA, Sergio. Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza, in I processi speciali, Napoli: Casa Editrice Dottore Eugenio Jovenel, 1979.

LARA, Betina Rizzato. Liminares no Processo Civil: Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 26, 2a edição atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, tradução da edição alemã de 1952.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, 2a edição, Rio de Janeiro: Forense, 1987 (trad. bras. de Cândido Rangel Dinamarco).

MAJO, Adolfo di. La tutela civile dei diritti, Milano: Giuffrè, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo et alii. Da Defesa do Consumidor em Juízo - artigos 81 a 100, in Toshio Mukai Comentários ao Código de Proteção do Consumidor São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

MANDRIOLI, Crisanto. L'esecuzione forzata in forma specifica, 1953.

____. L'esecuzione specifica dell'ordine de reintegrazione nel posto del lavoro in Rivista Diritto Processuale, 1975.

____. Corso di diritto processuale civile. 10ª edizione, III, Torino, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil, 2a edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996.

____. A Reforma do CPC e Efetividade do Processo (Tutela antecipada, tutela monitória, e tutela das obrigações de fazer e não fazer, artigo publicado in GENESIS - Revista de Direito Processual, n. 01, jan-abr., 1996.

____. Tutela Inibitória: a Tutela de Prevenção do Ilícito in GENESIS - Revista de Direito Processual Civil n. 02, (maio-agosto), 1996.

____. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

____. A tutela antecipatória nas ações declaratórias e constitutiva in GENESIS - Revista de Direito Processual Civil, n. 04, jan-abril, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública, 11a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MERRYMAN, John Henry. La tradición jurídica romano-canónica, México: Fondo de Cultura Económica, 1968.

MONTEIRO, Washington Barros de. Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações, v. 1, São Paulo: Saraiva.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. Comentários ao Código do Consumidor, Rio de Janeiro: Editora Aide, 1991.

NÉRY JÚNIOR, Nelson. Atualidades Sobre o Processo Civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OBERTO, Giacomo. Il nuovo processo cautelare, Milano: Giuffrè, 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória in Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

PERROT, Roger. Les mesures provisoires en droit français, in Tarzia, Les mesures provisoires en procédure civile, Milano: Giuffrè Editore, "Considerazioni Conclusive", 1985.

PEYRANO, Jorge Walter . Medida cautelar inovativa, Buenos Aires: Depalma, 1975

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, 2a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.

PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile in Rivista de Diritto Processuale, 1987.

____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata in Rivista di Diritto Processuale, 1979.

____. Tutela d'urgenza, Bari: atti del XV Convegno Nazionale, 1985.

____. Le controversie in materia di lavoro. 2ª edizione. Roma - Bologna, 1987.

____. Nuovi diritti e tecniche di tutela, scritti in onore di Elio Fazzalari, v. II, Milano: Giuffrè, 1993.

____. L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna in Rivista di Diritto Processuale, 1975.

____. Intervento in la tutela d'urgenza, Rimini: Maggioli, 1985.

RAPISARDA, Cristina. Profili della tutela civile inibitoria, Padova: CEDAM, 1987.

____. Digesto delle Discipline Privatistiche, v. 9, p. 480.

____ ; TARUFFO, Michele. Inibitoria in Enciclopedia Giuridica Treccani, volume XVII: 07.

ROCCO, Ugo. Trattato di Diritto Processuale Civile, v. 5, Turim: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966.

ROTONDI, Mario. Istituzioni di Diritto Privato, Milano: Giuffrè, 1965.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. Teoria Geral do Direito Processual Civil: A lide e sua resolução, 2ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil, 4ª edição, vol.II, São Paulo: Editora Saraiva, 1996: 409.

____. Novíssimos perfis do processo civil brasileiro, 1ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SARTORI, Giovanni. A política, Brasília: Unb, 1981.

SCHMIDT JÚNIOR, Roberto Eurico. O Novo Processo Civil, Curitiba: Editora Juruá, 1995.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Il risarcimento del danno in forma specifica in Rivista di Diritto e Procedura Civile, 1957.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil: Execução obrigacional, execução real e ações mandamentais, 3ª edição, volume II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

____. Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência), 2ª edição, volume III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária, Coimbra: Almedina, 1987.

TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988.

____. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986.

TARZIA, Giuseppe. *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano: Giuffré Editore, "Considerazioni Conclusive", 1985.

____. Considerazione comparative sulle misure provvisorie nel processo civile in *Rivista di Diritto Processuale*, 1985.

____. Remedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza in *Rivista di Diritto Processuale*, 1986.

____. Rigetto e riproponibilità della domanda cautelari, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1988.

____. *Manuale del processo del lavoro*. 3ª edizione., Milano, 1987.

TEIXEIRA, Elza Spanó et SANTOS, Márcia Regina Soares Seixas. *Comentários e Prática Forense dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei n. 9.099, de 26.09.1995*, 1ª edição, São Paulo: LED Editora de Direito Ltda, 1996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo et alii. *Modificações no CPC*, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995, 120 p.

____. *Código de Processo Civil Anotado*, 6ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

____. *Execução*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Aide, 1996.

____. *As Inovações no Código de Processo Civil*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

____. Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar, in *RBDP* 48/101.

____. *Execução*. Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional artigo publicado in *GENESIS - Revista de Direito Processual civil*, n. 08, abril/jun., 1998.

____. *Tutela Antecipada* artigo publicado in *GENESIS - Revista de Direito Processual civil*, n. 04, jan/abril, 1997.

____. Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Processo Cautelar, 20a edição, v. II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

____. Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária artigo publicado in GENESIS - Revista de Direito Processual Civil, n. 09, jul-out., 1998.

____. Antecipação de Tutela em Ações Declaratórias e Constitutivas in Revista Ltr, v. 62, n. 10, outubro de 1998.

TOMMASEO, Ferruccio. I provvedimenti d'urgenza (struttura e limiti della tutela anticipatoria), Padua: CEDAM - Casa Editrice Dottore Antonio Milani, 1983.

____. Appunti di diritto processuale civile, Torino: Giappichelli, 1995.

VILAS, Willard de Castro. Ação Cautelar Inominada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

WATANABE, Kazuo. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de fazer e não fazer - Arts. 273 e 461 do CPC, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional nas obrigações de declaração de vontade, 1a edição, São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer artigo publicado in GENESIS - Revista de Direito Processual Civil, nº 4, jan./abr. 1997.

____. Antecipação da tutela, São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

RETIRADO DE <http://www.uj.com.br/>