

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

TEORI ALBINO ZAVASCKI*

*Juiz do Tribunal Regional Federal – 4ª Região
Professor de Processo Civil na UFRGS*

Sumário

1. A busca da tutela específica. 2. A busca da tutela efetiva. 3. Natureza da ação do art. 461 do CPC: condenatória ou executiva *latu sensu*? 4. Pressupostos par antecipar tutela com base no § 3º do art. 461. 5. Aplicação subsidiária do regime do art. 272 do CPC. 6. Conclusões.

1. A Busca da Tutela Específica

O processo, instrumento que é para a realização de direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação *in natura*. E quando isso é obtido, ou seja, quando se propicia, judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo que pretendia, há prestação de tutela jurisdicional específica.

No que se refere à tutela das obrigações de fazer e de não fazer, que consistem em comportamento omissivo ou comissivo do obrigado, o Código de Processo, em sua versão primitiva, apresentava-se



* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 08/05/2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer.

Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, v.2, n. 4, p. 111-124, jan./abr. 1997.

longe do modelo ideal, eis que notoriamente destituído, em grande número de situações, de meios eficientes de prestar tutela específica. Os mecanismos disponíveis eram ou de eficácia limitada, ou restritos a apenas algumas daquelas obrigações. Relembremos quais eram eles. Em se tratando de obrigação cujo objeto pode ser atendido não somente pelo obrigado, mas também por terceiro (obrigação de fazer fungível), regulou o Código os modos para que a prestação específica fosse atendida pelo terceiro (art.634), ou mesmo pelo próprio credor (art. 637), à custa do devedor. Igualmente, em se tratando de obrigação de concluir um contrato ou de prestar declaração de vontade (obrigação de fazer juridicamente fungível), o legislador processual substituiu a ação do devedor recalcitrante pela ação do Estado, dispondo que a própria sentença de procedência produziria "o mesmo efeito do contrato a ser firmado" (art. 639) ou da "declaração não emitida"(art. 641), mecanismo que, evidentemente, importa forma de tu Quanto às demais situações, a obtenção da tutela específica não era apoiada por meios coercitivos eficientes: previu-se a coerção de natureza patrimonial, consiste em aplicação de pena pecuniária por dia de atraso (art. 644, na sua redação original) I quando tal pedido constasse da petição inicial da ação de conhecimento e se destinasse "para o caso de descumprimento *da sentença*" (art. 287), na qual deveria estar prevista (art. 645).

Deste modo, ficavam ao inteiro desabrigo de qualquer meio apto de proteção do direito *in natura* um grande número de obrigações de fazer e, de um modo geral, as de não fazer. Quanto a estas últimas - que são, por natureza, infungíveis, já que a prestação específica consiste exatamente no comportamento omissivo a ser adotado pelo próprio obrigado - não havia em nosso ordenamento processual, mecanismo que inibisse, satisfatoriamente, o evento lesivo. Ao credor ameaçado apresentava-se, como alternativa única, buscar tutela mediante sentença de natureza condenatória, que, quando proferida, após toda a liturgia de uma ação de conhecimento, provavelmente já seria inútil, pela anterior

consumação da ofensa.

Segundo a autorizada palavra de BARBOSA MOREIRA, o CPC de 1973 apresentou, no particular, um retrocesso em relação à codificação anterior. “conhecendo o expediente adequado, furtou-se curiosamente a fazer dele o uso amplo que lhe sugeriam a política jurídica e a própria tradição do direito brasileiro, já chegada no CPC de 1939 a grau de aprimoramento bastante para produzir uma figura *genérica* de tutela do credor, em matéria de obrigação de fazer e de não fazer, construída sobre o esquema de preceito *initio litis*, com aplicação imediata da sanção cominada, no caso de descumprir: a ação cominatória do art. 302, XII. Restringiu-se de modo notável, na reforma processual, à simples proteção da posse e da propriedade; fora desse âmbito privilegiado, o processo de conhecimento disciplinado no vigente estatuto afigura-se impotente para tutelar em forma preventiva, e portanto *específica*, com eficácia prática, as posições jurídica de vantagem a que correspondam obrigações negativas no sentido lato posto no início (...) e a carência é tanto mais séria quanto menos satisfatória, em inúmeras situações excluída (basta pensar nas de conteúdo não patrimonial), a tutela meramente sancionatória ou repressiva”¹.

À falta de mecanismo adequado para obter a tutela específica nos mencionados casos, recomendava o eminente professor fosse utilizada, sem escrúpulo quanto à natureza técnica, a ação cautelar inominada, com invocação dos arts. 798 e 799 do CPC: qualquer escrúpulo desse gênero seria como a hesitação em ministrar ao enfermo o remédio que comprovadamente lhe melhora o estado, só porque nas indicações da bula não se designa a enfermidade pelo nome cientificamente correto”². A recomendação, pelo que mostrou a experiência forense, foi adotada em parte, com alguma sutileza adicional:

¹JOSÉ CARLOS MOREIRA, “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, apud “Temas de Direito Processual – 2ª Série”, Saraiva, SP, p.41.

ante a ameaça de inadimplemento de obrigações de não fazer, utilizou-se, com frequência a via da ação declaratória (para, com o aparente objetivo de obter certificação da existência e do conteúdo da obrigação, buscar, na verdade, provimento que induzisse o réu a assumir comportamento compatível com a obrigação declarada) acompanhada ou antecedida de ação cautelar "inominada", esta destinada a antecipar efeitos da tutela de conhecimento, como, por exemplo, a expedição de ordem de abstenção.

Com o advento da L. 8.952, de 13.12.94, o panorama foi substancialmente modificado: sem eliminar os mecanismos de tutela já existentes, deu-se nova redação ao art. 461 do CPC, em cujo *caput* ficou estabelecido que "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". E, nos termos do § 1º, "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". Para tornar possível a prestação da tutela específica, o legislador conferiu ao juiz poderes para "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" (§ 4º). Estabeleceu, mais 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 ou coisas, desfazimento de obras, inadimplemento de atividade nociva, além da requisição de força policial" (§ 5º).

A nova redação do art. 461 do CPC, importado, praticamente *ipsis litteris*, do art. 84 da L. 8.078, de 11.09.90 (CDC), trouxe, como se percebe, inovações expressivas, todas inspiradas no princípio da maior

² Op. cit., p.43.

coincidência possível entre a prestação devida e a tutela jurisdicional entregue. No sistema anterior, a alternativa que se oferecia ao credor para a impossibilidade (ou, eventualmente, seu desinteresse) de obter tutela específica era a de converter tal prestação em sucedâneo pecuniário de perdas e danos. Agora, nova alternativa é apresentada: a de substituir a prestação específica por outra prestação que assegure "resultado prático equivalente ao do adimplemento". Ao se propor ação com o objetivo de obter o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer há nela embutido, portanto, como pedido implícito, o da determinação de outras providências que assegurem referido resultado prático (art. 461, *caput*), de modo que a compensação pecuniária de perdas e danos somente se dará se assim o requerer expressamente o autor, ou se "impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente" (§ 1º).

A notável valorização que se deu à busca da tutela específica está acentuada, sobretudo, nos dispositivos que conferiram ao juiz uma espécie de "poder executório genérico", habilitando-o a utilizar, inclusive de ofício, além dos mecanismos "inominados" nos §§ 4º e 5º, outros mecanismos de coerção ou de sub-rogação "inominados", que sejam aptos a induzir ou a produzir a entrega *in natura* da prestação devida ou de seu sucedâneo prático de resultado equivalente. Embora a lei refira que o meio executivo eleito deve ser "suficiente e compatível", é óbvio que há de ser também juridicamente legítimo. Assim, não se inclui na autorização do § 5º, a coação de caráter pessoal, só admissível, em nosso sistema, nas estritas hipóteses de "inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel" (art. 5º, LXVII, da CF).

2. A Busca da Tutela Efetiva

Não se limitou o legislador, porém, a dotar o sistema processual de meios para promover a satisfação específica do titular do

direito. Preocupou-se, também, em fazer com que tal prestação seja entregue em tempo adequado, mesmo que antes da sentença, caso isso se mostre necessário a manter a integridade do direito reclamado. Conforme dispôs o § 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".

Há, aqui, reproduzida, a possibilidade de antecipação de efeitos da tutela, já prevista como medida universal do procedimento comum, pelo art. 273 do CPC. A reiteração, aparentemente supérflua, justifica-se, no entanto, por uma peculiaridade que deve ser remarcada: a importante função de salvaguarda da *prestação específica* que a medida assumirá em se tratando de cumprimento de obrigações de *não fazer*. Com efeito, já observamos que nosso sistema anterior não dispunha de mecanismo eficiente a garantir tutela específica para obrigações negativas sob ameaça de lesão. Consistindo tal espécie obrigacional em comportamento omissivo do obrigado (não fazer, tolerar um fato, permitir um ato ou um comportamento de outrem) a sua tutela específica, como anotou BARBOSA MOREIRA, "tem sempre em vista o *futuro*, é essencialmente *preventiva*. (...) Ela pressupõe, no caso de prestação instantânea, que a lesão ainda não haja ocorrido; nos de prestação permanente e de trato sucessivo, ou que não haja ocorrido, ou pelo *menos*, que ainda esteja em ato, ou seja possível a reiteração. A outorga de tutela ao credor estará justificada, no primeiro, pelo perigo de lesão, apurável à vista das circunstâncias, que indicam achar-se o devedor *na iminência* de praticar o ato proibido (exemplo: o atleta que se obrigou a não participar de determinada competição esportiva começa a treinar para ela e consente que se anuncie a sua participação, ou dá entrevista em que a anuncia ele mesmo); nos outros, pelo mesmo perigo ou pelo fato de, iniciada a lesão, ou praticada uma ou mais vezes, fazerem crer as

circunstâncias, respectivamente, que ela se prolongará ou se repetirá. Ali, pedirá sempre o credor uma providência judicial tendente a *impedir* que a ofensa se consuma; aqui, dependendo da situação concreta, uma providência tendente a *impedi-la, a fazê-la cessar* ou a *evitar-lhe a repetição*³. Ora, por mais ágeis que sejam os procedimentos ordinários destinados à outorga dessa espécie de tutela preventiva em caráter definitivo, haverá sempre um razoável intervalo de tempo entre o pedido e a sentença, de modo que são enormes as possibilidades de ocorrer lesão do direito no curso do processo, fato que comprometeria a prestação da tutela específica, tão valorizada pelo art. 461. Fazia-se indispensável, destarte, a agregação de mais esse mecanismo previsto no § 3º, que, para afastar riscos de ineficácia (entre eles o do rompimento da obrigação no curso do processo) permite ao juiz conceder a tutela em caráter liminar.

Assim, portanto, além de prever meios executórios de coerção e de sub-rogação para atender o direito de modo específico, e não por sucedâneos, previu o legislador mecanismo para que a tutela jurisdicional chegue ao seu destinatário em tempo hábil.

O dispositivo aplica-se não apenas a obrigações negativas, a que antes se fez referência e para as quais exercerá decisiva função concretizadora, mas também para as obrigações de fazer, sejam elas fungíveis ou não, instantâneas, de trato sucessivo ou permanentes. Aplica-se, também, como aliás, todo o art. 461, não apenas às obrigações em sentido estrito, decorrentes de ato de vontade, mas também às que decorrem de imposição de lei, ou seja, aos deveres jurídicos.⁴

³ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A tutela específica do credor nas obrigações negativas", op. cit., p.34

⁴ KAZUO WATANABE, "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer", *apud* "reforma do CPC", obra coletiva, coordenador SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXERA, Saraiva, SP, 1996, p.41; Ovídio ^a BAPTISTA DA SILVA, "Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer", *apud* "Inovações do CPC", obra coletiva, organizador JOSÉ CARLOS TEIXERA GIORGIS, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1996, p.180.

Embora uma interpretação puramente literal possa sugerir que o único meio de coerção para o cumprimento da tutela provisória antecipada seja o previsto no § 4º do art. 461 (multa diária), não há dúvida de que o juiz está autorizado a valer-se, também, dos demais mecanismos, inclusive dos "inominados", previstos no § 5º. Não fosse assim, ter-se-ia presente, outra vez, uma insuficiência de meios coativos para gama enorme de situações. É que a multa diária é mecanismo de coerção talhado para induzir o cumprimento de obrigação *positiva* que esteja sendo violada, de coagir a realização de uma ação a ser desenvolvida: a multa incide imediatamente, acumula-se dia a dia e somente cessa com o advento da prestação. No caso de obrigação negativa, porém, ocorre fenômeno exatamente inverso, pois o que se visa é a não ocorrência da ação, ou seja, o meio coativo deve induzir a uma omissão. Não há sentido lógico em utilizar, para esse fim, o instrumento da multa "diária". A coerção pecuniária mais adequada, nestes casos, será a cominação também de multa, mas com outra natureza: terá que ser multa de valor fixo, que não incidirá imediatamente, mas apenas se houver violação da obrigação, ou seja, apenas se houver ação.

Em outras palavras: a multa diária é mecanismo que induz prestação de obrigação já violada; a multa fixa, ao contrário, supõe obrigação apenas ameaçada de violação. Embora se tratem, ambas, de meio de coerção patrimonial, as duas espécies de multa são instrumentos executórios substancialmente diferentes, seja quanto ao seu valor, seja quanto ao modo de atuar. Figure-se, como exemplo, a hipótese de atleta obrigado a não participar de determinada competição esportiva e que ameaça fazê-lo. A multa adequada a induzir o comportamento devido será, não a multa "diária", mas a de valor fixo, que, em caso de antecipação da tutela, há de ser cominada invocando-se o § 5º, do art. 461, e não o § 4º.

Daí afirmar-se que, por força do sistema, que veio valorizar

superlativamente a prestação da tutela específica, poderá o juiz valer-se dos meios executórios previstos no § 5º do art. 461, não apenas para fazer cumprir a sentença final, como também para efetivar a tutela antecipadamente deferida.

3. Natureza da Ação do Art. 461 do CPC: Condenatória ou Executiva Lato Sensu?

A nova estrutura da "ação que tenha por objeto o cumprimento fazer ou não fazer", delineada pelo art. 461 do CPC ganhou, pela virtualidade de seus mecanismos, entusiasmado apoio de doutrinadores da mais alta autoridade, como, por exemplo, de ADA PELEGRINI GRINOVER, para quem ela "representa uma das maiores conquistas do novo processo civil brasileiro" ⁵. Entre as que se extraem do dispositivo, no seu entender, está a de permitir medidas executivas imediatas, sem necessidade de processo de execução *ex intervallo*: "descumprindo o preceito da sentença ou de sua antecipação, passa-se às medidas executivas *lato sensu*, no mesmo processo de conhecimento já instaurado: se se tratar de obrigação, de prestar declaração de vontade, aplica-se o sistema dos arts. 639/641 CPC, constitutiva já produz resultado equivalente ao da declaração; se se tratar de prestação fungível, que possa ser prestada por terceiro, a hipótese subsume-se ao disposto no art. 634 CPC - inalterado-, que não deixa de configurar medida sub-rogatória enquadrável no § 5º do art. 461, independente, portanto, de processo separado de execução; nas demais hipóteses, a multa se toma exigível e, sempre que possível, o juiz procederá de imediato à tomada de providências sub-rogatórias exemplificadas no § 5º do art. 461, para atingir o resultado equivalente ao adimplemento, sem necessidade de processo de execução. Sendo assim, conclui, está-se diante de sentença cuja natureza não encontra identificação "na visão tradicional, que classifica o processo de conhecimento, e as sentenças nele proferidas em

⁵ ADA PELEGRINI GRINOVER, "tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer", Revista de Processo, nº 79, p.76.

meramente declaratórias, condenatórias e constitutivas": "... a sentença do art. 461 quando aplicadas as medidas sub-rogorias previstas em seu § 5º, é de natureza condenatória, mas atípica, pois os atos executórios são praticados no próprio processo de conhecimento. O que nada mais é do que reconhecer a existência de sentenças condenatórias imediatamente executivas, ou, em outras palavras, de sentenças executivas lato sensu.

Observa, mais adiante, lembrando "as críticas da doutrina dominante ao reconhecimento da categoria das sentenças mandamentais" que "... hoje as coisa mudaram: a prestação jurisdicional invocada pelo credor da obrigação de fazer ou não fazer deve ser a expedição de ordem judicial, a fim de que a tutela se efetue em sua forma específica. Bem o demonstra o teor do § 4º do art. 461, que permite ao juiz impor ao obrigado multa diária (desde que suficiente ou compatível com a obrigação), independente de pedido do autor: o pedido deste, portanto, terá sido de expedição de uma ordem para que, por meios sub-rogorios, se chegue ao resultado prático equivalente ao adimplemento. Por outro lado, o destinatário da sentença não é mais exclusivamente a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público (segundo o art. 5º, LXIX da CF vigente), como ocorre no mandado de segurança, mas sim qualquer demandado, titular de obrigação de fazer ou não fazer". E conclui: "o art. 84 do CDC e, agora, o art. 461 CPC demandam uma profunda revisão da crítica à existência da sentença mandamental, hoje realidade incorporada ao processo civil comum".

Também é o mesmo, em linhas gerais, o alvitre de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA: "parece-nos indiscutível", escreveu ele, "que a ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, do art. 461, pode ser tudo, menos uma ação condenatória, com execução

diferida"⁶. E mais adiante: "... as ações do art. 461 ou serão executivas (...); ou serão mandamentais", tudo dependendo da natureza das providências ordenadas pelo juiz, com base nos poderes que lhe conferem os §§ 4º e 5º do art. 461.

Para KAZUO WATANABE, "valeu-se o legislador, no art. 461. da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do mandamental e do executivo *lato sensu*, para conferir a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer ou não fazer!"⁷, de modo que "a execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançado através do *provimento mandamental* ou do *provimento executivo 'lato sensu'*, ou da conjugação dos dois. Através do *provimento mandamental* é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumpridas sob pena de configuração de *crime de desobediência*, portanto mediante imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo da execução específica, que pode ser alcançada através de *meios de atuação* que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não se limitam ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a *conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo 'lato sensu'*, permitindo esse último que os atos de execução do comando judicial sejam postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução".

A dificuldade de se ter, sempre, a ação do art. 461 como executiva *lato sensu*, ou seja, como ação que permite desde logo, na mesma relação processual, as providências executivas decorrentes da sentença (que é mandamental ou executiva, ou conjugação das duas) está no art. 644 do CPC, que, com a redação que lhe deu a L. 8.953, de 13.12.94, prevê ação autônoma de execução de obrigações de fazer e não

⁶. "Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer", op. cit., p.176.

fazer "determinada em título *judicial*". É o seguinte o teor do dispositivo: "Art. 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". Ora, se a sentença está sujeita a ação de execução autônoma, *ex intervallo*, como prevê o dispositivo, é porque o art. 461 produz, pelo menos em certos casos, e no entender de alguns, em todos os casos, sentença condenatória, e não executiva *lato sensu*.⁸

O esclarecimento da questão reveste-se de suma importância prática, pelas consequências processuais daí decorrentes, entre elas, por exemplo, a que diz com a defesa do devedor e com a competência para promover os atos de execução. De fato, se a sentença é condenatória, a defesa do executado será promovida por via de embargos, ou seja, por uma nova ação de conhecimento se e quando houver execução; contudo, se a sentença for executiva ou mandamental, toda a defesa, inclusive no que se refere às providências executórias, se dará por petição e, se for o caso, por recurso de agravo, na própria ação de conhecimento primitiva. Por outro lado, no que se refere à competência, se a sentença for condenatória, será competente para a ação de execução o juízo originalmente competente para decidir a ação de conhecimento (CPC, art. 575, I e 11). O mesmo pode não ocorrer em se tratando de ação executiva *lato sensu*. Imagine-se a hipótese em que, estando o processo na fase recursal, haja antecipação da tutela, com base no art. 461, § 3º, deferida pelo relator. Nesse caso, se a ação for considerada de natureza condenatória, a decisão antecipatória servirá como título para

⁷ "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer", *pó. cit.*, p.43.

⁸ Para NÉLSON NERY JÚNIOR, "a execução específica da obrigação de fazer e não fazer, constante de sentença transmitida em julgado ou de título executivo extrajudicial (art.645), deve ser estabelecido pelo CPC 632 e ss. " ("Atualidades sobre o Processo Civil", ED. RT, SP, 1995, p.76). Nesse mesmo sentido a doutrina de ARAKEN DE ASSIS, para quem a sempre há ação de execução nos moldes do Livro III, inclusive quando ocorre antecipação da tutela ("Manual do Processo de Execução", ED. RT, SP, 2ª ed., 1995, p.384).

desencadear a ação de execução perante o juiz de primeiro grau. Porém, se a ação for executiva *lato sensu*, o cumprimento da medida antecipatória será promovido desde logo perante o próprio órgão que a deferiu, ou seja, perante o Tribunal.

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA nega a natureza condenatória da ação em qualquer caso: "parece-nos fora de dúvida", sustenta ele, "que o modo com o art. 461 afasta a conclusão de que as ações aí indicadas pudessem ter por objetivo apenas a condenação do demandado, a fim de que a execução da sentença se processasse, com fundamento no art. 644, numa segunda demanda. Na verdade, esta norma limita-se a autorizar o juiz, a quem caiba ordenar a execução, a fixar multa a ser suportada pelo demandado, quando omissa a sentença. Não seria lícito extrair dela a conclusão de que esteja prevista aí uma ação de execução complementar à pretensa sentença contraditória do art. 461".⁹

Já para KAZUO WATANABE, a ação autônoma de execução poderá ocorrer, mas apenas em algumas hipóteses: "quando os atos de atuação do comando judicial não forem realizados no próprio processo de conhecimento, através de providências necessárias e adequadas que forem adotadas pelo juiz."¹⁰ A dificuldade, porém, persiste já que está sem resposta a seguinte indagação: quais são os casos em que o juiz não está autorizado a realizar, no próprio processo, os atos executivos da sentença de procedência?

Na opinião de ADA PELEGRINI GRINOVER "a abrangência do capítulo sobre execução de fazer ou não fazer determinadas em título judicial só pode residual sob pena de negar-se aplicação ao disposto no art. 461. Ou seja, se for possível o juiz aplicar o regime das providências sub-rogatórias (§ 5º do art. 461) não haverá necessidade de processo de

⁹ Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer", op. cit., p.178.

¹⁰ "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer", op. Cit., p. 48.

execução, salvo na hipótese dessas medidas resultarem frustradas, mostrando-se incapazes de levar ao atingimento do resultado prático equivalente ao do adimplemento. Se o juiz tiver imposto as *astreintes* antecipadamente ou na sentença, consoante os §§ 3º e 4º do art. 461, com fixação de prazo razoável para o cumprimento do preceito, nada mais restará a fazer *in executivis* (ressalvado o eventual processo de execução por quantia certa para o recebimento das multas). Mas desde que omissa a sentença, será necessário o processo de execução, na conformidade do expressamente disposto pelo art. 644. E isso poderá ter ocorrido, por exemplo, quando o juiz tiver preferido a via das medidas sub-rogatórias, se estas resultarem frustradas¹¹. Observe-se, todavia, que se as providências executivas não foram possíveis ou restaram frustradas na ação de conhecimento, não haveria porque imaginar viessem elas a se tomar viáveis ou a ter êxito em ação autônoma de execução. Daí a dificuldade de aceitar o argumento segundo o qual o art. 644 foi posto como meio de superar o fracasso da ação executiva *lato sensu*. Por outro lado, considerando que não se pode ter como de absoluta discricção do juiz, ou da parte vencedora, a escolha entre executar a sentença na própria ação de conhecimento ou promover ação autônoma com essa finalidade, persiste a dúvida: em que hipótese é cabível (ou é obrigatória) uma ou a outra forma de execução?

A questão, como se vê, não é de fácil desate. Convém, todavia, antes de prosseguir, que se faça um esclarecimento de ordem conceitual. Costuma-se, para efeito de distinguir as ações executivas *lato sensu* das condenatórias, definir as primeiras como sendo as que comportam, nelas próprias, também os atos de execução¹² e as segundas, aquelas cuja execução é diferida para ação autônoma. Ora, com base nesta distinção, pode-se compreender como pertencente à

¹¹ "Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer" op. cit., pp. 74/75

¹² OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, "Curso de Processo Civil", Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, vol II, p.129.

classe das ações executivas *lato sensu* aquela de que resulta sentença mandamental, ou seja, sentença em que o juiz "ordena", emite uma "ordem" ao réu, porquanto a emissão da ordem não deixa de constituir uma providência executiva. Portanto, quando se faz referência, aqui, a "ação executiva *lato sensu*" quer-se referir à ação em que os provimentos judiciais nela emitidos - sejam eles ordens dirigidas ao réu, sejam mandados relativos a medidas sub-rogatórias a serem atendidos pelo oficial de justiça ou por terceiro - são cumpridos na própria relação processual de conhecimento.

Em nosso entender, a harmonização dos arts. 461 e 644 do CPC há de ser formulada, como no procedimento comum, a partir de dois distintos princípios. Primeiro, o da adequação das formas; segundo o da finalidade, que, no caso, é o da prevalência do direito à tutela específica e efetiva.

Não há dúvida de que determinadas ações para "o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer" contêm uma natural executividade *lato sensu*, isto é, comportam nelas próprias a execução em virtude da própria configuração da obrigação a ser cumprida, o que as torna incompatíveis com uma posterior ação executiva autônoma. Assim, as previstas nos arts. 639 e 641, que tratam das obrigações de concluir contrato ou emitir declaração de vontade. Nelas, segundo já afirmava PONTES DE MIRANDA, há "condenação *simultânea* com execução"¹³. Dentre as do art. 461 pode-se ter como executiva *lato sensu* por vocação natural a ação em que se pede tutela específica para obrigação de não fazer (obrigação negativa). Conforme antes se salientou, tal ação é eminentemente preventiva, sendo que a tutela específica consistirá, necessariamente, numa ordem para que o réu se abstenha ou tolere ou permita algum ato ou fato; enfim, para que o réu não *faça*. A sentença,

¹³ POTES DE MIRANDA, "Comentários o CPC", Forense, SP, 1975, Tomo X, p. 144.

portanto, tem natureza mandamental e poderá vir acompanhada de multa, não de valor diário, mas de valor fixo, para o caso de descumprimento da ordem. Não haverá, aqui, por absoluta incompatibilidade, ação autônoma de execução, com fundamento no art. 644. Execução poderá haver apenas se houver o fato superveniente do descumprimento, mas aí estar-se-á ou diante de execução de obrigação de desfazer (equivalente à de fazer) ou de execução da multa (execução de quantia certa), e não mais do comando sentencial que tutelou a obrigação específica de não fazer, que é preventivo e que foi irremediavelmente comprometido pela lesão superveniente. Em todos esses casos, a natureza de ação executiva *lato sensu* é decorrência lógica da adequação das formas.

O segundo princípio a ser considerado é o da finalidade, ou seja, o de preservar a tutela específica e efetiva, superlativamente valorizado pelo Código. Com base nele, há de se entender como de natureza executiva *lato sensu* a ação para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer nas hipóteses em que for deferida antecipação da tutela com base no art. 461, § 3º. Antecipar efeitos da tutela, como reiteradamente se fez ver, é antecipar efeitos executivos da sentença de procedência. Ora, se a lei prevê a antecipação de efeitos executivos como meio para superar a ameaça de "ineficácia do provimento final", e assim garantir a prestação da tutela específica, parece certo que não haveria sentido lógico em diferir a efetivação dos correspondentes atos executivos para uma outra ação, com nova citação, com fixação de prazo para cumprimento, sujeita a embargos, etc. Só há sentido no § 3º do art. 461 quando, não apenas a decisão antecipatória, mas também a sua execução, sejam procedidas de imediato e afastando, com isso, o iminente risco de ineficácia.

Com base nesta linha de orientação, inclinamo-nos em considerar que as ações previstas no art. 461 serão executivas *lato sensu*

quando isso decorrer da natureza própria da obrigação a ser cumprida (obrigação de concluir contrato, obrigação de declarar vontade, obrigação específica de não fazer) ou quando, para resguardo da efetividade da tutela específica ou da medida de resultado prático equivalente, houver urgência concretização dos atos executórios (antecipação da tutela com fundamento no § 3º, do art. 461). Nos demais casos, havendo compatibilidade e não se fazendo presente qualquer risco de ineficácia, a sentença terá natureza condenatória, sujeita, portanto, à execução *ex intervallo* e em ação autônoma.

4. Pressupostos para Antecipar Tutela com Base no § 3º do Art. 461

Trata o § 3º do art 461 do CPC da concessão da tutela por liminar ou mediante justificação prévia, citado o réu. Para que tal ocorra, supõe a lei dois requisitos: a) relevância dos fundamentos e b) risco de ineficácia do provimento final. São os mesmos previstos no art. 7º, II, da L. 1.533/51, que dão ensejo à concessão de medida liminar em MS. 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 inc. I, do art. 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 a "prova inequívoca, como ocorre no art. 273, é evidente que a qualidade da prova constitui elemento integrante e decisivo do juízo a respeito da "relevância dos fundamentos".¹⁴

¹⁴ Em sentido diversa, NÉLSON NÉRY JÚNOR entende que "para o adiantamento para a tutela de mérito na ação condenatória em obrigação de fazer e não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout coury* (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é relevância do fundamento da demanda,

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 refere-se o § 3º. A redação do *caput* do art. 461 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 J.E. CARREIRA ALVIM, que "no contexto do CPC (...) somente a tutela específica poderá ser antecipada em sede liminar"¹⁵. 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.

Já 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 a 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

para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que CPC 272 exige, para as demais antecipações do mérito: a) prova inequívoca; b) convencimento do juiz a cerca da verossimilhança da alegação; c) ou o *periculum in mora* (CPC 273,I) ou o abuso do direito da defesa do réu (CPC 273,II)" ("Atualidades sobre o Processo Civil", op. cit., p. 77).

¹⁵ "Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual", Del Rey, Belo Horizonte, 2ª ed., 1996, p. 211.

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 art. 634, 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 inc. I do art. 273, cabe indagar, ante o silêncio do art. 461, se é viável antecipação da tutela em caso de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu, tal como se prevê no inc. 11 do art. 273. A resposta deve ser afirmativa. Ante o sistema geral implantado pelo art. 273, não teria justificativa alguma o veto à tal hipótese de antecipação. Nem teria

sentido algum supor que o dispositivo do art. 461, exatamente aquele que consagra mecanismos que privilegiam a tutela específica e célere das prestações de fazer e não fazer, tenha pretendi 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 de 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 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 caso¹⁶. Na verdade, a manifestação do requerido deve ser colhida sempre que possível, independentemente de previsão explícita na lei ordinária, já quem 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

¹⁶ Para SÉRGIO BREMUDES, a exigência de citação "se só à justificação prévia, e não ao deferimento liminar da tutela" (A Reforma do CPC", Saraiva, SP, 2ª ed., 1996, p.67). Defende posição contrária J.E. CARREIRA ALIVIM, para quem a citação deve ocorrer em qualquer dos casos ("Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual", op. cit., p. 219).

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 art. 273.

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 J.E. 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 (art. 461, § 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"¹⁷. 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

¹⁷ Pelo cabimento: J.E. CARREIRA ALVIM, "Ação monitória...", op. cit., p. 220. Sustentando a inviabilidade da medida em execução: THEREZA ALVIM, "A tutela específica do art. 461, do CPC", Revista de Processo, nº 80, p.110.

executivos (CPC, art. 739, § 1º).¹⁸

5. Aplicação Subsidiária do Regime do Art. 273 do CPC

Em sua parte final, o § 3º do art. 461 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 art. 273.

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 art. 461, 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 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,

¹⁸ Interessante observar que a L. 8.884, de 11.06.94. que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. tem dispositivos expressos a respeito, quando trata da execução das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. São os seus arts. 65 e 66, do seguinte teor: "Art. 65 - O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas. assim como de prestação de caução. a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos. inclusive no que tange a multas diárias. Art. 66 - Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução. poderá o juiz determinar a adoção, no todo ou em parte. das providências contidas no título executivo".

de modo explícito, as razões que induzem a existência ou não dos requisitos do § 3º do art. 461: a relevância dos fundamentos e a eminência 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 obrigatório 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 art. 273: "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 contornando 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 a 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.

6. Conclusões

São conclusões gerais do que foi acima dito as seguintes: a) no art. 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; b) 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; c) restou igualmente consagrado, no § 3º, instrumento para propiciar tutela efetiva, isto é, tutela prestada em momento próprio a preservar sua utilidade, inclusive antecipadamente, desde que, (a) relevantes os fundamentos do pedido, haja (b) fundado receio de ineficácia do provimento final; d) 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; e) 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 (§§ 4º e 5º do art. 461); f) as ações decorrentes do art. 461 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 art. 644 do CPC; g) serão executivas *lato sensu* ou (a) em decorrência da natureza própria da obrigação a ser cumprida (obrigação de concluir contrato, obrigação de declarar vontade, obrigação específica de não fazer) ou (b) 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 § 3º); h) nos demais casos, isto é, (a) havendo compatibilidade e (b) não havendo urgência, a ação terá natureza condenatória, sujeita a sentença à execução prevista no Livro III, Capítulo III; i) a hipótese de antecipação da tutela delineada no § 3º do art. 461 tem identidade com a do inc. I, do art. 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 (inc.II, do art. 273);j) a antecipação pode ter por objeto a tutela ou, se necessário, a da medida que conduza a resultado prático a ela equivalente; l) 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; m) 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; n) aplicam-se, à antecipação da tutela de obrigação de fazer e não fazer, subsidiariamente ao art. 461, as normas que regulam a medida antecipatória do procedimento comum.