

# DIREITO DO CONSUMIDOR

## 19

- Bases para a formação da teoria geral do contrato no direito moderno
  - A noção de Direito econômico
  - Dano moral individual e coletivo
- Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer
- Responsabilidade do fornecedor por vício do produto ou serviço
  - A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e o transporte aéreo
- A abusividade de cláusula de mandato nos contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito
- Aspectos da qualificação registrária no registro de parcelamento do solo urbano e o Código de Defesa do Consumidor
- Um novo enfoque da responsabilidade civil do profissional liberal
  - Código de Defesa do Consumidor e a prestação dos serviços públicos
    - *Doutrina*
    - *Sentenças e Acórdãos*
    - *Trabalhos Forenses*
    - *Documentos* ● *Legislação*

INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA  
E DIREITO DO CONSUMIDOR

JULHO/SETEMBRO — 1996



**BRASILCON — INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA  
E DIREITO DO CONSUMIDOR**

DIRETORIA (biênio 1996-1998)

Diretor Presidente: Eladio Luiz da Silva Lecey  
1.º Vice-Presidente: João Batista de Almeida  
2.º Vice-Presidente: Newton De Lucca  
Diretora Secretária Geral: Cláudia Lima Marques  
Diretor Secretário Adjunto: Wilson Rodycz  
Diretora Financeira: Maria Elisabete Vilaça Lopes  
Diretor Financeiro Adjunto: Orival Macieri Filho  
Diretora da Sede Administrativa: Mariângela Sarrubbo  
Diretor de Eventos: Antonio Guilherme Tanger Jardim  
Diretor de Eventos Adjunto: Luciano D'Avila  
Diretor de Comunicação: Marco Antonio Zanellato  
Diretora de Assuntos Legislativos: Fátima Nancy Andrichi  
Diretor de Apoio à Universidade, Pesquisas e Projetos:  
José Reinaldo Lima Lopes  
Diretores de Apoio à Magistratura:  
Vladimir Passos de Freitas, Sidnei Agostinho Benetti  
Diretores de Apoio ao Ministério Público:  
Rodrigo Janôt Monteiro de Barros, Voltaire de Lima Moraes  
Diretoras de Apoio às Associações de Defesa dos Consumidores:  
Sandra Berenice Ferrari Turra, Dulce Soares Pontes Lima  
Diretor de Assuntos Internacionais: Antonio Herman V. Benjamin  
Diretora de Apoio aos Procons: Maria Inês Fornazaro  
Diretor da Comissão Permanente de Responsabilidade Civil  
do Fornecedor: Gustavo Mendes Tepedino  
Diretor da Comissão Permanente de Controle  
das Cláusulas Contratuais Abusivas: Paulo Luiz Netto Lobo  
Diretor da Comissão Permanente de Acesso à Justiça:  
Thereza Celina Arruda Alvim Wambier  
Diretor da Comissão Permanente Meio Ambiente e Consumidor:  
Adalberto de Souza Pasqualotto  
Diretor Regional Sudeste: Antonio Joaquim Fernandes Neto  
Diretora Regional Nordeste: Rosana Grimberg  
Diretora Regional Norte: Liana Mendonça de Souza  
Diretor Regional Centro-Oeste: Rêmolo Leteriello

CONSELHO FISCAL

Evelena Boening, Francisco José Moesch, Nildo Nery dos Santos,  
Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, Heloísa Carpena Vieira de Mello

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

19

JULHO/SETEMBRO — 1996

EDITORA PARAMA LTDA. Av. Antonio Trindade, 100 - CEP 07230-010 - São Paulo, SP, Brasil  
CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR  
1996

Órgão oficial do *BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor*  
 Faculdade de Direito da USP, Av. Brigadeiro Luiz Antônio, 22, Sala 104-I,  
 CEP 01401-002, São Paulo, SP, Tel. (011) 606-7411 - Fax. 607-3821

DIRETOR

Antonio Herman V. Benjamin

CONSELHO DIRETOR

Antonio Herman V. Benjamin, Antonio Janyr Dall'Agnol Junior, Cláudia Lima Marques,  
 João Batista de Almeida, Marco Antonio Zanellato, Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo,  
 Nelson Nery Junior

CONSELHO CIENTÍFICO

Ada Pellegrini Grinover, Adroaldo Furtado Fabrício, Álvaro Villaça Azevedo,  
 Antonio Junqueira de Azevedo, Araken de Assis, Paulo Roberto Saraiva de Costa Leite,  
 Damásio Evangelista de Jesus, Eros Roberto Grau, José Carlos Barbosa Moreira,  
 José Manoel de Arruda Alvim Neto, Nelson Nery Junior, Ruy Rosado de Aguiar,  
 Sálvio de Figueiredo Teixeira

CONSELHO CONSULTIVO

Alberto do Amaral Junior, Alcides Tomasseti Junior, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim,  
 Kazuo Watanabe, Marilena Lazzarini, Paulo Salvador Frontini, Rodolfo de Camargo Mancuso,  
 Sílvio de Salvo Venosa, Antonio Carlos Marcato, James Marins, Deise Gogliano, Teresa Ancona  
 Lopes, Marcos Daros, José Soares de Castro, Antonio Ezequiel, Onélia Setúbal Queiroga,  
 Antonio Queiroga, Raimundo Gomes de Barros,  
 Josué Rios, Gilberto Martins

© Edição e distribuição

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678  
 Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 606-3772  
 CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

*Diretor Responsável:* CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

*Diretor Editorial:* AFRO MARCONDES DOS SANTOS

*Assistente Editorial:* MARIÂNGELA PASSARELLI

*Diretor de Produção:* ENYL XAVIER DE MENDONÇA

**MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO**

*Gerente de Marketing:* MELISSA CHBANE

*Gerente de Administração de Vendas:* KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 - CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

**DOCTRINA**

Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno – ATILIO ANIBAL ALTERINI .....	7
A noção de Direito Econômico – GÉRARD FARJAT .....	25
Daño moral individual y colectivo; medioambiente, consumidor y dañosidad colectiva – GABRIEL A. STIGLITZ .....	68
Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – Arts. 273 e 401, CPC – KAZUO WATANABE .....	77
Responsabilidade do fornecedor por vício do produto ou do serviço – PAULO LUIZ NETO LÔBO .....	102
A responsabilidade civil no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o transporte aéreo – EDUARDO ARRUDA ALVIM e FLÁVIO CHEIM JORGE .....	114
A abusividade da cláusula mandato nos contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito – ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR .....	148
Alguns aspectos da qualificação registrária no registro de parcelamento do solo urbano e o Código de Defesa do Consumidor – KIOITSI CHICUTA, ARY JOSÉ DE LIMA e SÉRGIO JACOMINO .....	161
Um novo enfoque quanto à responsabilidade civil do profissional liberal – OSCAR IVAN PRUX .....	202
Código de Defesa do Consumidor e a prestação dos serviços públicos – MARIA D'ASSUNÇÃO C. MENEZELLO .....	232

**ACÓRDÃOS**

1. Superior Tribunal de Justiça .....	237
2. Justiça dos Estados	
2.1 – Tribunal de Justiça de São Paulo .....	247
2.2 – 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo .....	249
2.3 – Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo .....	267
2.4 – Tribunal de Alçada do Paraná .....	278

<b>SENTENÇAS</b> .....	299
------------------------	-----

En Argentina, el daño colectivo recibe reconocimiento normativo, a través del art. 43 de la Constitución Nacional (1994), que consagra el amparo de los afectados por lesiones (damnificados) o amenazas (prevención), cuando se trata de derechos de incidencia colectiva: consumidores y usuarios, medioambiente y otros intereses supraindividuales (discriminación etc.).

Y específicamente en materia de protección jurídica de los consumidores, el art. 52 de la ley 24.240 (1993) de defensa

del consumidor, otorga una acción colectiva contra amenazas o daños. De modo que constituye el marco para una pretensión judicial resarcitoria o preventiva, por daños colectivos. Por ejemplo, el daño moral colectivo que provoca la circulación de productos defectuosos o riesgosos, afectando el interés supraindividual del público, de los consumidores en general, atinente a la seguridad y calidad de los bienes de consumo (derecho de incidencia colectiva, reconocido por el art. 42 de la Constitución Nacional).

## TUTELA ANTECIPATÓRIA E TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER - arts. 273 e 461, CPC

KAZUO WATANABE

**SUMÁRIO:** 1. Acesso à Justiça e efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional - 2. Da necessidade de admissão de provimentos mais eficazes, numa revisão da doutrina dominante, para a perfeita compreensão das inovações em análise - 3. Do provimento executivo *lato sensu* e do provimento mandamental: 3.1 Do provimento executivo *lato sensu*; 3.2 Do provimento mandamental; 3.3 Da relatividade da dicotomia processo de conhecimento - processo de execução - 4. Da Tutela Antecipatória (art. 273): 4.1 Das razões que determinaram a inovação; 4.2 Requisitos para a concessão da tutela antecipatória e medidas de salvaguarda; 4.3 Do momento da concessão da tutela antecipatória e sua execução; 4.4 Da revogação da tutela antecipada; 4.5 Do recurso cabível; 4.6 Da diferença entre tutela antecipatória e julgamento antecipado da lide; 4.7 Da diferença entre a tutela antecipatória e tutela cautelar - 5. Da Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer (art. 461): 5.1 Da fonte inspiradora; 5.2 Da distinção entre o ato do demandado e o resultado prático-jurídico equivalente nas obrigações de fazer ou não fazer; 5.3 Da importância dos provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, e da conjugação deles com os demais tipos de provimento, para a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer; 5.4 Da multa e das perdas e danos; 5.5 Da tutela antecipatória (art. 461, § 3.º); 5.6 Da execução do provimento concessivo da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou da obtenção do resultado prático equivalente - 6. Bibliografia.

### 1. Acesso à Justiça e efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional

1. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5.º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, e sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda, infelizmente, 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.

Um dos dados elementares do princípio da proteção judiciária com semelhante alcance é a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a *efetiva, adequada e tempestiva* tutela de direitos. Outros elementos

são igualmente fundamentais, como a organização judiciária adequada para o volume de serviços judiciários, recrutamento de juízes efetivamente preparados e com mentalidade aberta e capaz de perceber a permanente e rápida transformação da sociedade contemporânea, remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça, organização de pesquisa permanente das causas da litigiosidade e dos meios de sua adequada solução judicial e extrajudicial, além de outras providências igualmente importantes.

As quatro leis de modificação do Código de Processo Civil promulgadas em dezembro de 1994 (8.950, 8.951, 8.952 e 8.953), que fazem parte de um conjunto de propostas legislativas apresentadas pela Comissão de Juristas constituída pelo Ministério da Justiça e coordenada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, da qual tivemos a honra de fazer parte, procuram dar um passo importantíssimo no sentido do ideal mencionado, buscando a simplificação, a agilização e principalmente a *efetividade e tempestividade* da tutela jurisdicional. Não se esqueceram os membros da Comissão, porém, de que sem aquelas outras providências imprescindíveis as inovações introduzidas não terão a virtude de produzir todos os efeitos no sentido do aprimoramento da distribuição da justiça.

2. O objetivo deste trabalho é analisar duas importantes inovações introduzidas pela Lei 8.952, que dizem respeito à *tutela antecipatória* (art. 273, com nova redação) e *tutela específica das obrigações de fazer e não fazer* (art. 461, também com nova redação).

## 2. Da necessidade de admissão de provimentos mais eficazes, numa revisão da doutrina dominante, para a perfeita compreensão das inovações em análise

3. Para a perfeita compreensão dessas duas inovações, é de fundamental importância que se tenha presente que a modificação introduzida pelo legislador, através dos arts. 273 e 461, não se limitou apenas ao plano procedimental, para simplificação e agilização do processo. Houve, também, inovação nos *tipos de provimentos jurisdicionais*, com relevante repercussão nos *poderes do juiz*.

Quando o § 5.º do art. 461, por exemplo, enumerou, exemplificativamente, as providências que o juiz poderá adotar para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, não cuidou unicamente de mencionar simples medidas de apoio para a atuação do comando judicial contido na sentença. Procurou, mais do que isto, deixar explícito que *novos tipos de provimentos jurisdicionais estão sendo adotados*, além do *provimento condenatório* com a feição e o alcance admitidos pela concepção tradicional, e que para sua atuação o juiz fica com poderes ampliados, a serem exercidos com equilíbrio, ponderação e com perfeita adequação ao caso concreto.

Semelhante conclusão se extrai não somente do parágrafo único mencionado, como também do teor de todo o dispositivo legal em análise (art. 461), considerados principalmente o disposto em seu *caput* e sua conjugação com o real alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que

assegura, conforme acima anotado, *tutela adequada, efetiva e tempestiva* de direitos.

A expressão "no que couber", contida no § 3.º do art. 273, também constitui uma sinalização nesse sentido.

## 3. Do provimento executivo lato sensu e do provimento mandamental

4. A doutrina tradicional, como é cediço, classifica os provimentos jurisdicionais em três tipos: a) conhecimento ou declaratório; b) executivo; e c) cautelar. E o *provimento de conhecimento* (a que corresponde o Processo de Conhecimento), que é o que nos interessa para os fins deste trabalho, uma vez que a inovação introduzida pela Lei 8.952/94 a ele diz respeito, é subclassificado em: 1. provimento meramente declaratório; 2. provimento constitutivo; e 3. provimento condenatório.

Ena classe de *provimento condenatório* a doutrina dominante inclui todos os tipos de provimentos de conhecimento que não se incluam nas de provimento meramente declaratório ou provimento constitutivo. E define o provimento condenatório como aquele que afirma a existência do direito e sua violação, aplicando a sanção correspondente, de natureza processual, que possibilita "o acesso à via processual da execução forçada".

Não são consideradas pela doutrina dominante, como categorias autônomas, o *provimento executivo lato sensu* e o *provimento mandamental*, que é defendida, entre nós, por Pontes de Miranda e Ovidio Baptista da Silva. Após perplexidade inicial e resistência causada pela

influência da concepção predominante, a meditação e a análise que procedemos sobre os fenômenos que ocorrem efetivamente na prática processual conduziram-nos, a final, à conclusão de que os provimentos mencionados são efetivamente distintos do provimento condenatório, pela própria natureza e também pela forma de sua atuação, e não apenas pelo momento processual em que o ato de atuação do direito é efetivado (execução feita no próprio processo em que a cognição é estabelecida - executiva *lato sensu* e mandamental) ou unicamente pelo destinatário do comando judicial (uma autoridade pública - mandamental).

Nos comentários às normas processuais do Código de Defesa do Consumidor, principalmente analisando os arts. 83 e 84 desse estatuto legal, tivemos a oportunidade de expor o nosso pensamento a respeito, que é sumarizado a seguir.

5. Tomemos dois exemplos mais expressivos desses dois tipos de provimentos jurisdicionais: sentença que decreta o despejo (*executiva lato sensu*) e sentença que concede o mandado de segurança (mandamental).

### 3.1 Do provimento executivo lato sensu

6. A sentença de despejo traz consigo uma forte carga de executividade. Sua função primordial não consiste em formar o título executivo, como ocorre com a sentença condenatória típica. Pela elevada carga de executividade de que é dotada, é ela executável no próprio processo em que foi proferida. Sua execução é efetivada anteriormente ao processo em

que foi ela proferida, que aglutina, assim, as atividades de cognição e de execução. Não há, no processo de despejo, uma execução *ex intervallo* dependente da propositura, pelo locador, de nova ação (ação executória). A execução, embora dependente da manifestação de vontade pelo interessado, é efetivada em seguida à sentença, às vezes antes mesmo do seu trânsito em julgado (quando o recurso é recebido apenas no efeito devolutivo) e até mesmo antes da sentença final, quando é concedida a antecipação da tutela, que a Lei de Locação de Imóveis Urbanos – 8.245, de 18.10.1991 – admite em certas hipóteses (cf., art. 59, § 1.º).

A tornar bem claro o caráter executivo *lato sensu* da sentença de despejo, dispõe o art. 65, *caput*, da Lei de Locação, que “findo o prazo assinado para a desocupação, contado da data da notificação, será efetuado o despejo, se necessário com emprego de força, inclusive arrombamento”.

É indubitável, assim, que a sentença de despejo é dotada de carga de executividade tal que torna desnecessário o ajuizamento de uma nova ação (a de execução). E isto, como é de intuitiva percepção, traz grandes conseqüências práticas, que a jurisprudência vem sublinhando há muitos anos e os operadores do direito sempre aceitaram sem qualquer questionamento mais significativo. Dessas conseqüências, as mais significativas são as seguintes: a) inadmissibilidade de embargos do executado, conclusão que decorre do simples fato de inexistir ação executória; b) necessidade de dedução de toda a defesa na fase de conhecimento, inclusive no tocante ao direito de retenção por benfeitorias, e

não através de embargos na fase de execução; c) execução promovida por simples mandado, após a notificação para a desocupação no prazo fixado, sem a necessidade do processo de execução forçada previsto no livro II do Código de Processo Civil, que disciplina o Processo de Execução. Não sendo cumprido o comando judicial espontaneamente, os atos executórios são efetivados pelos auxiliares do juiz, de modo a assegurar a efetiva desocupação do imóvel, se necessário “com emprego de força, inclusive arrombamento”. Tudo isso, como é de fácil percepção, assegura à ação de despejo, destinada à proteção de um direito patrimonial, uma grande efetividade. E a execução da sentença de despejo, embora aparente estar incidindo apenas sobre um imóvel, na verdade repercute na liberdade das pessoas que nele residem, pois são elas expulsas contra sua vontade, através do uso da violência oficial.

Há outros exemplos de ação executiva *lato sensu* em nosso ordenamento processual, dos quais a mais representativa, ao lado da ação de despejo, é a ação possessória. Não é aqui, porém, o espaço adequado para se proceder à enumeração mais ampla e à análise aprofundada das ações executivas *lato sensu* do nosso sistema. Os exemplos citados, porém, são suficientes para a evidenciação de que estamos diante de um tipo de provimento judicial com o qual está familiarizado, há muito tempo, o nosso legislador processual.

### 3.2 Do provimento mandamental

7. A sentença concessiva de mandado de segurança, por sua vez, traz uma

peculiaridade que não se reduz à mera questão ligada a destinatário do comando judicial (autoridade pública). Ela ordena, manda, não se limitando apenas a condenar. E há, sem dúvida alguma, uma grande diferença entre ordenar e condenar. Fosse simples provimento condenatório o comando judicial contido na sentença concessiva de segurança, teríamos unicamente um título executivo que possibilitaria o *acesso à nova ação*, a de execução. E sabemos que não é isso o que ocorre com a sentença concessiva de mandado de segurança. O mandado a ela correspondente reclama o cumprimento específico da ordem do juiz, sob pena de configuração do crime de desobediência e até mesmo, dependendo do nível de autoridade pública a quem é ela dirigida, do crime de responsabilidade. Tudo isso, evidentemente, sem prejuízo das providências que o Juiz deverá adotar, nos limites da lei e das possibilidades práticas, como os meios sub-rogatórios compatíveis ao caso, diferentes da mera conversão da obrigação em equivalente pecuniário, que é o meio sub-rogatório tradicional, além de outras medidas, para o efetivo e específico cumprimento da ordem judicial.

8. Comentando o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, tivemos a oportunidade de fazer as observações que se seguem:

“Esse preceito é complementado pelo art. 84 (...), que confere ao juiz (e também às próprias partes, pois é através do seu pedido que os poderes do juiz são ativados) para conferir ao processo, mais especificamente ao seu provimento, maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto”.

Em seguida, acrescentamos:

“Dentro dessa linha evolutiva, que já na Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) se acentuara bastante com a explicitação, no art. 11, de que ‘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’, não se afigura exagerado afirmar-se que o nosso sistema processual é dotado de ação mandamental de eficácia bastante assemelhada à da *injunction do sistema da common law* e à ‘ação inibitória’ do direito italiano” (grifos não constantes do original).

E assim completamos as considerações:

“Certamente, está consagrado nesses dispositivos um instituto semelhante ao do *contempt of court* dos ordenamentos da *Common Law*. As ordens judiciais, no sistema processual pátrio, devem ser executadas, em linha de princípio, em sua forma específica, sob pena de uso da violência oficial para seu efetivo cumprimento, como deixam claro, entre outros, os arts. 362 (exibição voluntária de documentos ou coisa pelo terceiro, ou expedição de mandado de apreensão e requisição, se necessário, da força policial, tudo ‘sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência’), 412 (possibilidade de condução coercitiva da testemunha que deixar de comparecer à audiência sem justo motivo, além de responder pelas despesas do adiamento) e 842 (busca e apreensão de pessoas e coisas com possibilidade de arrombamento das portas externas e internas e de quaisquer móveis).

O art. 340 do Código Penal, ao tipificar como delito a desobediência à ordem legal de funcionário público, completa todo esse quadro, tornando perfeitamente admissível a adoção entre nós da ação mandamental de eficácia próxima à da *injunctio* do sistema da *Common Law* e da ‘ação inibitória’ do direito italiano”.

9. A respeito especificamente da Ação Mandamental, cuja existência como categoria autônoma e diferenciada do provimento condenatório é negada pela doutrina dominante, cabem ser transcritas as seguintes observações que tivemos a oportunidade de tecer nos comentários ao Código de Defesa do Consumidor:

“Foi Pontes de Miranda quem, entre nós, adotou a classificação de Kuttner, que pôs a ação mandamental em categoria distinta da ação condenatória. ‘A ação mandamental – conceitua o saudoso jurista – é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz manda’ (*Tratado das Ações*, RT, t. VI, 1976, § 1.º, n. 1, p. 3). Em outra passagem, traz as seguintes ponderações bastante elucidativas a respeito da característica específica dessa classe de ação: ‘Na sentença mandamental, o juiz não constitui: manda. Na transição entre o pensamento da sentença condenatória e o ato da execução, há intervalo, que é o da passagem em julgado da sentença de condenação e o da petição da ação *iudicati*’. E acrescenta: ‘Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do proces-

so, mas a solução final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, forçando’ (*Tratado das Ações*, RT, t. 1, 1970, § 37, n. 1 e 2, p. 211).

Prosseguindo, anotamos:

“Ovidio Baptista da Silva aprofundou o estudo da ação mandamental e em seu livro mais recente (*Curso de Processo Civil*, vol. II, Porto Alegre, 1990) traz a seguinte magistral síntese de sua pesquisa: ‘A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência, contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação da sentença mandamental. Nesse tipo de sentença, o juiz ordena e não simplesmente condena. E nisto reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do Processo de Conhecimento. Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento’. Sustenta que seu campo de aplicação é mais amplo que o considerado pelos seus primeiros teóricos, pois as ordens podem ser dirigidas não apenas a órgãos e servidores do Estado, como também a particulares. Mas, lamenta que, no estágio atual do direito brasileiro não exista ‘um parâmetro seguro que nos possa indicar os limites possíveis para as ações mandamentais’ e seja, por outro lado, ‘precária

e insegura qualquer tentativa de encontrar o elemento conceitual que as torna diversas das condenatórias’ (§§ 147-159 e 172-175, p. 247-269 e 319-330).

A essas considerações do eminente mestre gaúcho, deixamos anotado: “Parece-nos, todavia, que o Código de Defesa do Consumidor traz, a respeito, novo alento”.

Aliás, o próprio Código de Processo Civil em diversas passagens deixa claro que o provimento mandamental faz parte do seu sistema. No art. 938, por exemplo, ao cuidar da ação de nunciação de obra nova, dispõe que:

“Deferido o embargo, o oficial de justiça, encarregado de seu cumprimento lavrará auto circunstanciado, descrevendo o estado em que se encontra a obra; e, ato contínuo, intimará o construtor e os operários a que não continuem a obra sob pena de desobediência e citará o proprietário a contestar em cinco (cinco) dias a ação”.

A mandamentalidade é manifesta. A ordem é dada pelo juiz “sob pena de desobediência”.

A reforçar essa conclusão, temos também a regra do art. 600, inc. III, que considera como “atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: (...) III – resiste injustificadamente às ordens judiciais”. E o art. 601 (com a nova redação dada pela Lei 8.953/94) estabelece que, “nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em

proveito do credor, exigível na própria execução”.

Temos nesses dispositivos a afirmativa de que os atos do demandado que descumpram as ordens judiciais não somente ofendem o direito da parte contrária, como também embaraçam o exercício da jurisdição e por isto constituem atos atentatórios à dignidade da justiça, numa concepção que se aproxima muito da adotada pelo sistema da *Common Law*. Para assegurar o cumprimento dessas ordens o nosso sistema processual se vale da pena de desobediência (poderá haver a prisão em flagrante, mas o processo criminal será julgado pelo juiz criminal competente, na forma da lei) e também da multa a ser fixada pelo próprio juiz da causa.

Podemos agora acrescentar, com toda a convicção, que com as recentes inovações, principalmente por aquela introduzida pelo art. 461, ficou bem clara a existência do provimento mandamental em nosso sistema processual.

### 3.3 Da relatividade da dicotomia processo de conhecimento – processo de execução

10. Quando se fala em provimentos jurisdicionais, deve-se ter em mente, sempre, sua eficácia predominante, e não eficácia exclusiva. Assim, a eficácia mandamental vem muitas vezes conjugada à eficácia executiva *lato sensu* ou mesmo à eficácia condenatória. A eficácia declaratória, no Processo de Conhecimento, vem quase sempre cumulada às demais eficácias, como é sabido, tanto que a declaração do direito que dá suporte às demais tutelas (constitutiva, condenató-

ria, executiva *lato sensu* e mandamental) faz coisa julgada material, se estiver ela fundada em cognição exauriente.

Nos arts. 273 e 461, o legislador teve em vista todos os cinco tipos de provimentos acima mencionados. Particularmente no art. 461, para a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para a obtenção do resultado prático correspondente, valeu-se o legislador da técnica da combinação de todos eles para conceber um processo que realmente propiciasse uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, como determina o princípio constitucional da proteção judiciária.

11. Adverte Pontes de Miranda que "a dicotomia dos procedimentos em processos de cognição e processos de execução prende-se à época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações" e que "o valor da dicotomia 'procedimento de cognição, procedimento de execução', no plano teórico e no plano prático, é quase nenhum", podendo-se "tratar, a fundo, o processo civil sem qualquer alusão a ela".

Certamente, não se pode negar uma grande utilidade à distinção entre atividades de cognição e de execução. É através da perfeita distinção entre os diferentes tipos de cognição e da combinação entre eles que o legislador procura obter a melhor adequação entre o processo e a natureza do direito material ou a peculiaridade da pretensão material a ser tutelada.

Mas, os processos de conhecimento e de execução não podem ser considerados em compartimentos estanques. Como ficou acima salientado, em vários processos de conhecimento (mandamental e executivo

*lato sensu*, v.g.), os atos de atuação do direito declarado são realizados no mesmo processo em que se deu a cognição, havendo neles, portanto, a aglutinação do conhecimento e da execução. Na ação constitutiva, por exemplo, o ato de atuação é realizado anteriormente à sentença. Sequer exige, portanto, ato de atuação posterior à sentença de conhecimento. Muito menos a execução *ex intervallo*, que no sistema processual nosso é uma ação autônoma (ação de execução).

Essas ponderações permitem, em nosso sentir (o tema requer um estudo mais aprofundado, cabendo aqui apenas um rápido aceno à problemática), as seguintes conclusões: a) relatividade da dicotomia processo de conhecimento-processo de execução; b) as espécies de execução forçada previstas no Livro II do Código de Processo Civil, baseadas na responsabilidade patrimonial do executado, não exaurem as formas de atuação do direito admitidas pelo nosso sistema processual, que admite, conforme visto, a conjugação de provimentos executivos com vários tipos de provimentos de conhecimento.

Assentadas essas premissas, passemos à análise das duas grandes inovações trazidas pela Lei 8.952/94. Cuidemos, em primeiro lugar, da tutela antecipatória. Depois, da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

#### 4. Da Tutela Antecipatória (art. 273)

##### 4.1 Das razões que determinaram a inovação

12. O nosso sistema processual, não obstante as exceções que consagra, no

que diz respeito à execução, segue o modelo romano, que adota o princípio segundo o qual só se executa a pretensão depois da cognição completa e coisa julgada. Pontes de Miranda denomina esse princípio de "princípio da executabilidade forçada dependente da cognição completa" (*ab executione non est inchoandum sed primo debet de causa cognosci, et per definitivam sententiam terminari*).

O Código de Processo Civil brasileiro consagra esse princípio como regra geral no art. 583 ("Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial").

Os sistemas processuais que seguem semelhante modelo, como facilmente se percebe, são extremamente respeitosos do direito e generosos para com o réu, procurando evitar, através da cognição prévia, a consumação de injustiças. Além da cognição prévia, concedem ao réu, através da execução *ex intervallo*, a ser efetivada por meio de outra ação, a executória, o chamado *tempus iudicati* (tempo para o adimplemento da condenação).

13. Semelhante sistema poderia, certamente, ser havido como adequado em tempos outros em que o ritmo da vida era bem mais calmo e a sociedade era menos conflituosa. Significou ele, sem dúvida alguma, um grande avanço em comparação ao sistema que imperava ao tempo em que não havia, ainda, a interposição do Estado entre as pessoas em conflito, época em que prevalecia a reação pela força contra a violação de qualquer direito. E é, seguramente, superior ao sistema germânico antigo, de característica rude, impaciente e violenta,

que tinha como pressuposto da execução a voluntária submissão do devedor, através de cláusulas executórias inseridas nos contratos, e não a sentença fundada em cognição prévia ou qualquer autorização de órgão estatal.

14. Hoje, a vida transcorre num ritmo bem diferente e a sociedade contemporânea é baseada em economia de massa, que é geradora de intensa conflituosidade. A respeito, tivemos a oportunidade de tecer as ponderações que se seguem em nossa obra *Da cognição no Processo Civil*:

"Uma das características da sociedade moderna é o ritmo acelerado e agitado das relações sociais, econômicas e jurídicas que nela ocorrem. Resulta ela da instantaneidade das comunicações, do encurtamento das distâncias, da incorporação dos mais avançados instrumentos tecnológicos (v.g., o computador cada vez mais sofisticado) à vida cotidiana e a serviço de entidades públicas e privadas, que deles se valem até para a tomada de decisões que envolvem direitos de terceiros ou de alguma forma repercutem na esfera jurídica dos mesmos, e de inúmeros outros fatores."

Prosseguindo, acrescentamos:

"O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encon-

trar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso” (p. 108-109).

15. O legislador processual pátrio, procurando dar maior celeridade à prestação jurisdicional, utiliza a técnica da cognição sumária de várias formas. Uma delas consiste na concepção de processos sumários em geral (de cognição sumária), cautelar e não cautelar. E outra, na criação de processos especiais de cognição exauriente em que, por exceção, é permitida a tutela antecipatória baseada na cognição sumária provisória, realizada no estado em que se encontra o processo, por vezes até liminarmente. São exemplos desses processos especiais: a) ação possessória – arts. 928 e 929, CPC; b) ação de nunciação de obra nova – art. 937, CPC; c) ação de busca e apreensão de coisa vendida a crédito com reserva de domínio – art. 1.071, CPC; d) ação de embargos de terceiros – art. 1.051, CPC; e) ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente em garantia – Decreto-lei 911/69, art. 3.º; f) ação de mandado de segurança – Lei 1.533/51, art. 7.º, inc. II; g) ação de desapropriação – Decreto-lei 3.365/41, art. 15; h) ação popular – Lei 4.717/65, art. 5.º, § 4.º; i) ação civil pública – Lei 7.347, art. 12; j) Código de Defesa do Consumidor, tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, art. 84, § 3.º.

Excluídas as ações coletivas de tutela de interesses transindividuais, as ações previstas no Código de Defesa do Consumidor e a ação de mandado de segurança, as demais ações que admitem a tutela antecipatória privilegiam basicamente direitos patrimoniais, principalmente os direitos de propriedade e de posse. Os direitos não-patrimoniais, que são ordinariamente mais relevantes que

os patrimoniais, como os direitos absolutos da personalidade (direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à honra, à liberdade, à intimidade etc.), são jogados para a vala comum do processo de procedimento comum, ordinário ou sumaríssimo (ou sumário, nome que passará a ter o atual sumaríssimo, sendo aprovado um dos quatro projetos da “Comissão” ainda em tramitação no Congresso Nacional).

A inexistência de instrumento processual adequado para a tutela desses direitos, somada à irritante e desesperadora lentidão da Justiça, provocada por fatores múltiplos, estimulou a criatividade dos operadores do direito, que passaram a utilizar intensamente da ação cautelar inominada como um meio de obtenção da antecipação da tutela postulada ou a ser postulada na chamada “ação principal”. Passou a ocorrer, assim, desvio e exagero na utilização da ação cautelar inominada, que passou a servir de instrumento para a postulação de tutela satisfativa, e não simplesmente acautelatória.

O fenômeno, excluídos os casos manifestamente abusivos, significava uma compreensiva reação das exigências do próprio tráfico jurídico contra o deficiente sistema processual e lastimável organização judiciária, comprovadamente insuficientes para lhes dar uma adequada e tempestiva tutela.

16. A ausência de critérios objetivos e claros que estabelecessem, a um tempo, o direito à antecipação da tutela e as medidas de salvaguarda contra os equívocos e exageros, estava fazendo com que a tutela jurisdicional fosse concedida segundo o critério pessoal e eminen-

temente subjetivo de cada juiz (alguns mais rigorosos, e outros menos) no estabelecimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipatória. E isso, como é de intuitiva percepção, estava gerando soluções injustas, além da insegurança e intranquilidade nos jurisdicionados e nos operadores do direito.

Com frequência, as medidas liminares, em ações cautelares inominadas aforadas com vistas à obtenção de antecipação dos efeitos da tutela postulada na ação dita “principal”, eram concedidas ou denegadas em atos decisórios que repetiam chavões que de substancial nada expressavam, como “presentes (ou ausentes) os pressupostos legais, concedo (ou nego) a medida liminar”, ou senão “presentes (ou ausentes) os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* concedo (ou denego) a medida liminar”. Eram, como o são hoje, decisões nulas por ausência de fundamentação (a motivação deficiente equivale à ausência), mormente agora que a exigência de motivação de toda e qualquer decisão judicial é uma garantia constitucional (art. 93, inc. IX, CF).

17. Para adaptar o processo civil às exigências da vida moderna acima descritas e para disciplinar, com estabelecimento de critérios objetivos e com previsão de medidas de salvaguarda, um fenômeno que já vinha ocorrendo há muito tempo, de forma aleatória e sem controle, o legislador decidiu enfrentá-lo sem rodeios. E o fez através das regras estabelecidas no art. 273.

18. Uma das primeiras propostas de tutela antecipatória foi formulada por Ovidio Baptista da Silva por ocasião do Congresso Nacional de Direito Proces-

sual Civil realizado em 1983, em Porto Alegre. Sua proposta consistia em se acrescentar ao art. 285 parágrafo único com a seguinte dicção:

“Parágrafo único. Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência.”

A proposta foi intensamente discutida pelos juristas presentes ao conclave, que redigiram, na oportunidade, um substitutivo cujo texto lamentavelmente não conseguimos localizar. O ponto saliente do substitutivo, que possibilitou a obtenção do consenso dos juristas na oportunidade, foi a adoção, como medida de salvaguarda, do requisito do *periculum in mora* (situação objetiva de perigo) ao lado do juízo de plausibilidade fundado em provas existentes nos autos.

Uma outra importante proposta foi a apresentada pela Comissão Revisora do CPC, nomeada pelo Governo da República em 1985 e integrada por Luis Antonio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Sérgio Bermudes, Joaquim Correia de Carvalho e Kazuo Watanabe. Na revisão do Livro III, que ficou a cargo de J. J. Calmon de Passos, a Comissão optou por alterar o título do Livro para *Processo de Cognição Sumária*, ao invés de *Processo Cautelar*, e criou um título especial para a *Antecipação da Tutela* no processo de cognição de procedimento comum ou especial. A proposta possibilitava a antecipação desse que:

“I – ocorrendo a revelia, haja prova documental convincente da pretensão do requerente; II – a contestação oferecida pelo réu careça de consistência nos pontos fundamentais do litígio, evidenciando-se como injusto prejuízo para o autor a dilação, para final, da tutela pretendida.”

Essas duas propostas tiveram grande influência na formulação da solução contida no art. 273, que passamos a analisar nas linhas que seguem.

#### 4.2 Requisitos para a concessão da tutela antecipatória e medidas de salvaguarda

19. O art. 273, nos incs. I e II, consagra duas espécies de tutela antecipatória: a) a de urgência (inc. I), que exige o requisito do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; b) a de proteção ao autor que muito provavelmente tem razão e por isso não deve sofrer as conseqüências da demora do processo, decorrente do “abuso de direito de defesa” ou de “manifesto propósito protelatório do réu” (inc. II), sem necessidade do requisito do *periculum in mora*.

20. Para ambas as hipóteses, porém, exige o legislador o juízo de verossimilhança fundado em “prova inequívoca”. Embora possa ser acoimada de imprópria, a expressão “prova inequívoca” foi a que a “Comissão” entendeu mais apropriada em substituição à expressão mais restritiva que constava da proposta originária, que aludia à “prova documental”. A doutrina e a jurisprudência, certamente, encontrarão a interpretação que seja a mais adequada para a expressão.

Mas, uma coisa deve ficar bem sublinhada: prova inequívoca não é a mesma coisa que *fumus boni iuris* do processo cautelar. O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dúvida, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em mera “fumaça”, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito.

Está nesse requisito uma medida de salvaguarda, que se contrapõe à ampliação da tutela antecipatória para todo e qualquer processo de conhecimento. Bem se percebe, assim, que não se trata de tutela que possa ser concedida prodigamente, com mero juízo baseado em “fumaça de bom direito”, como vinha ocorrendo com a ação cautelar inominada.

21. Outras duas medidas de salvaguarda encontramos nos §§ 1.º e 2.º.

O primeiro parágrafo determina seja devidamente motivada a decisão concessiva da tutela antecipatória, indicando “de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento”. A exigência vale também para a decisão denegatória, pois, se presentes os pressupostos legais, a antecipação da tutela é um direito da parte, e não medida dependente de discricionariedade do juiz. O dispositivo seria, a rigor, dispensável, pois a exigência de motivação de qualquer ato decisório do juiz é hoje garantia constitucional (art. 93, inc. IX, CF) e consta do Código de Processo Civil nos arts. 131 e 458, inc. II. Mas entendeu o legislador que a enunciação pleonástica de uma

exigência teria um sentido didático importante, principalmente porque, mesmo após o preceito constitucional mencionado e as disposições da legislação ordinária, alguns juízes continuaram se utilizando dos chavões acima mencionados para a concessão ou denegação da medida liminar, violando abertamente o princípio da obrigatoriedade de fundamentação de toda e qualquer decisão.

E o segundo parágrafo estabelece um limite para a concessão da tutela antecipada. Diz, com efeito, que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Não é muito fácil determinar quando uma antecipação pode tornar irreversível o provimento antecipado. Certamente, no plano jurídico, muito dificilmente poderá ocorrer a irreversibilidade, pois, na sentença final o juiz poderá sempre cassar a antecipação concedida, devolvendo tudo ao *statu quo ante*. É no plano prático que a irreversibilidade poderá se configurar. Para sua conceituação, seguramente o critério econômico não será o mais adequado, principalmente nas demandas múltiplas com conteúdo social, quais as relativas ao desbloqueio de cruzados, pois o critério exclusivamente econômico poderá criar discriminações que privilegiem os mais afortunados. Mas, certamente poderá surgir situação em que o critério econômico seja decisivo, pelas conseqüências que a antecipação da tutela poderá gerar, como por exemplo a falência de uma empresa, com repercussões econômicas e sociais indesejáveis. Tudo depende do caso concreto, que o juiz da causa deverá analisar com equilíbrio e bom-senso.

22. O *caput* do art. 273 alude à antecipação total ou parcial dos “efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”.

A expressão “pedido inicial” é abrangente, também, da reconvenção e do pedido formulado em ação dúplice, uma vez que também o demandado, nas situações referidas, é autor, e por isso poderá postular a antecipação da tutela.

Qualquer tipo de provimento poderá ser antecipado, inclusive o condenatório, inclusive para pagamento de quantia certa. Daí, a razão de ser do § 3.º, que menciona, na parte final, os incs. II e III do art. 588, com a ressalva “no que couber”. Quis o legislador, com essa ressalva, deixar claro que, em razão da existência de provimentos para cuja atuação não se aplica o processo de execução forçada disciplinada no Livro II do Código de Processo Civil, como o executivo *lato sensu* e o mandamental, o regime da execução provisória prevista no art. 588 não teria aplicação nessas hipóteses.

Mas, em alguns tipos de ação, principalmente nos provimentos constitutivos e declaratórios, deverá o juiz, em linha de princípio, limitar-se a antecipar alguns efeitos que correspondam a esses provimentos, e não o próprio provimento. Por exemplo, na ação em que se peça a anulação de uma decisão assemblear de sociedade anônima de aumento de capital, ao invés de antecipar desde logo o provimento desconstitutivo, deverá ater-se à antecipação de alguns efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente segundo a situação existente antes do aumento de capital objeto da demandada ou a distribuição de dividendos segundo a

participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado etc. O mesmo se deve dizer em relação à ação declaratória, pois a utilidade da declaratória está, precisamente, na certeza jurídica a ser alcançada com a sentença transitada em julgado. Antes do seu julgamento, porém, a parte poderá ter interesse em obter os efeitos práticos que correspondam à certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório. Isto ocorre principalmente em relação àquelas ações declaratórias que tenham repercussões práticas, como a ação declaratória de paternidade em relação aos alimentos, ou que contenham alguma carga constitutiva, como a de desfazimento da eficácia de um ano nulo, ou a sua propriedade de, apesar de nulo, produzir alguns efeitos.

#### 4.3 Do momento da concessão da tutela antecipatória e sua execução

23. A tutela de urgência (inc. I) poderá ser concedida liminarmente, antes mesmo da citação do réu. A interpretação que negue essa possibilidade estará tornando inútil a tutela antecipatória em situações de perigo, o que fará voltar a prática, até então existente, de utilização da ação cautelar inominada para esse fim.

Desde que presentes os pressupostos legais, a antecipação com base no inc. I poderá ser concedida em qualquer fase do processo, inclusive na segunda instância, na fase recursal. O requisito que deverá ser demonstrado, além do juízo de verossimilhança fundado em "prova inequívoca", é a existência da situação "de dano irreparável ou de difícil reparação", como já ficou visto.

São freqüentes as perguntas sobre a possibilidade de designação da audiência de justificação prévia para a tutela antecipatória, como permite, por exemplo, o § 3.º do art. 461. A nossa resposta tem sido no sentido de que o juiz, salvo situações realmente excepcionais, devidamente justificadas, não deve admitir a justificação prévia, sob pena de aumentar inútil e desmesuradamente seu volume de trabalho e também pelo perigo de se criar a sumarização generalizada do processo de conhecimento, que é uma das grandes preocupações dos juristas quando discutem a tutela antecipatória.

A tutela antecipatória é medida excepcional e somente deve ser concedida quando o interessado conseguir demonstrar a efetiva presença dos pressupostos legais. Demais, como já ficou anotado, nada impede seja ela postulada após a colheita da prova em dilação probatória normal, e mesmo na segunda instância, de sorte que, em linha de princípio, a designação da audiência de justificação prévia não se compatibiliza com o objetivo buscado pelo legislador com a sua instituição.

Já a antecipação da tutela com fundamento no inc. II supõe a existência da defesa do réu, pois somente diante dela poderá o juiz se convencer de que está caracterizado "o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu".

24. A execução ou atuação prática da tutela antecipada depende do tipo de provimento postulado e concedido pelo magistrado.

Tratando-se de provimento condenatório típico, como ficou visto acima, deve

ser adotado o processo de execução forçada provisória (art. 588, incs. II e III, CPC). É dispensável a caução, pois o § 3.º do art. 273 expressamente excluiu o inc. I do art. 588 (não significa isto que o autor, vencido a final na ação, não deva responder pelos danos que venha a causar com a execução da tutela antecipada, pois o dever de indenizar está insito no dever de restabelecer o *statu quo ante*). Se o provimento adiantado for daqueles que não exigem a propositura de ação executória, como o executivo *lato sensu* ou o mandamental", e o adiantamento dos efeitos das ações declaratórias ou constitutivas podem ser concedidos por meio de provimentos dessa natureza, a execução será feita no próprio processo de conhecimento, através de mandados e outros meios executivos que sejam admissíveis no caso e efetivamente tutelem o direito da parte (cf. *supra*, itens II, III, IIIa., IIIb. e IIIc.).

#### 4.4 Da revogação da tutela antecipada

25. Como é bem claro o § 4.º, "a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo". Mas sempre em decisão fundamentada. A modificação poderá ser para mais ou para menos, ou ainda para uma outra situação, tudo dependendo do caso concreto.

A dúvida que poderá surgir é quanto à possibilidade de manutenção da antecipação, liminarmente concedida, na hipótese da sentença vir a julgar improcedente a ação. Em linha de princípio, a improcedência da ação deverá trazer como consequência a revogação da antecipação concedida. Mas o caso concreto poderá recomendar, pela sua peculiaridade,

de, que o magistrado mantenha os efeitos antecipados até o julgamento do recurso.

#### 4.5 Do recurso cabível

26. O recurso cabível contra a decisão concessiva ou denegatória da tutela antecipada é o agravo de instrumento, certo é que estamos diante de uma decisão interlocutória.

No sistema atual, o agravo de instrumento não tem efeito suspensivo, o que certamente dará margem à utilização de mandado de segurança, como vem ocorrendo atualmente.

O projeto em tramitação no Congresso Nacional, elaborado com base na proposta formulada pela "Comissão", trará uma profunda modificação no sistema do agravo de instrumento. Sua interposição será diretamente na segunda instância e o juiz relator, ao receber a petição de interposição, poderá conceder o efeito suspensivo, o que tornará dispensável a propositura da ação de mandado de segurança. Será esse recurso mais uma medida de salvaguarda para que a antecipação da tutela seja concedida sem abusos.

#### 4.6 Da diferença entre tutela antecipatória e julgamento antecipado da lide

27. Houve, a princípio, pessoas que entendiam dispensável a tutela antecipatória pelo fato de nosso sistema processual prever o julgamento antecipado da lide.

São, porém, dois institutos bem distintos. A tutela antecipatória baseia-se em

cognição sumária e consiste em antecipar provisoriamente alguns ou todos os efeitos do provimento postulado pela parte. Enquanto o julgamento antecipado da lide é definitivo e deve embasar-se em cognição plena e exauriente (se outra não for a cognição reclamada pelo tipo de ação).

Mesmo na antecipação da tutela com base no inc. II, o deferimento da tutela antecipada, ao invés do julgamento final, que às vezes depende de atos probatórios ou outras providências, traz ao autor a vantagem da execução imediata do provimento adiantado, o que, dependendo dos efeitos do recurso cabível contra a sentença final, não poderá ser alcançado pelo demandante.

#### 4.7 Da diferença entre a tutela antecipatória e tutela cautelar

28. A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado.

Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou a assegurar a frutuosidade do provimento da "ação principal". Não é dotado, assim, de caráter satisfativo, a menos que se aceite, como o fazemos, a existência de direito substancial de cautela, que é satisfeito pelo provimento concessivo da tutela cautelar. A discussão a respeito, porém, não cabe ser desenvolvida neste trabalho.

Como procuramos demonstrar em nossa obra *Da Cognição no Processo Civil*, nem todo processo cautelar supõe, necessariamente, a propositura da ação dita "principal" e a relação que existe entre as duas ações nem sempre se traduz em termos de asseguarção da frutuosidade do provimento da ação principal. Procura-se assegurar, com certa freqüência, resultados práticos que se ligam ao provimento da "ação principal" apenas de forma mediata. Por exemplo, a ação cautelar de sustação do protesto de título cambiário e a ação declaratória da inexistência de relação jurídica cambiária guardam relação unicamente de cunho prático, e não jurídico, pois a "ação principal", sendo meramente declaratória, dispensa qualquer provimento cautelar que assegure a frutuosidade de seu provimento. Com o trânsito em julgado da sentença declaratória e formação da coisa julgada material, estará plenamente atendida a pretensão do autor, tenha sido, ou não, protestado o título. O que a ação cautelar de sustação de protesto procura propiciar é a proteção do próprio direito substancial de cautela, para evitar que o conceito social ou a imagem comercial, daquele que está injustamente sofrendo o protesto, sejam afetados. Não se objetiva assegurar o resultado útil, a frutuosidade, da ação declaratória, e sim o resultado prático mediatamente relacionado ao provimento declaratório.

Estamos tecendo essas considerações para demonstrar que o instituto da tutela antecipatória não fez desaparecer de todo a utilidade da ação cautelar inominada, intensamente utilizada na práxis forense até então.

Temos notícia de que alguns juízes estão indeferindo a ação cautelar inominada sob o argumento de que foi ela substituída pela tutela antecipatória. Semelhante entendimento, mormente em casos como de sustação de protesto, em que o cliente procura o advogado poucas horas antes do término do prazo útil para a postulação da tutela judicial, torna absolutamente impraticável o ajuizamento de uma ação de conhecimento de forma adequada, por não dispor o advogado de todos os elementos e meios de prova a ela correspondentes. Não admitir, em situações assim, que seja aforada a ação cautelar inominada, ao invés da ação de conhecimento com pedido de tutela antecipatória, será ofender o princípio da proteção judiciária que assegura, como acima anotado, acesso à Justiça para a obtenção de tutela que seja efetiva, adequada e tempestiva.

É relevante, para esse fim, a perfeita distinção entre tutela antecipatória, parcial ou total, dos efeitos do provimento postulado no processo de conhecimento, e a tutela cautelar, que apenas propicia uma providência de segurança para resguardar o resultado útil da chamada "ação principal" ou para garantir os resultados práticos que tenham vínculos mediatos com o provimento postulado no processo de conhecimento, mas não podem ser havidos como efeitos parciais ou totais deste último, que são assegurados através de tutela antecipatória.

Com a inovação introduzida pelo art. 273, porém, deverá desaparecer o formalismo excessivo que vinha impedindo a cumulação do provimento de conhecimento com o provimento cautelar. Razões de ordem prática e de economia processual recomendam a admissibilidade

de de semelhante cumulação, desde que entre os provimentos haja relação e compatibilidade.

Em circunstâncias especiais, principalmente naquelas em que persista dúvida quanto à reversibilidade, ou não, do provimento antecipado, em cuja avaliação deverá ser utilizado um critério adequado para a avaliação do caso específico, com a aplicação, se for o caso, do princípio da proporcionalidade que permita a correta identificação do interesse que deva prevalecer, poderá o magistrado, com o uso do poder geral de cautela que o nosso sistema processual permite, exigir da parte, a ser beneficiada com a tutela antecipada, a prestação de medida de cautela adequada. Isso, repita-se, em circunstâncias especiais e na medida em que não se anule a antecipação da tutela.

## 5. Da Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer (art. 461)

### 5.1 Da fonte inspiradora

29. A fonte inspiradora do art. 461 foi o Anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil elaborado pela Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça em 1985, integrada por Luis Antonio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Sérgio Bermudes, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e Kazuo Watanabe. O Anteprojeto foi publicado no *Diário Oficial da União* em 24.12.1985, suplemento n. 246, e a proposta nele contida consistia em criação de uma ação especial sob o nome de "tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer" (arts. 889-A e parágrafos e art. 889-B).

Apesar da pequena diferença de redação, a essência da proposta era a mesma do art. 461 em análise. O legislador de 1994 (Lei 8.952), ao invés de ação especial, preferiu criar um provimento especial de processo de conhecimento para a tutela das obrigações de fazer ou não fazer. Embora aluda simplesmente à "obrigação de fazer ou não fazer", o art. 461 tutela não somente a obrigação negocial como também o dever decorrente de lei. O Anteprojeto de 1985 trazia um texto mais pormenorizado, pois referia àquele "que, por lei ou convenção, tiver o direito de exigir de outrem que se abstenha da prática de algum ato, tolere, ou permita alguma atividade, ou preste fato".

Em 1990, dois diplomas legais vale-ram-se da sugestão contida no Anteprojeto de 1985: a) Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), no art. 213; e b) Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no art. 84. Ambos com disposição substancialmente idêntica ao do Anteprojeto, embora com pequenas diferenças de redação. E em 1994, a Lei Antitruste (Lei 8.884/94), no art. 62, acolheu a mesma proposta e especificou um meio de execução ainda não previsto em outros diplomas legais (intervenção na empresa) para a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer (arts. 63 e 69-78).

### 5.2 Da distinção entre o ato do demandado e o resultado prático-jurídico equivalente nas obrigações de fazer ou não fazer

30. Cuida o dispositivo, conforme já ficou realçado, não somente de obriga-

ções de fazer ou não fazer de origem negocial como também de deveres legais de abstenção, tolerância, permissão ou prática de fato ou ato. Quanto aos deveres legais, os chamados "direitos absolutos" ligados ao direito da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, merecem particular atenção.

O artigo em análise procura dar efetividade, nos limites da possibilidade prática e jurídica, ao postulado Chiovendiano da máxima coincidência entre a tutela jurisdicional e o direito que assiste à parte, tanto em relação às obrigações de fazer como às de não fazer.

Relevante é notar, porém, que ao titular do direito interessa, às vezes, exclusivamente o ato do próprio devedor (v.g., quando alguém encomenda a um artista de renome a pintura de um quadro) e outras vezes o que importa é o resultado prático-jurídico equivalente ao ato do devedor, e não o próprio ato do devedor. Esta distinção é de suma relevância para que se possa alcançar a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer.

Na primeira hipótese, estamos diante de infungibilidade prática e a execução específica da obrigação de fazer somente poderá ser alcançada com a colaboração do devedor. Para induzi-lo à prática do ato, o sistema jurídico prevê a imposição de meios de coerção indireta, como a multa diária, à semelhança das *astreintes* do sistema francês.

O princípio da intangibilidade da liberdade pessoal constitui um limite à realização específica da obrigação de fazer ou não fazer na hipótese de infungibilidade de ordem prática. Ao seu descumprimento,

a solução que o nosso sistema processual admite é a sub-rogação da obrigação em equivalente pecuniário.

Na segunda hipótese, a infungibilidade é apenas aparente. Não estamos cuidando de atos que possam ser praticados por terceiro, portanto, de obrigações de fazer cujo caráter fungível é evidente. Estamos, isto sim, em face de atos que devem, em princípio, ser praticados pelo próprio devedor, não podendo ser praticados por terceiro (v.g., outorga da escritura definitiva de compra-e-venda de um imóvel, emissão de declaração de vontade ou conclusão de um contrato). A infungibilidade, porém, é apenas aparente, como já ficou anotado, e no momento em que o legislador teve a percepção da diferença básica entre ato do devedor e o resultado prático-jurídico a ele correspondente, conseguiu conceber provimentos jurisdicionais propiciadores da tutela específica, como a ação de adjudicação compulsória e os provimentos previstos nos arts. 639 e 641 do Cód. Proc. Civil, em que a própria sentença do juiz produz os mesmos efeitos do ato do devedor.

As obrigações de não fazer, como bem observa Barbosa Moreira, podem consistir em a) não fazer, b) tolerar (não oferecer resistência), c) permitir, d) abster-se. A violação dessa espécie de obrigação pode consistir em ato instantâneo ou em atos sucessivos ou ainda em violação de caráter permanente.

O Capítulo III do Livro II cogitou apenas de violação por ato instantâneo. Fala, assim, em desfazimento do ato ou em perdas e danos, não sendo possível o desfazimento do ato (art. 642 e 643). Ocorre, entretanto, que há violações que

são permanentes (v.g., uso indevido de nome comercial) e que podem ensejar a tutela específica consistente em cessação da violação. E as violações sucessivas (v.g., repetidas exhibições de uma peça em violação do direito de alguém), hipóteses em que, relativamente às exhibições futuras, é possível cogitar-se de tutela específica da obrigação de não fazer.

Bem se percebe, assim, que tutela específica das obrigações de não fazer pode ser obtida por demandas repressivas e também através de demandas preventivas. Estas, por prevenirem a violação, são mais eficazes.

Igualmente em relação às demandas preventivas, os provimentos mandamental e executivo *lato sensu* têm particular importância, na conformidade do que ficou exposto acima.

### 5.3 Da importância dos provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, e da conjugação deles com os demais tipos de provimento, para a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer

31. As considerações acima desenvolvidas a respeito do provimento mandamental e do provimento executivo *lato sensu* são de superlativa relevância para a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer (cf., *supra*, § III, n. 4-10).

Valeu-se o legislador, no art. 461, da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do provimento mandamental e do provimento executivo *lato sensu*, para conferir a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer ou não fazer.

32. Ao admitir a sub-rogação da obrigação de fazer ou não fazer, por opção do titular do direito ou por ser impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático-jurídico equivalente ao do adimplemento (§ 1.º, art. 461), valeu-se o legislador do provimento condenatório, que dá nascimento a título executivo judicial e permite o acesso à execução forçada através da ação autônoma de execução.

Também a imposição da medida coercitiva indireta, consistente em multa (arts. 287 e 644 e parágrafo, CPC), é feita através de sentença condenatória, que dá origem a título executivo judicial que, não sendo espontaneamente adimplido, enseja o acesso ao processo de execução forçada.

A respeito da multa, cabe ser anotado que ela poderá ser imposta na sentença independentemente do pedido da parte (§ 4.º do art. 461) e até mesmo na execução, quando omissa a sentença (art. 644, *caput*). O legislador permite até mesmo a modificação do valor da multa pelo juiz da execução, para mais ou para menos, sendo “verificado que se tornou insuficiente ou excessivo” (parágrafo único do art. 644). Não há que se falar, diante desse poder concedido ao juiz, em ofensa ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença, uma vez que é o próprio legislador federal, competente para legislar em matéria processual, que está excepcionando o princípio geral. No art. 290, aliás, o legislador já havia deixado claro que o referido princípio não é de rigidez absoluta. Tampouco se pode falar em afronta à coisa julgada, pois estamos diante de instituto processual que o legislador pode adotar, ou não, no exercício da opção política que lhe cabe em matéria de soluções legislati-

vas, nos limites que lhe parecerem mais adequados segundo as várias espécies de processo que lhe é dado conceber (cognição exauriente ou cognição sumária), e preferiu ele a solução contida no dispositivo em análise. Demais, dois princípios igualmente relevantes devem ser sempre observados em matéria de execução, o que assegura a maior efetividade possível à tutela jurisdicional e o que determina seja a execução feita, evidentemente sem prejuízo da efetividade, “pelo meio menos gravoso para o devedor” (art. 620, CPC).

33. 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 de ambos.

Através do provimento mandamental é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração do 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 este último que os atos de execução do comandado judicial sejam postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução.

Dentre os vários meios de execução possíveis, certamente as medidas de sub-rogação de uma obrigação em outra de

tipo diferente são bastante eficazes. Bem se percebe que não estamos falando de sub-rogação comum, que é a conversão da obrigação de fazer ou não fazer descumprida em perdas e danos. E sim de sub-rogação propiciadora da execução específica da obrigação de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático-jurídico equivalente.

Pensemos, por exemplo, no dever legal de não poluir (obrigação de não fazer). Descumprida, poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (*v.g.*, colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento de efluente etc.) e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de cessar a atividade nociva. A execução desta última obrigação pode ser alcançada coativamente, inclusive através de atos executivos determinados pelo juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de força policial (§ 5.º do art. 461). São meios sub-rogatórios que o juiz deverá adotar enquanto for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, em cumprimento ao mandamento contido no § 1.º do art. 461. Para isto, o juiz usará do poder discricionário que a lei lhe concede (fala o § 5.º do art. 461 em determinação de “medidas necessárias” para a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente). A discricionariedade deve ser bem entendida. Não se trata de adoção arbitrária de qualquer medida, e sim apenas de medidas adequadas e necessárias (eis o parâmetro legal) à tutela específica da obrigação ou à obtenção do resultado equivalente.

O resultado prático equivalente poderá ser obtido, também, através de outros atos executivos praticados pelo próprio juízo, por meio de seus auxiliares, ou de terceiros, observados sempre os limites da adequação e da necessidade. Em nosso sistema jurídico não há explícita autorização para nomeação de terceiro, como o *receiver* ou *master* ou *administrators* ou *committees* do sistema norte-americano. O *receiver* americano, em matéria de proteção do meio ambiente, pode ter a atribuição de administrar uma propriedade para fazer cessar a atividade poluidora, de desenvolver obra de despoluição e de ressarcimento dos danos resultantes da poluição. A Lei Antitruste (8.884/94), ao cuidar do cumprimento da obrigação de fazer ou não, fala em “todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa quando necessária” (art. 63) e fala também em “afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor”. O modelo desta última lei sugere a possibilidade de adoção de medidas assemelhadas àquelas adotadas pelo sistema norte-americano, que prevê as figuras de *receiver*, *master*, *administrator* e *committees*.

As medidas enumeradas no § 5.º do art. 461 são apenas exemplificativas. Portanto, outras podem ser adotadas, desde que atendidos os limites da adequação e da necessidade.

34. Não faltarão pessoas, certamente, que procurarão combater semelhante solução e também a ampliação dos poderes do juiz para a obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não

fazer ou para o atingimento do resultado prático equivalente.

Não se pode esquecer, porém, que o nosso sistema admite soluções tão ou mais draconianas para a tutela de direitos patrimoniais, como a ação de despejo, cuja sentença é executada inclusive com a remoção de pessoas, sejam adultas ou crianças, possuam ou não outro imóvel para habitação. E semelhante demanda é tradicional em nosso sistema e é aceita por todos como a solução natural e de excelente efetividade.

Por que, então, não aceitar que, para tutela de direitos não-patrimoniais, mais relevantes que os patrimoniais, quais os ligados aos direitos da coletividade à qualidade de vida ou os direitos absolutos da personalidade (como os direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à liberdade, ao nome, à intimidade etc.), possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer?

Com a remoção de pessoas, certamente é atingida a liberdade humana. Mas esta é protegida enquanto estiver em conformidade com o direito. Da mesma forma que na ação de despejo é ela desconsiderada para a tutela do direito patrimonial assegurada pela sentença, também na tutela das obrigações de fazer ou não fazer, enquanto for prática e juridicamente possível a tutela específica ou a obtenção do resultado equivalente, a liberdade pessoal, se desconforme ao direito, é desconsiderada, admitindo a atuação do comando judicial através dos meios de atuação determinados pelo juiz e executados por seus auxiliares ou por terceiros. O que não se pode violentar é

liberdade pessoal quando o resultado pretendido somente através do ato do devedor pode ser atingido, como no exemplo do artista de renome que se recusa a pintar o quadro prometido. São situações nitidamente distintas. O princípio da intangibilidade da liberdade pessoal, portanto, deve ser contido nos devidos limites.

35. O provimento mandamental, isoladamente considerado, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. Há a imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência. Os executores da ordem judicial poderão, inclusive, lavrar a prisão em flagrante, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5.º, inc. LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência.

É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição da prisão civil por ato de desprezo à dignidade da Justiça ou atos que embaracem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito. O preceito constitucional foi contornado na alienação fiduciária em garantia para a transformação do alienante-fiduciário (que na verdade tem uma dívida civil) em depositário em favor do alienatário-fiduciário (credor), propiciando a prisão civil. Mas, não se tem preocupado muito em impor sanções de natureza penal para aquele que

desobedece à ordem legítima do juiz. Os sistemas alemão e austríaco permitem a imposição da sanção limitativa da liberdade em caso de desobediência à ordem do juiz, além da previsão de pena pecuniária, que é devida ao Estado, e não ao credor. Também o modelo anglo-saxão, através do instituto do *Contempt of Court*, admite a prisão, além da multa, esta devida à outra parte, e não ao Estado.

No nosso sistema processual, agora com o texto claro do art. 461, *caput* e parágrafos, é através da conjunção dos vários provimentos, principalmente do mandamental e do executivo *lato sensu*, é que se poderá obter a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático equivalente.

#### 5.4 Da multa e das perdas e danos

36. A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva. Nesse sentido deve ser interpretado o § 2.º do art. 461.

#### 5.5 Da tutela antecipatória (art. 461, § 3.º)

37. O § 3.º do art. 461 admite a concessão da tutela antecipatória. Os requisitos são a relevância do “fundamento da demanda” (que é mais do *fumus boni iuris*

do processo cautelar) e o “receio de ineficácia do provimento final” (é a situação de perigo, ou o *periculum in mora*).

Os requisitos estão mais para a tutela antecipatória do art. 273 do que para o processo cautelar. É que estamos diante de tutela antecipatória, e não de tutela cautelar.

Permite o legislador, no dispositivo mencionado, a designação da audiência de justificação prévia. E deixou afirmado o caráter provisório da tutela antecipatória, que poderá ser ela “revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Tem inteira aplicação, aqui, tudo que afirmamos linhas atrás a respeito da motivação decisória, tanto para a concessão da liminar, como também para sua posterior revogação ou modificação.

#### 5.6 Da execução do provimento concessivo da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou da obtenção do resultado prático equivalente

38. Conforme ficou demonstrado acima, os provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, e a conjugação deles, não dá origem à execução *ex intervallo*, através de ação de execução autônoma.

Portanto, houve profundas modificações no Capítulo III do Livro II do Código de Processo Civil, que cuida “da execução das obrigações de fazer ou não fazer”. Não cuidou o legislador de 1994, porém, de explicitar essas modificações. Assim, o intérprete deve ter presente em sua mente que essas disposições do Capítulo III somente têm aplicação, doravante, 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.

Pelo que ficou acima exposto, as inovações correspondentes aos arts. 273 e 461 são particularmente importantes para se propiciar, em obediência ao princípio constitucional da proteção judiciária corretamente interpretado, uma tutela efetiva, adequada e tempestiva de direitos.

É de fundamental importância a mudança de mentalidade que seja capaz de rever as categorias, conceitos e princípios estratificados na doutrina dominante, pois somente assim poderão ser extraídas desses dispositivos todas as conseqüências possíveis para a modernização do nosso processo civil.

## 6. Bibliografia

ADA P. GRINOVER. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, FU, 4.<sup>a</sup> ed., p. 485-600.

———. *Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer ou Não Fazer*, nesta obra.

ADOLFO DI MAJO. *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 1987.

ALDO FRIGNANI. *L'Injunction Nella Common Law e L'Inibitoria nel Diritto Italiano*, Giuffrè, 1974.

ANDREA PROTO PISANI. *La Nuova Disciplina del Processo Civile*, Jovene, 1991.

———. *La Tutela di Condanna*, in *Appunti sulla Giustizia Civile*, Bari, 1982, p. 119-207.

———. *I Provvedimenti Anticipatori de Condanna*, in *La Riforma del Processo Civile*, Cedam, 1992, p. 115-139.

ARAUJO CINTRA, ADA P. GRINOVER e CÂNDIDO DINAMARCO. *Teoria Geral*

*do Processo*, Ed. RT, 6.<sup>a</sup> ed., cap. 32, n. 174-178, p. 270-283.

ARRUDA ALVIM, THEREZA ALVIM, EDUARDO ARRUDA ALVIM e JAMES MARINS. *Código do Consumidor Comentado*, Ed. RT, 2.<sup>a</sup> ed.

———. *Propostas Apresentadas ao Congresso Nacional de Direito Processual Civil*, realizado em Porto Alegre, em 1983.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO e SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. *A Reforma do Processo Civil: simplificação e agilização*, in *Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, n. 51, p. 7-13.

CÂNDIDO DINAMARCO. *A Instrumentalidade do Processo*, Ed. RT, 1987.

———. *A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Malheiros, 2.<sup>a</sup> ed., 1995.

CELSONE NEVES. *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, vol. VII, Forense, 1.<sup>a</sup> ed.

———. *Textos sobre "Jurisdição", "Ação", "Processo" e "Procedimento"* elaborados para o curso de Pós-Graduação da Fac. Direito da USP.

CRISANTO MANDRIOLI. *Le Modifiche del Processo Civile*, Torino, 1993.

———. *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. III, 6.<sup>a</sup> ed., Torino.

CRISTINA RAPISARDA. *Profili della Tutela Civile Inibitoria*, Cedam, 1987.

F. H. LAWSON. *Remedies of English Law*, London, 1980.

FLÁVIO LUIZ YARSELL. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, Ed. Malheiros, 1993.

FREDERICO CARPI. *Note in tema de tecniche de attuazione dei diritti*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile*, Giuffrè, 1988, p. 110-122.

FRITZ BAUR. *Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares*, Fabris, 1985, trad. brasileira.

GALENO LACERDA. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, vol. VIII, t. I, Forense, 1980.

GIOVANNI VERDE. *Osservazioni sul Giudizio di Ottemperanza alle Sentenze dei Giudici Amministrativi*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1980, p. 642-668.

GIUSEPPE TARZIA. *Considerazioni Comparative sulle Misure Provvisorie nel Processo Civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, 1985, p. 240-254.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. *As Inovações no Código de Processo Civil*, Forense, 1995.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. *Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade - Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva - Tutela Específica do Credor nas Obrigações Negativas*, in *Temas de Direito Processual*, 2.<sup>a</sup> Série, Saraiva, 2.<sup>a</sup> ed., 1988, p. 3-20; p. 21-29; p. 30-44.

———. *Notas sobre o Problema da 'Efetividade' do Processo*, in *Temas de Direito Processual*, 3.<sup>a</sup> Série, Saraiva, 1984, p. 27-42.

———. *Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais*, in *Temas de Direito Processual*, 4.<sup>a</sup> Série, Saraiva, 1989, p. 215-241.

J. E. CARREIRA ALVIM. *Código de Processo Civil Reformado*, Del Rey, 1995.

J. J. CALMON DE PASSOS. *Inovações no Código de Processo Civil*, Forense, 1995.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. *Direito e Processo*, Ed. Malheiros, 1995.

KAZUO WATANABE. *Da Cognição no Processo Civil*, Ed. RT, 1987.

———. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, FU, 4.<sup>a</sup> ed., p. 489-536 e 568-573.

LUIGI MONTESANO. *Considerazioni su Storia Moderna e Proposte Riforme della Giustizia Civile in Italia*, in *Riv. di Dir. Processuale*, 1985, p. 597-612.

———. *Le Tutele Giurisdizionali dei Diritti*, Bari, 1981.

LUIZ GUILHERME MARINONI. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, Ed. RT, 1992.

———. *Tutela Cautelar, Tutela Antecipatória Urgente e Tutela Antecipatória*, in *Ajuris*, v. 61, p. 63-74.

MICHELE TARUFFO. *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. Trim. di Dir. Proc. Civile*, Giuffrè, 1988, p. 142-178.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. *Curso de Processo Civil*, vol. II, Porto Alegre, 1990.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, Ed. RT, t. I, 1970 e t. VI, 1976.

———. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*, t. I, p. 93-94, ed. 1974.

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. *A Reforma do Processo Civil - simplificação e agilização*, in *Rev. Processo*, n. 67, p. 275/153.

SERGIO BERMUDEZ. *A Reforma do Código de Processo Civil*, F. Bastos, 1995.

SERGIO CHIARLONI. *Misure Coercitive e Tutela de Diritti*, Giuffrè, 1980.

VITTORIO COLESANTI. *Misure Coercitive e Tutela dei Diritti*, in *Riv. di Dir. Processuale*, Cedam, 1980, p. 601-626.

VITTORIO DENTI. *'Flashes' su Accertamento e Condanna*, in *Riv. di Dir. Processuale*, Cedam, 1985, p. 255-267.