

fazer e de não fazer, que vem a ser a que se acabou de sumariar. Assim, o sistema do art. 461 contempla provimentos executivos *lato sensu* e mandamentais, dá ensejo à tutela preventiva — ainda que a ela não se limite — e possibilita a antecipação de tutela.

É o que se passa a examinar nos capítulos seguintes.

## PROVIMENTO DE TUTELA EX ART. 461 E EFICÁCIAS MANDAMENTAL E EXECUTIVA LATO SENSU

SUMÁRIO: 8.1 O sentido, na lei, de “tutela específica” e “resultado prático equivalente” — O resultado específico — 8.2 Eficácia mandamental do provimento concessivo da tutela *ex art.* 461 — 8.3 Eficácia executiva *lato sensu* do provimento concessivo da tutela *ex art.* 461 — 8.4 O art. 461 e a denominada “tutela inibitória”.

### 8.1 O sentido, na lei, de “tutela específica” e “resultado prático equivalente” — O resultado específico

Afirma-se, por vezes, que é “específica” a tutela que confere ao titular do direito o mesmo bem que se teria se não houvesse a transgressão, e “genérica” a que propicia o equivalente pecuniário.<sup>2</sup> Mas, se fosse rigorosamente esta a distinção, seria “específica” a execução (“por quantia certa”) de uma dívida originariamente pecuniária. A classificação perderia sua relevância processual, pois reuniria em um mesmo grupo mecanismos de tutela significativamente distintos. O critério ora criticado presta-se, na verdade, a distinguir as sanções que asseguram o próprio bem objeto do direito (*preventiva, simultânea e sucessiva restitutória*) da sanção

(1) A distinção entre “genérica” e “específica” sempre se fez no âmbito da tutela executiva — prestando-se a diferenciar a “execução por quantia certa” (“genérica” por excelência) das demais (em princípio, “específicas”). Nesses termos, Denti, *L'esecuzione*, n. 9, p. 22, e Dinamarco, *Execução*, n. 194-195, p. 313-317, entre outros. Sobre o tema, com destaque à relevância de não se restringir essa dicotomia à execução; vede, por todos, Yarshell, *Tutela jurisdictional específica*, n. 2.4, p. 33 e seguintes, e Tutela específica e a reforma..., n. 2, p. 39-40.

(2) Recente adoção desse entendimento encontra-se em Marcelo Guerra, *Execução*, n. 2.5, p. 39-40.

objeto do processo (CPC, arts. 128 e 460). Ao determinar essas providências, o juiz deve ater-se rigorosamente aos limites do pedido feito pelo autor na inicial, sempre tendo em mira o *resultado final* a que ele tinha direito. (...) Busca-se o *resultado final* (...), embora por meios diferentes do adimplemento.<sup>5</sup>

Trata-se de interpretar a expressão “resultado prático equivalente”, contida nas regras do art. 461, de modo conforme à Constituição.

Se o que se persegue é o mesmo resultado, não meramente ressarcitório, que haveria se não fosse preciso o processo, trata-se, *também*, de tutela específica, em qualquer das duas acepções doutrinárias.

Por outro lado, e diante do que já se viu neste item e no item 5.3.3.4, evidencia-se que não é possível identificar o “resultado prático equivalente” com a figura do *ressarcimento em forma específica*.<sup>6</sup> Este visa a reparar as consequências do *dano* derivado da violação — peculiarizando-se, apenas por consistir em indenização em *espécie*, e não em pecúnia. Enquadra-se, portanto, na categoria das “perdas e danos” — à qual se contrapõe, na clara expressão da lei, a “obtenção de resultado prático correspondente” (art. 461, § 1.º). Portanto, o conseqüimento do “resultado prático correspondente” não se volta, em princípio, contra o dano.<sup>7</sup> Considerando-se a distinção feita no item 5.2, pode-se dizer que o “resultado prático correspondente” presta-se a designar um mecanismo sancionatório (de sujeição, como se vê a seguir) e não um comando sancionatório. Normalmente, ele efetiva uma sanção preventiva preclusiva, simultânea ou sucessiva restitutória (sobre as quais, vede cap. 5). Tem em mira a obtenção do *prprio bem jurídico* a que tenderia o cumprimento espontâneo do dever. Presta-se a manter (ou recolocar, quando repressivamente empregada) o curso dos fatos no leito em que devem correr quando não há a transgressão ao direito.

→ Sendo assim, e para que se preserve a dicotomia reiteradamente prevista no texto legal, deve-se reconhecer que o termo “tutela específica”, no art. 461, significa algo ainda mais restrito do que a definição doutrinária que se dá a esse conceito. No art. 461, “tutela específica” distingue-se de

(5) *A reforma*, n. 112, p. 154 — original com destaque.

(6) É o que faz Calmon de Passos, quando afirma que o “resultado prático equivalente” não consistiria na consecução por meios sub-rogatórios do bem jurídico originalmente devido ao autor, mas na obtenção ou entrega, com ou sem a participação do réu, de outro bem, que guarde “equivalência prática” com o primeiro (*Inovações*, n. 3.4, p. 57-59).

(7) O ora afirmado não exclui que o ressarcimento, quando assumir a forma específica de um fazer, seja judicialmente efetivado pelo regime do art. 461. Haverá, então, a imposição de um fazer, cuja tutela poderá envolver a obtenção do “resultado prático equivalente”, se houver fungibilidade. V. item 13.7.

*ressarcitória* — classificação desenvolvida no capítulo 5 e que tem relevância processual e material.

Na contraposição entre “específico” e “genérico”, o que se pretende é ressaltar a diferença que há entre meios jurisdicionais voltados à consecução de um bem específico (ainda que eventualmente fungível, em maior ou menor grau) e os meios que perseguem qualquer bem, integrante da responsabilidade patrimonial, passível de ser transformado em dinheiro. Daí já se vê que, ao contrário do que ocasionalmente se sustenta,<sup>3</sup> a distinção é relevante para o direito processual.

Portanto, do ponto de vista processual, genérica é toda a forma de tutela que tenda à obtenção de dinheiro no âmbito da responsabilidade patrimonial do devedor — seja mediante direta consecução do numerário, seja pela transformação de outros bens em pecúnia, através de expropriação. *Específica* é a tutela que tende à consecução de bens jurídicos outros, que não dinheiro. Mais precisamente, *tutela específica* (categoria que abrange — mas não se limita à — *execução específica*) é a que visa ao exato resultado jurídico que se teria, se não houvesse a necessidade do processo, em todos aqueles casos em que esse resultado final não consista na mera satisfação de uma dívida pecuniária.<sup>4</sup>

De qualquer modo, a noção de “tutela específica” contida nas várias regras do art. 461 não se identifica completamente com nenhuma das duas definições doutrinárias de *tutela específica*. Confira-se.

Nos dispositivos do art. 461, “tutela específica” e “obtenção de resultado prático equivalente” (ou “correspondente”) são postas, como duas categorias distintas. A insistência na reiteração dessa dicotomia (*caput* e §§ 1.º e 5.º) não deixa dúvidas a respeito.

Ocorre que a “obtenção de resultado prático correspondente” *também se enquadra na noção doutrinária de tutela específica*. Quanto a isso, a lição de Dinamarco é extremamente clara, merecendo reprodução textual: “Não se trata de criar ou determinar a criação de uma *situação final* diferente daquela que desde antes já constituía objeto da obrigação de fazer ou de não fazer: determinar em sentença um resultado que não estava na obrigação significaria obrigar o réu fora dos limites da lei e do contrato (Const., art. 5.º, inc. II), além de, provavelmente, transgredir os limites do

(3) Por exemplo, Denti, *L'execuzione*, n. 9, p. 23.

(4) Diante da dificuldade conceitual aqui apontada, já houve quem propusesse o abandono dos termos “genérica” e “específica” para as classificações acima mencionadas: seria preferível falar, no primeiro caso, em “execução” (ou — amplie-se — tutela) “*in natura*” e “por equivalente”, e, no segundo caso, em “monetária” e “não monetária” (Català Comas, *Ejecución*, cap. I, n. II, G, p. 69).

“obtenção de resultado prático equivalente” por consistir na busca do “resultado final” não mediante meios substitutivos da conduta do demandado, mas através da própria conduta do demandado.<sup>8-9</sup> A “especificidade”, nesse caso, vai além do resultado final, abrangendo também o meio para sua consecução. Já no “resultado prático equivalente” o resultado final (específico) é obtido através de terceiros.

Ambas – “tutela específica” e “obtenção de resultado prático equivalente” – enquadram-se na noção doutrinária de tutela específica, contrapondo-se à conversão em perdas e danos, tutela normalmente genérica (salvo o ressarcimento em forma específica), que é relegada à excepcionalidade (art. 461, § 1.º). Em síntese, “tutela específica” e “resultado prático equivalente”, referidas pela lei, podem ser identificadas com o resultado específico, que se teria pelo cumprimento espontâneo do dever de fazer ou não fazer. A ambas opõe-se o ressarcimento – pecuniário ou *in natura* – dos danos advindos do não cumprimento.

E a delimitação conceitual ora empreendida não é mero capricho teórico. Tem extrema relevância prática. Como se verá a seguir, presta-se a evidenciar que a “tutela específica” de que trata o art. 461 (*rectius*: obtenção de conduta do próprio réu) implica a eficácia mandamental (item 8.2), ao passo que a “produção do resultado prático equivalente” associa-se à eficácia executiva *lato sensu* do provimento (item 8.3). Interessa também para demarcar o campo das “medidas necessárias”, a que se refere o § 5.º do art. 461 (cap. 10). Além disso, serve para demonstrar que a consecução da “tutela específica” ou do “resultado prático equivalente” está indissociavelmente abrangida em uma mesma demanda formulada pelo autor (itens 10.5 e 17.4).

### 8.2 Eficácia mandamental do provimento concessivo da tutela ex art.

#### 461

O provimento que, antecipadamente ou ao final, concede a “tutela específica”, nos termos do art. 461, veicula *ordem* para o demandado. Há a direta determinação de que o réu cumpra o “fazer” ou “não fazer” objeto do dever pretendido pelo autor.

<sup>8</sup> Talamini, Tutelas mandamental e executiva..., n. 3.7, p. 159-161. Posteriormente, publicou-se obra de Marcelo Guerra, em que o ilustre professor cearense adota a mesma interpretação para os dois conceitos em exame – não admitindo, porém, que a sentença ex art. 461 seja efetivada no próprio processo em curso (*Exeção*, n. 2.6, p. 47-48). Em expressa adesão ao aqui exposto, veja-se M. Abelha Rodrigues, *Elementos*, n. 3.16.4, p. 77-78.

<sup>9</sup> No presente texto, o termo “tutela específica”, quando entre aspas, terá sempre tal significado.

O mandamento contido nesse ato é radicalmente diverso da comunicação do preceito executivo, estabelecida no procedimento “da execução das obrigações de fazer e não fazer” (CPC, Livro II, Tit. II, Cap. III). Naquele processo executivo, cita-se o devedor a fim de satisfazer a prestação (arts. 632 e 642). Contudo, fica desde logo estabelecido que, “não satisfazta a obrigação”, no prazo fixado pelo juiz, nada mais restará senão a via do cumprimento por terceiro à custa do devedor ou a da indenização por perdas e danos (arts. 633 e 643). Assim, a carga mandamental contida no preceito executivo é diminuíta (mesmo se considerada a possibilidade de conversão de multa diária – art. 645). Prepondera a eficácia de preordenação de medidas sub-rogatórias. A fixação de prazo para que o executado cumpra não é mais do que uma “última oportunidade” que se lhe dá, antes de o Estado substituí-lo na consecução do bem jurídico visado (ou de seu equivalente pecuniário). Rigorosamente, ela equivale à citação do devedor na “execução por quantia certa” (“para pagar ou nomear bens à penhora”, sob pena de *ver bens seus penhorados* que “bastem para o pagamento” – arts. 652 e 659). Nessa, tanto não há (prevalentemente) uma *ordem* para pagar, que é dado, ao executado indicar, sobre qual bem ele pretende que recaia a atividade jurisdicional sub-rogatória. A prova maior de que o processo executivo do art. 632 e seguintes não se presta à imposição de ordens ao devedor está na circunstância de que ele não abrange propriamente as “obrigações de não fazer” – precisamente aquelas que são adequadamente tuteláveis através da eficácia mandamental. Os arts. 642 e 643 (que estão sob o título “Da obrigação de não fazer”) regulam apenas a tutela tendente a *desfazer* o que não deveria ter sido feito – recaindo, no caso de não cumprimento voluntário, no desfazimento por terceiro ou na indenização pecuniária.

Já no sistema instituído pelo art. 461, visa-se primordialmente ao exato resultado que se teria, caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. O § 1.º desse artigo consagra em termos cogentes tal diretriz, tornando a conversão em perdas e danos hipótese excepcional (“*somente se converterá...*” por opção do autor ou impossibilidade de conseguimento específico). E, para tanto, o provimento concessivo da tutela, mais do que autorizar o emprego de meios substitutivos da conduta do réu, há de ter força suficiente para *mandar* que ele mesmo adote o comportamento devido. A cientificação desse ato ao demandado não constituirá mera “oportunidade para cumprir”. Veiculará *ordem*, revestida de *autoridade estatal*, para que cumpra.

Nem se afirma que a diretriz contida no § 1.º não importaria a eficácia mandamental, sob o argumento de que só o manejo de mecanismos sub-rogatórios já seria suficiente para evitar ao máximo a conversão em perdas e danos.

pressa a respeito, não se discute que — concedidas no curso do procedimento ou na sentença final — efetivam-se no próprio processo cautelar (v. item 6.9). Mas, além disso, o § 5.º do art. 461, que disciplina a forma de efetivação da tutela — *antecipada* ou *final* —, estabelece que ela ocorrerá no próprio processo de conhecimento, com as medidas para tal fim sendo adotadas até “de ofício” (v. item 10.1). De resto, a Lei 10.444/2002 veio a afastar qualquer dúvida, com a nova redação que deu ao art. 644 (v. item 18.1).

O tema da eficácia mandamental do provimento *ex art.* 461 tornará a ser abordado nos capítulos 10 (sobre as medidas *ex art.* 5.º), 12 (sobre sanção penal pela desobediência à ordem do juiz) e 18 (sobre a relação entre o art. 461 e a execução do Livro II).

### 8.3 Eficácia executiva *lato sensu* do provimento concessivo da tutela *ex art.* 461

Além da eficácia mandamental, o art. 461 atribui ao juiz a função de, sempre que possível e necessário, determinar no próprio processo de conhecimento a adoção das medidas materiais destinadas a obter, independentemente da colaboração do réu, o mesmo resultado prático que o cumprimento geraria (“resultado prático equivalente”). Portanto, o provimento que antecipa o fim ou ao final concede a tutela *ex art.* 461 reveste-se também de eficácia executiva *lato sensu* (v. item 6.2). O tema volta a ser abordado nos capítulos 11 e 18.

Ovídio Baptista da Silva, depois de inicialmente sustentar a coexistência das eficácias mandamental e executiva *lato sensu* no art. 461, <sup>11</sup> reviu seu entendimento. <sup>12</sup> Segundo o ilustre processualista gaúcho, a tutela do art. 461 seria exclusivamente mandamental toda vez que os pressupostos do pedido não se ligassem a relações obrigacionais — e isso, mesmo quando adotadas apenas medidas sub-rogatórias. A imperatividade das providências determinadas pelo juiz, “proviria mais diretamente da sua estatalidade, agindo o magistrado, neste caso, mais como um agente do Estado, do que o faria ao substituir-se ao agir originariamente da parte”. <sup>13</sup> Arremata, afirmando que somente através deste enfoque “seria possível reduzir o caráter privatístico da nossa jurisdição”. <sup>14</sup>

Com o devido respeito, não parece adequada tal explicação da eficácia do provimento *ex art.* 461.

(11) Ação para cumprimento..., n. 6 e seguintes, p. 263.

(12) O processo civil..., p. 425 e seguintes.

(13) O processo civil..., p. 425-426.

(14) O processo civil..., p. 430.

Primeiro, porque há situações jurídicas em que o resultado específico só se obtém mediante a própria conduta do réu (as “obrigações de fazer personalíssimas” e a generalidade das “obrigações de não fazer”).

Depois, há outros tantos casos em que, em tese, o resultado específico até é alcançável por medidas sub-rogatórias — mas a um custo extremamente alto e desproporcional, ofensivo à razoabilidade (v. cap. 7).

Por fim, a lei confere amplos poderes ao órgão jurisdicional para a consecução da “*tutela específica*” ou “*resultado correspondente*”, em relação a qualquer “obrigação de fazer” ou de “*não fazer*” (art. 461, § 5.º). E, como se buscou demonstrar no item anterior, “*tutela específica*”, nos vários dispositivos do art. 461, quer designar a obtenção do resultado originariamente visado, *mediante conduta do próprio demandado*. A larga concessão de poderes a fim de se obter a própria atuação do réu abrange — aliás, pressupõe — que o provimento final ou antecipatório contenha uma ordem. Considere-se, por exemplo, o “*impedimento de atividade nociva*” — uma das medidas citadas no § 5.º do art. 461: é providência, entre outras, que depende também da eficácia mandamental (v. cap. 7 e item 10.3.4). Note-se bem: as medidas para obtenção do cumprimento pelo próprio réu, a que o § 5.º alude, *pressupõem* eficácia mandamental. Nesse sentido, tal regra funciona como prova de que o provimento *ex art.* 461 *contém uma ordem* (sejam ou não adotadas, no caso concreto, medidas destinadas a efetivar tal ordem). A ordem, portanto, é da *essência dessa decisão* (cumulando-se-lhe a eficácia executiva, de que se fala a seguir). Ou seja, não é algo que simplesmente possa vir a ser expedido pelo juiz como mera “*medida de apoio*” para a efetivação da decisão. <sup>10</sup>

Não é óbice ao reconhecimento da força mandamental a ausência, nas regras do art. 461, de explícita e textual afirmação dessa eficácia. Como se verificou anteriormente (item 6.9), os aspectos que permitem qualificar um provimento como mandamental vão além da mera letra da lei que o disciplina.

Está presente, por igual, a outra característica frequente na eficácia mandamental: a imposição concreta da ordem ao demandado se opera no mesmo processo em que se concede a tutela. No caso da antecipação, a presença desse traço até independeria do regime específico do art. 461: é incompatível com as medidas jurisdicionais de urgência a instauração de processo autônomo para dar atuação ao provimento. Basta considerar as “*medidas cautelares*” do Livro III: embora não exista nenhuma norma ex-

(10) No sentido ora rejeitado, v. Médina, *Execução civil*, n. 4.5.4, p. 254, e n. 5.3, p. 301. Por outro lado, o afirmado no texto não significa que sempre a *eficácia* (i.e., aptidão de produzir efeitos) mandamental vá ser concretamente transformada em efeitos. A esse respeito, vejam-se os itens 10.5 e 12.4.

Independentemente de o dever de assumir determinada conduta advir de relação pública ou privada, obrigacional ou não, há originariamente a imposição de um comportamento ao próprio "obrigado". Cumpre-lhe adotar a conduta positiva ou negativa objeto do dever - o que dispensará a intervenção jurisdicional. Não o fazendo, a Jurisdição será acionada para obter o mesmo resultado que se teria com o cumprimento espontâneo - o que se providenciará: (i) com a emissão de ordem e a imposição de meios coercitivos ao réu, para que ele mesmo cumpra, ou (ii) com a direta realização daquele resultado, sem o concurso da vontade do réu. No primeiro caso, tem-se *mandamento*; no segundo, *sub-rogação*.

Portanto, mesmo quando o dever de fazer ou de não fazer tem fundamento no direito público, ele, *primariamente, satisfaz-se com conduta que é do próprio "obrigado"* - de modo que a consecução do resultado que o cumprimento espontâneo geraria, pelo juiz (e seus auxiliares), por outros meios, *tem cunho substitutivo daquela conduta*. Assim, não parece inadequado qualificar de executiva - e não mandamental - esta tutela. E isso, sem prejuízo do reconhecimento da autoridade estatal e do caráter público da atividade que o juiz desenvolve nessa hipótese - que é, afinal, o que Ovídio Baptista da Silva busca salientar quando nega a eficácia executiva *lato sensu* à tutela ex art. 461.

#### 8.4 O art. 461 e a denominada "tutela inibitória"

Ainda neste capítulo deve-se destacar que o art. 461 não se limita a estabelecer a tutela que autorizada doutrina tem denominado de "inibitória".<sup>15</sup> Sem dúvida, é extremamente importante o aspecto realçado através de tal denominação: possibilidade de expedição de ordem ao réu para que cesse ou nem sequer inicie a prática de conduta ilícita - independentemente da consideração do dano. Segundo essa doutrina, a "tutela inibitória" seria sempre preventiva, mesmo quando fizesse cessar a transgressão: "preventiva", nesse caso, a continuidade do ilícito.<sup>16</sup>

No entanto, algumas ressalvas devem ser opostas à pura e simples identificação entre tutela ex art. 461 e "tutela inibitória" - inclusive para destacar que o objeto de estudo aqui proposto supera aquilo que o termo "inibitória" permitiria supor.<sup>17</sup>

(15) Marinoni, *Tutela inibitória*, passim, esp. parte 1, cap. 3, e parte 2, cap. 13.

(16) Marinoni, *Tutela inibitória*, n. 3.1, p. 26.

(17) Note-se que Marinoni, na obra referida, em momento algum procede à identificação absoluta ora examinada. Apenas destaca que o art. 461 serve também de base para a "tutela inibitória atípica", sem negar ao dispositivo outras finalidades. A rigor, esse também parece ser o entendimento de Joaquim Spadoni ex-

Em primeiro lugar, parece mais correto reconhecer que, sob a roupagem daquilo que se quer designar por "tutela inibitória", tem-se ora a aplicação de sanções preventivas; ora de sanções simultâneas, ora, ainda, de sanções restitutórias (v. cap. 5 e 7).

Depois, trata-se da importação de termo empregado no ordenamento italiano para denominar via de tutela (a *azione inibitoria*) que é menos abrangente e completa do que a instaurada pelo art. 461 (v. item 2.1.5). Daí a dúvida sobre a oportunidade do seu empréstimo, diante do risco de que isso sirva para ocultar a verdadeira extensão da tutela ex art. 461.

Em terceiro lugar, a tutela do art. 461 presta-se não só a impedir a prática de um ato (o que, a rigor, corresponde a "inibir"), mas também para impor a observância de um dever de fazer. Essa objeção não é superada pelo argumento de que a tutela é "inibitória do ilícito", e não da atuação do transgressor, e que, portanto, a "inibição" abrangeria a imposição de conduta positiva. Se fosse assim, atribuir-se-ia à "inibição" um significado excessivamente amplo, difuso e, conseqüentemente, de nenhuma serventia. Pouco ou nada explicaria dizer que é "inibitória", por exemplo, a tutela pela qual se ordena ao Estado que *preste* assistência médica integral ao cidadão que dela necessita ou que *proceda* a obras de proteção ao meio ambiente.<sup>18</sup> No direito italiano, quando se afirma que, em alguns casos, a *azione inibitoria* abrange ordens de fazer, têm-se em mira providimentos de conteúdo positivo que "subentendem" ou "pressupõem" outro, consistente em ordem de cessação da atividade ilícita (ex.: a conduta positiva de suprimir determinada seqüência de um filme é uma outra forma de satisfazer a ordem de não apresentar o filme contendo aquele trecho).<sup>19</sup> Mas a tutela ex art. 461 vai além disso: presta-se inclusive à consecução de deveres (absolutos ou relativos) de fazer que não estejam vinculados a um originário dever de não fazer.

Ademais, o art. 461 abrange a adoção de medidas voltadas à obtenção do "resultado prático equivalente", independentemente da conduta do réu (v. cap. 1 I). Se necessário, essas providências serão diretamente determinadas sem que haja a prévia expedição de ordem ao réu. Tal eficácia executiva *lato sensu* também está inequivocamente fora da noção de "tutela inibitória".

presso em sua valiosa obra sobre o tema - *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461*.

(18) Na obra de Marinoni, há item intitulado "A tutela inibitória em caso de omissão do Poder Público" (*Tutela inibitória*, n. 3.10.3). E Joaquim Spadoni sustenta o cabimento de "tutela inibitória" não só para a imposição de deveres de fazer como ainda para a entrega de coisa (*Ação inibitória*, n. 3.2.1, p. 68-71).

(19) V. Frignani, *L'injunction*, cap. X, n. 7, p. 460-461.

