

# TUTELA ESPECÍFICA

Juvêncio Vasconcelos Viana<sup>1</sup>

Resumo. A noção de tutela específica possui forte associação com o tema da execução. O direito brasileiro evoluiu para ter esse conceito aplicado no campo do processo de conhecimento. Houve um grande reforço dos poderes executivos do magistrado, tudo vindo de encontro à tutela mais rápida e efetiva de várias categorias de direitos, inclusive de índole imaterial. O presente trabalho cuida da evolução, no direito brasileiro, desses modernos poderes do juiz.

Palavras-chave: Tutela específica. Multa. Ação cominatória.

Abstract. The notion of specific protection is strongly associated with the topic of execution proceeding. Brazilian law evolved this concept and now it is applied in the field of pre-judgment phase. There was a large increase in the executive powers of magistrates, all coming against the faster and more effective protection of various categories of rights, including the immaterial ones. This paper analyzes the evolution, in Brazilian law, of those judge modern powers.

## 1. INTRODUÇÃO



processo de conhecimento, é certo, foi bastante aperfeiçoado, especialmente com o movimento de reforma do Código de Processo Civil. Mas, é de se perguntar: de quê adianta um bom processo de conhecimento se, quando chegamos na

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Ceará. Professor da Faculdade de Direito da UFCe. Doutor em Direito Processual pela USP.

atividade subsequente – processo de execução – a satisfação, a entrega do bem da vida a seu titular, não advém tão facilmente.

Como bem sabemos, existem sentenças que, mesmo de procedência, não eliminam por completo a *crise* existente entre os litigantes. É o que ocorre, por exemplo, com as sentenças cognitivas condenatórias. Dentre essas, dê-se o devido destaque àquelas que impõem obrigação de fazer e não fazer. Sempre houve uma tendência dos sistemas jurídicos em conformarem-se, no final, com a mera conversão daquelas obrigações em mera percepção de quantia certa.<sup>2</sup>

No passado, muito se lutou, na doutrina, para demonstrar a idéia da autonomia da execução, que essa não seria um mero complemento do processo de conhecimento, uma fase de acabamento desse. Paradoxalmente, em tempos mais recentes, questiona-se o fortalecimento desse binômio condenação/execução.<sup>3</sup>

José Carlos Barbosa Moreira, há muito, ponderava que talvez

o esquema ‘sentença condenatória + execução forçada’ não seja na verdade apto, em determinadas hipóteses, a ensejar sequer uma razoável aproximação do ideal da ‘maior coincidência pos-

---

<sup>2</sup> Anota Cândido Rangel Dinamarco que essa “é uma opção de fundo pandectístico, alimentada no mundo latino por certas disposições do direito francês e reiterada linha jurisprudencial, que se chocam com o *desideratum* de plenitude da tutela jurisdicional. Na literatura menos recente, contra tal orientação bateram-se Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei, a partir do pressuposto de que, na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem razão tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito a obter” (O futuro do processo civil brasileiro, *Fundamentos do processo civil moderno*, Tomo II, Malheiros, 2000, p. 756).

<sup>3</sup> É também Cândido Rangel Dinamarco quem registra que, além de cautelares *ex officio*, pugna-se, atualmente, também por “execução-de-ofício”, ou melhor, por um aumento das situações de *ações executivas latu sensu* (v.g., ações de despejo, possessórias), situações em que conhecimento e execução se fundem, não há necessidade de um novo processo e a via dos embargos não existe. Isto tudo, é claro, sem implicar violação ao contraditório (cf. Os gêneros do processo, *Fundamentos ...*, Tomo II, p. 891).

sível'. Não se tratará de defeitos estruturais ou funcionais do processo executivo, para os quais se possa cogitar de remédio. Antes nos defrontaremos com uma sorte de inidoneidade natural e definitiva da execução para conduzir sempre a resultado compensador. Tal verificação sugere a busca de alternativas. *Sem prejuízo de esforços tendentes a aumentar a efetividade da execução, parece conveniente, ao menos em certos casos, procurar modos de dispensá-la.*<sup>4</sup>

Assim, apelos e críticas da doutrina tornaram-se disposições alojadas no sistema.

A reforma do Código de Processo Civil cuidou de trazer, à ordem jurídica, dispositivos voltados à essa maior efetividade do processo. Todo um aparato de medidas é disponibilizado (multas, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas etc.).

Num primeiro momento, isso veio no plano das obrigações de fazer e não fazer (art. 461, §§); mais recentemente, são colocados esses mesmos meios à disposição do juiz para realização das obrigações de entrega de coisa (art. 461A).

A regra, hoje, no plano do cumprimento das sentenças, é a prescindibilidade do processo de execução daquelas que encerram obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa.

## 2. NOÇÃO

A noção de tutela específica possui forte associação com o tema da execução (“execução específica”).

Costuma-se dizer que essa ocorreria com certeza em face das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, nas quais as medidas executivas incidiriam exatamente sobre o bem almejado.

---

<sup>4</sup> Cf. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais, *Temas de Direito Processual – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 240.

Por outro lado, não se poderia dizer o mesmo em relação às obrigações de pagar quantia certa, onde os atos executivos recairiam sobre bem de extrema fungibilidade, qual seja, o dinheiro (ou, ao menos, tais atos executivos tenderiam à obtenção daquele, por exemplo, mediante a alienação de bens do devedor, quando o produto daquela seria entregue ao credor).<sup>5</sup>

Mas a idéia de tutela específica não deve ficar restrita à tutela executiva.

Há também a idéia de que tutela jurisdicional específica é aquela que visa dar à parte vencedora, ao máximo possível, o mesmo resultado concreto que aquela teria caso ocorresse o cumprimento espontâneo da obrigação pela parte devedora. É a antiga idéia, destacada por Chiovenda, de que o processo, ao final, deve dar a cada um o que é seu, na exata e precisa medida do reconhecimento de seu direito.<sup>6</sup>

Sob essa ótica, denomina-se tutela específica o

conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele (ou àqueles) em cujo benefício se estabeleceu a obrigação ... – ‘credor(es)’, *lato sensu*, para usarmos expressão cômoda, embora talvez parcialmente atécnica – o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é a não violação do direito ou do interesse tutelado.<sup>7</sup>

Como dito, uma definição que, sem dúvida, segue aquela linha chiovendiana.

É certo que essa idéia sempre teve complicada aplicação na seara das obrigações de fazer e não fazer.

---

<sup>5</sup> Acerca da noção de execução específica, cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, Malheiros, n. 194, p. 313; e Humberto Theodoro Júnior, *Processo de execução*, Leud, p. 23.

<sup>6</sup> É a clássica afirmação: *Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire* (Dell'azione nascente dal contratto preliminare, 1911).

<sup>7</sup> José Carlos Barbosa Moreira, A tutela específica do credor nas obrigações negativas, *Revista brasileira de Direito Processual*, Forense, vol. 20, p. 63.

### 3. PASSOS DO SISTEMA

O sistema processual, aos poucos, foi dando passos à consecução da chamada tutela específica.

Era preciso, contudo, vencer antigas idéias relacionadas com as obrigações de fazer, v.g., o “dogma” da intangibilidade da vontade humana ou ainda a noção de infungibilidade da obrigação. Quanto à essa última, mostrou-se que, além da infungibilidade física, haveria uma outra categoria de infungibilidade, meramente jurídica, a qual, por sua vez, seria transponível através de medidas colocadas no próprio direito positivo.<sup>8</sup>

Um passo importante foi o da sentença substitutiva de declaração de vontade. Assim, recorda Ada Grinover,

a começar pela expressa tutela específica nas obrigações de contratar e de prestar declaração de vontade, o direito brasileiro abriu-se, a partir do código de 1939, à possibilidade de uma sentença substitutiva da declaração de vontade, capaz de conduzir à mesma situação jurídica final que deveria ter sido oferecida ao credor por ato do obrigado

---

<sup>8</sup> Acerca de noção (ou espécies) de infungibilidade, disserta Pedro Henrique Távora Niess que “as prestações podem ser fungíveis (aquelas que podem ser cumpridas por terceiros) e infungíveis (que não podem ser cumpridas por terceiros). Há, no entanto, uma terceira espécie reconhecida desde o direito mais antigo (Corrêa Telles, Moraes, Leite Velho, Fraga) até o mais moderno, que são as prestações juridicamente infungíveis. Estas recebem do legislador tratamento diverso daquelas” (*Da sentença substitutiva da declaração de vontade*, Revista dos Tribunais, 1982, p. 6). E acrescenta, invocando lição de Amaral Santos, que “se é certo que as prestações infungíveis, quando não satisfeitas pelo devedor apenas permitem o recurso à indenização por perdas e danos, o mesmo não se pode dizer, entretanto, com referência às prestações juridicamente infungíveis, isto é, aquelas que exclusivamente por motivo de um princípio jurídico só podem ser prestadas pelo devedor. *Nesse caso, o Estado que criou a infungibilidade pode alterá-la*, permitindo-se-lhe prestar a declaração de vontade pelo devedor, ou ao menos criar uma situação jurídica equivalente à que se verificaria se a declaração de vontade fosse prestada pelo próprio devedor” (op. cit., p. 7).

e não o foi (arts. 639-641 CPC vigente).<sup>9</sup>

É bastante controversa a natureza dessa sentença.<sup>10</sup> Sua disciplina, contudo, foi lançada em meio ao Livro do Processo de Execução (Livro II) do CPC: o que foi um equívoco.<sup>11</sup> É que, lançada em sede de processo de conhecimento, tal provimento não autoriza a instauração de um subsequente processo executivo. O ato de inscrição da sentença no registro não é o que se pode chamar exatamente de “execução”.<sup>12</sup>

Depois, chegaram outras normas para o sistema. Senão vejamos:

- a) na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), em seu art. 11, há uma clara referência à possibilidade de “execução específica”, nas ações que visam cumprimento de obrigação de fazer e não fazer;
- b) no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), encontramos a regra do art. 213;
- c) no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), além das normas de direito material, foram colocados vários dispositivos voltados ao trato processual das relações jurídicas ali disciplinadas. Dentre aquelas normas, destaca-se o art. 84 e seus parágrafos.

---

<sup>9</sup> Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, *Revista Ajuris*, n. 65, p. 128.

<sup>10</sup> A doutrina diverge – e muito – em torno da natureza da sentença substitutiva dos efeitos de declaração de vontade. Para alguns, seria uma sentença condenatória; para outros, uma sentença executiva *lato sensu*; por fim, alguns vão dizer que se cuida de uma sentença constitutiva.

<sup>11</sup> A inserção da sentença substitutiva da declaração de vontade, no âmbito da execução, é repudiada pela doutrina. Recorda Flávio Luiz Yarshell que “a tutela jurisdicional que se opera pela prolação de uma sentença substitutiva dos efeitos de uma declaração de vontade caracteriza-se como típica providência cognitiva, não se revestindo de caráter executivo, exceto se adotada para esse último uma perspectiva muito ampla e genérica” (*Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 55).

<sup>12</sup> Segundo Liebman, aquele ato de registro seria mera “execução imprópria” da sentença (Processo de execução).

A técnica foi “exportada” para o CPC. No código de processo, aquela regra do processo do consumidor foi literalmente seguida, fazendo com que também as lides civis contem com as medidas da tutela específica.

Tais normas - quer em sede do CDC ou do próprio CPC - objetivaram, sem dúvida, a superação do dogma da intangibilidade da vontade humana, fruto da doutrina francesa. Ficou o direito material melhor aparelhado de meios à sua realização.<sup>13</sup>

Além das multas - conhecidas medidas do sistema -, outros meios foram colocados, capazes de, prescindindo da vontade do devedor, produzir a mesma situação final que ao credor era lícita esperar daquele.

#### 4. TUTELA ESPECÍFICA: CAMPO DE APLICAÇÃO

Ao chegarem tais medidas no sistema, ficou no ar a indagação: onde seriam essas providências aplicadas? Deveriam tais medidas vir em sede do processo de execução? Se assim fosse, era de se verificar inclusive que as medidas teriam sido alojadas em local impróprio na estrutura do código (no Livro I do Processo de Conhecimento).

A doutrina se dividiu. Veio a posição doutrinária de que tais medidas somente poderiam ser implementadas em sede de um processo de execução.<sup>14</sup>

De outro lado, veio o entendimento de que essas medidas

---

<sup>13</sup> Conforme destaca Luiz Guilherme Marinoni, “o legislador, ciente das necessidades de tutela do direito material, disponibilizou técnicas capazes de permitir a prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo e adequado. Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC devem ser compreendidos como normas que permitem ao juiz i) impor um não-fazer ou um fazer sob pena de multa, e ii) determinar uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não-fazer” (*Tutela específica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 71).

<sup>14</sup> Entendendo injustificável o emprego pelo juiz, sem processo executivo, das medidas do § 5o., art. 461, CPC, cf. Marcelo Lima Guerra, *Execução Indireta*, Revista dos Tribunais, p. 69.

deveriam ser empregadas no próprio processo de conhecimento. Com o advento do art. 461, CPC, teríamos, na opinião de alguns (Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe), o reconhecimento, pelo sistema, da chamada “ação mandamental”. Seria a confirmação – ao menos num plano legal<sup>15</sup> - daquelas idéias de Pontes de Miranda e dos que seguem sua classificação quinária das ações.<sup>16</sup>

Recordemos que, em tais sentenças (mandamentais), não haveria “condenação”; haveria sim uma simples ordem. Não há, em tal categoria, o clássico esquema *condena/intervalo/executa*; não há uma nova relação jurídica processual (executiva); não se cogita da interposição de embargos suspensivos.

Observe-se que o fato de não se usar essas medidas no processo de execução não significa sacrifício ao devido processo legal (ou ao contraditório mais especificamente) haja vista que sempre ficará uma forma de reação para a parte (simples petição, recurso), até mesmo menos onerosa que a via dos embargos à execução.

No final, demonstrou-se aceita essa segunda posição. O advento da recente redação do art. 644, CPC<sup>17</sup> erradica qualquer dúvida sobre a sede própria a serem aplicadas as medidas da tutela específica. Tal artigo, com sua redação, prevê o uso prioritário das técnicas do art. 461 e, apenas subsidiariamente, a via do processo de execução, no que tange às obrigações de fazer e não fazer.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Não se ignore também a recente inclusão do inciso V do art. 14, CPC, que se refere, expressamente, ao provimento “mandamental”.

<sup>16</sup> Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, RT, vol I e VI; *Comentários CPC*, Forense, v. I, pp. 110 e 204 (sobre pesos e eficácia preponderante).

<sup>17</sup> Dada pela Lei n. 10.444/02.

<sup>18</sup> “Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo”. Da redação anterior (trazida em 1994) do art. 644, CPC, o qual cuidava da possibilidade de fixação e revisão das multas pecuniárias (*astreintes*), perdeu-se, todavia, a explicitação de que essas multas podem vir posteriormente, ainda que omissa nesse



## 5. UMA TUTELA ANTECIPADA

Combater os efeitos maléficos do tempo sobre o processo é algo fundamental. Carnelutti já dizia que “o valor que o tempo tem no processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria imprudente comparar o tempo a um *inimigo* contra o qual o juiz luta sem tréguas”.<sup>19</sup>

Para essa “luta”, deve o sistema munir o juiz - ainda que, em certas situações, condicionando a prévio requerimento da parte - de meios adequados.

Assim, veio para as obrigações de fazer e não fazer uma norma específica de antecipação de efeitos da tutela de mérito (§3º do art. 461). Cuida-se de dispositivo que há de conviver com a outra regra, de natureza mais genérica, prevista no art. 273 do CPC.<sup>20</sup>

Do teor do citado parágrafo (§3º) pode-se extrair o seguinte:

- a) menciona-se somente uma possibilidade antecipatória, com fundamento na urgência;
- b) deixa bem clara a possibilidade de concessão *inaudita altera parte*, em sede de “medida liminar”;
- c) explicita a autorização de designação de audiência de justificação para os fins de prolação (ou não) da deci-

---

ponto a sentença. Mas isso – entendemos particularmente - ainda parece ser possível face o sistema como um todo.

<sup>19</sup> *Diritto e Processo*, Morano Editore, n. 232, p. 354.

<sup>20</sup> TJSP: “Para a concessão da tutela específica ou assecuratória prevista no art. 461 do CPC, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de não fazer, exige-se menos que nas demais demandas em que é postulada a tutela antecipada com arrimo no art. 273 do Estatuto Processual Civil, bastando que o fundamento da lide seja relevante e haja justificado receio de ineficácia do provimento final, como na hipótese em que patente a concorrência desleal, com violação do direito autoral, em que a empresa voltada à publicação de matérias jurídicas reproduz artigo doutrinário com os mesmos erros gráficos cometidos pela editora que detinha o direito e a autorização para a publicação do referido trabalho” (1ª. Câm. de Direito Privado; AI n. 170.461-4/4-SP; Rel. Des. Guimarães e Souza; j. 3/10/2000; v.u.; RT 785/235).

são antecipatória, como já preconizava parte da doutrina (Cândido Dinamarco);

- d) ratifica a “marca registrada” desse tipo de providência, qual seja, a característica da provisoriedade.

Entendemos, particularmente, que as disposições de uma e outra norma (arts. 461, §3º e 273) não devem ser afastadas, mas, melhor, devem ser completadas entre si. Pensar assim trará maiores vantagens à disciplina da antecipação de tutela no sistema.

Por exemplo, aceitar a possibilidade de antecipar efeitos da tutela em relação às obrigações de fazer e não fazer, com base também no comportamento procrastinatório do réu (inciso II, art. 273). Na outra mão, de cá para lá, revelar a admissão de justificação prévia para os fins da concessão de antecipação de tutela também quando pugnada com fundamento no art. 273, CPC.

## 6. AS MULTAS PECUNIÁRIAS

Em suas origens, na França, havia uma relutância da doutrina em aceitar a utilização dessas multas (*astreintes*). Indagava-se então: como admitir uma “pena” sem lei anterior que a definisse? Esses receios, contudo, não alcançavam a experiência prática da medida que era bastante usada. Usava-se a multa como algo implícito e decorrente do *imperium*. Houve uma verdadeira criação jurisprudencial acerca do instituto. Na realidade francesa, extrai-se as seguintes notas: a multa é medida acessória da condenação; detentora de caráter coercitivo; possui caráter “arbitrário” (melhor, discricionário, v.g., fixação do valor); medida patrimonial (o valor reverte em favor do próprio credor – algo incoerente, considerados os fins da *astreinte* (v. *infra*).<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Acerca das *astreintes* e suas origens na França, cf. Marcelo Guerra, op. cit., p. 108-134.

As multas pecuniárias funcionam como verdadeiras medidas de “contra-estímulo” (Barbosa Moreira) à postura indesejável do inadimplemento, ainda quando essa parte devedora seja o Poder Público.<sup>22</sup> Prerrogativas como a do precatório não devem impedir a atuação do juiz para efetivação de obrigação de fazer e não fazer em face da Fazenda Pública. Afinal, aquele óbice (precatório) somente se aplica às obrigações de pagar quantia.<sup>23</sup>

As multas poderão ser decretadas, mesmo de ofício, em qualquer fase do processo, v.g., na decisão de antecipação de efeitos da tutela. O sistema, antes, já admitia a fixação oficial da multa (v.g., LACP, art. 11).

No CPC, essa autorização vem prevista no § 4º do art. 461 e, agora, também dentre as medidas do §5º, de acordo com a redação trazida pela lei 10.444/02.

Entendemos como um salutar avanço essa possibilidade de ser fixada multa de ofício. Nunca pareceu muito correto fazer a multa depender de pedido da parte. Afinal essa está

---

<sup>22</sup> Na jurisprudência, encontramos a aplicação pelos órgãos judiciários das multas pecuniárias contra o Poder Público. Do TJSP: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – COMINAÇÃO DE MULTA À FAZENDA PÚBLICA – ADMISSIBILIDADE – ART. 644 DO CPC - A Fazenda Pública não é imune à cominação de multa nas obrigações de fazer, cujo cumprimento se verificou indevidamente retardado. Recurso improvido” (8ª. Câm. de Dir. Público; AI n. 118.993-5-SP; Rel. Des. José Santana; j. 30-6-1999; v.u.; JTJ 224/216).

<sup>23</sup> Nessa linha: “Menor. Ação civil pública. Pedido de condenação da municipalidade na obrigação de entregar ao CMDCA a ao Conselho Tutelar, o valor referente à verba constante do orçamento de 1996, regularmente aprovado pela Câmara Municipal e não repassado na época própria. Apelação do Poder Público visando apenas à submissão da execução do julgado às regras previstas nos arts. 730 e seguintes do CPC, assim como a redução da multa diária fixada em 10% do valor do débito. Descabimento em parte. Inaplicabilidade da norma contida no art. 100 da CF por se cuidar de obrigação já prevista em anterior orçamento. Pedido inicial que ademais tem característica de imposição de obrigação de fazer e não pagamento de quantia certa. Incidência do disposto no art. 644 e seguintes do CPC. Adequação, contudo, no montante da multa diária, ante seu arbitramento em percentual excessivo. Recurso provido em parte, apenas para esse fim” (TJSP – Câm. Especial; AC n. 65.161-0-Cotia; Rel. Des. Gentil Leite; j. 26-10-2000; v.u.; JTJ 236/12).

relacionada com o desfecho rápido e justo da lide. Não há em sua fixação nenhum pronunciamento *extra petita*. Quer-se apenas tornar efetiva a prestação jurisdicional.

## 7. MULTAS E REPARAÇÃO DE EVENTUAIS DANOS

No passado, muitas vezes o autor tinha que se conformar, ao final, com a mera percepção de perdas e danos. Lutava para, no fim, obter uma “vitória de pirro”. Isso era um problema sério, especialmente considerando a situação de certos direitos, sequer detentores de cunho econômico imediato. Agora, fica bastante claro que as perdas e danos é a última das possibilidades (§1º, art. 461), vindo somente em último caso, frustradas todas as medidas possíveis à obtenção do resultado prático, caso pugnadas pelo autor.

Ficou clara também a possibilidade de cumulação da multa com o valor das perdas e danos (§2º). Aquela não se confunde com essas. A primeira (multa) é de natureza coercitiva; a outra é de índole meramente reparatória. A confusão não é nova e fazê-la sempre foi algo prejudicial ao uso e eficiência da medida. No passado, havia um vacilo na jurisprudência francesa quanto a entender-se a *astreinte* como uma sanção distinta da indenização advinda da mora no cumprir da obrigação. Por tal razão, passou-se a entender que essa, em seu liquidar, não poderia ir além do valor do dano resultante da mora.

“Tal ressalva ou limitação, feita para contornar a objeção de que, sem lei que a autorizasse, não se legitimava a aplicação da ‘*astreinte*’ como pena ao devedor rebelde, apresentava o grave defeito de reduzir extraordinariamente a eficácia da medida. Na verdade, se o devedor sabia que, em qualquer hipótese, a multa não poderia ultrapassar o montante da indenização, ou com esta cumular-se, a ‘*astreinte*’ redundava em uma sanção praticamente

inócua”<sup>24</sup>.

Mais à frente (anos 50), prevaleceu na jurisprudência francesa a noção que a *astreinte* é medida posta a nulificar a recalcitrância do devedor sendo acessória, condicional e reversível, não se confundindo com o ressarcir de dano advindo da mora. É preciso ver, por fim, que são medidas oriundas de “fatos geradores” diversos, daí a inequívoca cumulabilidade.

## 8. MULTA: FIXAÇÃO DE SEU VALOR

Qual o limite para a fixação do valor da multa? No passado, a doutrina, em sua maioria (José Frederico Marques, Amílcar de Castro, Alcides Mendonça Lima, Humberto Theodoro Júnior, José Carlos Barbosa Moreira, Vicente Greco Filho, Nelson Nery Junior), entendia não existir limite prévio para o valor dessa multa e que essa poderia superar o valor da obrigação. Não se aplicaria então o art. 920, CC/1916.<sup>25</sup> A lei fala em valor “suficiente e compatível” com a obrigação. Essa “compatibilidade”, contudo, não quer dizer vinculação ao valor da obrigação. A premissa de que tal multa tem caráter coercitivo (e não reparatório) permite-nos aferir isso.<sup>26</sup> Não podemos

<sup>24</sup> Mário Moacyr Porto, “Astreinte”, Revista dos Tribunais, vol. 394, p. 30.

<sup>25</sup> Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do STJ: “Há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do CC. *Se, ao contrário, cuidasse de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente no art. 644 do CPC, com o que não há teto para o valor da cominação*” (3ª. T.; RESP n. 196.262-RJ; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; j. 6-12-1999; v.u.; RT 785/197).

<sup>26</sup> Como bem acentua Eduardo Talamini, é “tendo em vista esse escopo da multa diária que se dará a fixação de seu valor. A lei faz referência a ‘suficiência’ e ‘compatibilidade’ da multa com a ‘obrigação’ (art. 461, §4º). Não se trata de pura e simples limitação do valor da multa ao da ‘obrigação’ – o que só faria sentido se

esquecer que essa multa pode atuar em relação a direitos não patrimoniais e, nesses casos, como ficaria sua fixação?

O fato é que, na experiência concreta, quando o devedor sabia que a multa não podia ultrapassar o valor da indenização ou cumular-se com essa, havia uma inocuidade da medida. Daí a escola francesa não impor à multa os limites quantificadores da obrigação.

Sem um limite objetivo, previamente estabelecido, o valor da multa deve ser identificado caso a caso. Como parâmetros para tal fixação, devemos atentar para os fins inibitórios da multa - essa deve vir em valor capaz de desincentivar o devedor ao descumprimento - e, ainda, verificar a capacidade econômica da parte que vai suportá-la. Em situações de ilícito continuado é razoável pensar que a multa possa ser fixada de forma progressiva. Por fim, é certo que, fixado o valor da multa pelo juiz, o tribunal pode, à nível de recurso, perfeitamente, proceder controle sobre esse valor.

O valor da multa poderá, inclusive, ser revisto, posteriormente, caso demonstre-se excessivo ou insuficiente para seus fins. Era o que dispunha, inicialmente, o parágrafo único do art. 644, CPC, parte final: “*o valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo*”.

Há um novo parágrafo (§6º)<sup>27</sup> no art. 461, CPC, que possibilita o julgador rever não somente o valor, mas também a periodicidade da multa. Um poder exercitável de ofício, diga-se de passagem. Daí porque melhor chamar, doravante, *multas*

---

aquela tivesse caráter indenizatório. Haverá de estabelecer-se montante tal que concretamente influa no comportamento do demandado – o que, diante das circunstâncias do caso (a situação econômica do réu, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos etc.), pode resultar em *quantum* que supere aquele que se atribui ao bem jurídico visado” (Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, §3º. do CPC, na coletânea *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, RT, p. 154).

<sup>27</sup> “§6º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

*periódicas* (Dinamarco). Veio para esse parágrafo a possibilidade revisional que estava no art. 644, CPC (antiga redação).

Estando fixada a multa em sentença transitada em julgado, haveria, nessa situação, violação à coisa julgada? A aplicação da aludida regra não gera ofensa à garantia da coisa julgada. É o caso de aplicar-se a cláusula *rebus sic stantibus*, que incidirá sobre a decisão no que tange ao item que fixa o valor da multa. Ou seja, “mantida a mesma situação de fato, o valor da multa constante da sentença não pode ser alterado; sobrevivendo nova a situação de fato, o valor da multa constante da sentença pode ser modificado”.<sup>28</sup>

Nessa linha, destaca Thereza Alvim que

a coisa julgada sempre vige para determinada situação, portanto a simples verificação de estar excessiva ou insuficiente a multa, por si só faz com que estejamos em face de uma nova decisão destinada a outra situação fática, a viger de sua prolação para frente.<sup>29</sup>

Há também a idéia de que a alteração do valor da multa dispensa a ocorrência de fatos novos. Sustenta, nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni que o

valor da multa, contudo, não fica petrificado pela coisa julgada material, tanto é que pode ser aumentado pelo juiz, sem que nova circunstância apareça. É que a multa, em virtude da sua função, tem uma conformação essencialmente provisória,

---

<sup>28</sup> Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, op. cit., p. 831. Acrescenta Marcelo Lima Guerra que, de fato, “a permissão assegurada ao juiz para modificar o valor da multa, quando verificar que esse valor tenha se tornado insuficiente ou excessivo, é uma clara e inequívoca indicação de que a aplicação dessa multa deve manter uma constante correspondência com a situação fática, para que seja preservado o seu objetivo de induzir o devedor a adimplir” (*Execução indireta*, p. 194). Também entendendo que a modificação do valor da multa pressupõe mudança dos fatos que ensejaram sua definição original, cf. Eduardo Talamini, Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, p. 154.

<sup>29</sup> A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil, p. 110.

podendo ter o seu valor alterado apenas para que seja garantida a efetividade da decisão do juiz e o menor sacrifício possível do réu.<sup>30</sup>

## 9. EXIGÊNCIA DA MULTA

Assim, no quadro atual, dada a decisão (liminar, sentença), o julgador fixará a multa determinando prazo razoável para o cumprimento da obrigação. Decorrido esse prazo, incidirá a multa. É preciso, todavia, verificar os momentos de incidência e de efetiva exigibilidade da multa.

Existem, sobre o tema, duas posições. Uma primeira expressa a idéia de que a multa somente é exigível com o trânsito em julgado da sentença. É posição que decorre do receio de apenar quem, ao final, não era titular de obrigação qualquer.<sup>31</sup> Tal posição segue antiga corrente da jurisprudência, forjada à luz da antiga ação cominatória.

José Carlos Barbosa Moreira, que chega a tecer notas positivas acerca da velha

ação cominatória”, lamenta que, à época, a mesma tenha sido tratada indevidamente pela doutrina, a qual entendeu incidir a multa apenas após o trânsito em julgado de sua sentença, “degradando-se em tutela condenatória comum, *sancionatória*, portanto, a tutela preventiva idealizada pelo legislador.<sup>32</sup>

De outro lado, existe a posição de que a multa seria aplicável e exigível desde logo. Nada impediria a execução parcial dessa,<sup>33</sup> a qual deve ser exigida logo que eficaz a decisão que a impôs, em outras palavras, quando não mais sujeita a recurso

---

<sup>30</sup> *Tutela específica*, p. 112.

<sup>31</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Reforma da reforma*, Malheiros, 2002, p. 240.

<sup>32</sup> Tutela sancionatória e tutela preventiva, *Temas de Direito Processual - Segunda série*. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 29.

<sup>33</sup> Marcelo Lima Guerra, *op. cit.*, p. 212.



dotado de efeito suspensivo.

Imagine-se a multa fixada em decisão que antecipa efeitos da tutela.

O mais compatível com o regime geral da tutela antecipada é reconhecer-se que, nesse caso, diante da eficácia imediata do provimento concessivo da antecipação, a multa é desde logo exigível. Contudo, em virtude do caráter provisório de sua imposição, a execução será igualmente ‘provisória’ (CPC, art. 588).<sup>34</sup>

A via processual para sua exigência seria mesmo a execução por quantia certa. Essa parece-nos a idéia que melhor se adequaria à moderna configuração da multa e ao princípio que a inspira: o da efetividade do processo.

## 10. MULTA: TITULARIDADE

Um último ponto: para quem reverte o valor da multa? O código é silente quanto a isso. A doutrina conclui – certamente por inspiração da solução francesa - que o valor daquela reverte para a parte credora e não para o cofre do Estado.

Consideradas a natureza não ressarcitória e a finalidade da multa como medida moralizante e assecuratória do cumprimento das ordens da Corte, extrai-se que tal conclusão soa incoerente. A multa deveria ir, portanto, para a pessoa jurídica de Direito Público à qual pertença o órgão judicial que fixou e aplicou a multa diária e que teve sua determinação descumprida.

## 11. AS MEDIDAS DO §5º DO ART. 461, CPC

Visando alcançar a citada “tutela específica”, a ordem jurídica municia o julgador de amplíssimos poderes. Chega-se a

---

<sup>34</sup> Eduardo Talamini, Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, p. 159.

afirmar que, com tal dispositivo (§5º, art. 461), estamos diante de verdadeira “*norma de encerramento*” do sistema de tutela executiva.<sup>35</sup> O dispositivo possibilita o juiz valer-se de medidas sub-rogatórias e, às vezes, medidas de coerção. Aliás, recentemente,<sup>36</sup> as multas (v. *supra*) foram ali inseridas. O dispositivo (§5º), pois, prevê verdadeira “conjugação” de medidas de coerção e sub-rogatórias. À luz do caso concreto, é de se verificar a possibilidade de emprego, inclusive, simultâneo de umas e outras.<sup>37</sup>

O rol de providências passíveis de adoção pelo juiz é meramente exemplificativo (como dito, cuida-se de uma “norma de encerramento”). Ocorre, aqui, fenômeno similar ao que se dá com o art. 799, CPC, relacionado com o elenco de medidas atribuídas ao poder cautelar geral do juiz.

Há limites - é claro - para a aplicação dessas providências. Princípios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade devem nortear a ação do magistrado nesse momento do processo. Seria possível, por exemplo, o decreto de prisão do réu por descumprimento da ordem judicial? Alguns tentarão defender a possibilidade de tal prisão sustentando – com certo jogo de palavras – que não se cuida exatamente de uma prisão “por dívida”. Kazuo Watanabe, de sua parte, afirma que o dispositivo constitucional “não proíbe, de forma alguma, a imposição da prisão civil por ato de desprezo à dignidade da Justiça ou atos que embarquem o regular exercício da jurisdição”.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Expressão de Marcelo Lima Guerra, in *Execução indireta*, p. 61. Adiante, o próprio autor esclarece que “a interpretação do §5º. do art. 461 como norma de encerramento é também conforme à Constituição, no sentido de permitir o máximo de concretização do direito fundamental diretamente relacionado, ou seja, aquele relativo à tutela jurisdicional efetiva. Na realidade, entendido como norma de encerramento, o referido dispositivo legal permite ao juiz providenciar, adequadamente, no sentido de que nenhum direito consagrado em título executivo, e, por isso mesmo, considerado merecedor de tutela executiva, fique sem uma satisfação integral, dentre dos limites do prática e juridicamente possível” (op. cit., p. 63).

<sup>36</sup> Através da Lei n.10.444/02.

<sup>37</sup> Cf. Eduardo Talamini, *Tutelas mandamental e executiva lato sensu*, p. 162.

<sup>38</sup> Cf. Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, cole-

Por mais que se queira abordar ampliativamente a previsão do art. 5º., LXVII, CF<sup>39</sup> não é possível tal modalidade de prisão civil do réu.<sup>40</sup> Observe-se ainda que o Brasil ratifica a Convenção Americana sobre Direito Humanos (*Pacto de San José*, Costa Rica) e, ali, a vedação à prisão civil ganhou abrangência ainda maior, tolerando somente a hipótese de obrigação de encargos alimentícios: “7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7º). Mesmo que o STF tenha mitigado, no plano interno, a incidência de tal disposição do pacto internacional - entendendo que a Convenção Americana subordina-se à Constituição e, mais ainda, que aquela não teria derogado, por ser norma de caráter geral, a legislação pátria específica que autoriza a prisão do depositário infiel -,<sup>41</sup> essa há de

---

tânea *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, p. 46. O tema não é exatamente novo. Essa possibilidade prisão civil - outra que não as das exceções constitucionais - já foi debatido na seara do processo cautelar, face o art. 885, CPC, que prevê prisão da parte que não faz a devolução do título. Pontes de Miranda procurava sustentar a legitimidade de tal medida; Donald Armelin seguiu esse ponto de vista; Ovídio Baptista da Silva, todavia, refutava sua possibilidade jurídica.

<sup>39</sup> José Cretella Júnior, comentando o dispositivo na Carta de 1988, aduz que a “referência a adimplemento de obrigação alimentar é ampla. A Carta Política de 1988, como as anteriores de 1967 e de 1969, permite que a regra jurídica ordinária regulamente a prisão por dívida de alimentos, quer no caso de direito de família (divórcio, separação consensual), quer na hipótese de negócio jurídico e, por fim, quer no caso de emanar de sentença” (Comentários à Constituição de 1988, v. I, Forense Universitária, p. 562).

É certo que a norma tolerante da prisão civil não teve evolução muito linear. Na Constituição de 1934, havia uma total vedação àquela prisão (Art. 113 – inc. 30. “Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”. Na Constituição de 1937, nada foi dito acerca de tal possibilidade. Na lei maior de 1946, vieram as famosas exceções do depositário infiel e do devedor de obrigação alimentar (art. 141, §32). Na Constituição de 1967, v. art. 150, §17; na EC n. 1 de 1969, v. art. 153, §17. Acerca do tema da prisão civil – em especial para dívida de alimentos -, cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição*, RT, Vol V; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição*; e Yussef Sahid Cahali, *Dos Alimentos*.

<sup>40</sup> Pela impossibilidade do decreto de prisão por mero descumprimento da ordem, cf. Eduardo Talamini, *Tutelas mandamental e executiva lato sensu*, p. 163.

<sup>41</sup> Nesse sentido: “... A questão do depositário infiel e a convenção americana sobre

ser tomada como forte indicativo da ótica restritiva da prisão não-penal.

Quando a Constituição coloca aquelas duas (únicas) exceções, a nosso sentir, devemos extrair dali *a regra geral de vedação a qualquer outro tipo de prisão civil* que não as ali mencionadas.

## 12. ENTREGA DE COISA: NOVA SEARA PARA A TUTELA ESPECÍFICA

Empolgado com o emprego da tutela específica quanto às obrigações de fazer e não fazer, o movimento de reforma do CPC resolveu “exportar” todo aquele *pool* de medidas também para as obrigações de entrega de coisa. Com o art. 461A, CPC,<sup>42</sup> as multas e as “medidas de apoio” (§5º, art. 461, do

---

direitos humanos. - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Precedentes. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de subordinar-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, não podendo, por isso mesmo, contrariar o que dispõe o art. 5º, LXVII, da Carta Política, também não derogou - por tratar-se de norma infraconstitucional de caráter geral (*lex generalis*) - a legislação doméstica de natureza especial (*lex specialis*), que, no plano interno, disciplina a prisão civil do depositário infiel” (RHC n. 80035 / SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17-08-01, julg. 21/11/2000, Segunda Turma). Ou ainda: “Habeas corpus. prisão civil. depositário infiel. excesso de execução. 1.A jurisprudência do Tribunal firmou-se no sentido da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel (DL 911/69). A equiparação entre devedor fiduciante e o depositário infiel não foi revogada pela CF, art. 5º, LXVII e nem pelo art. 7º, nº 7, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). O Decreto-lei nº 911/69 está em conformidade com a Constituição. 2. O excesso de execução é matéria de Direito Civil, que refoge aos estreitos limites do habeas corpus. Ordem indeferida” (HC 76561 / SP - SÃO PAULO, DJ 02-02-01, julg. 27/05/1998).

<sup>42</sup> Introduzido pela Lei n. 10.444, de 7-5-2002. Dispõe o citado dispositivo: “Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de

mesmo código) também serão, doravante, empregadas na efetivação de decisão judicial de entrega de coisa.<sup>43</sup>

É certo que continua complicado compatibilizar essas idéias de tutela específica (técnica mandamental etc.) em face das obrigações de pagar quantia certa. Mas, em relação às obrigações de entrega de coisa, a doutrina já apregoava essa forma de atuação. Flávio Luiz Yarshell, por exemplo, acenava com a

necessidade de que a execução para entrega de coisa no nosso sistema seja [*fosse*] repensada, quiçá com a supressão do modelo estatuído pelos arts. 621 e seguintes do Código de Processo Civil e a generalização da forma de execução própria das sentenças ditas executivas em sentido lato e também das chamadas mandamentais, como forma de agilização do sistema e aumento de efetividade da tutela executiva.<sup>44</sup>

Aquela ideia tornou-se realidade em nosso direito positivo.

De agora em diante, muitas também poderão ser empregadas na efetivação de decisão judicial de entrega de coisa.<sup>45</sup> Outrora, no regime do código, não cabia a incidência da multa para as obrigações de dar coisa. Afinal, não se ignore que tais obrigações podem, satisfatoriamente, ser cumpridas *in natura*, através de medidas bastante eficientes (*v. infra*). Não obstante isso, mesmo na época do CPC/1939, preconizava-se a extensão

---

entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplicam-se à ação prevista neste artigo o disposto nos § 1º a 6º do artigo anterior.”

<sup>43</sup> Verifique-se o §3º. do art. 461A *supra*.

<sup>44</sup> Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no Direito brasileiro, in *Processo Civil – Evolução – 20 anos de vigência*, Saraiva, 1995, p. 139.

<sup>45</sup> E no processo de execução do título extrajudicial também: pr. único do art. 621, CPC, com a redação da Lei 10.444/02.

dessas multas à prestação de entrega de coisa. Agora, chegam ao sistema do código normas (v. arts. 287, 461A e pr. único do 621, CPC) que possibilitam isso.

### 13. A AÇÃO COMINATÓRIA

Temos um novo *design* da “ação cominatória”. A conhecida Súmula 500 do STF<sup>46</sup> há de ser revista à luz do vigente CPC.

Recordemos que aquela (ação cominatória), no CPC de 1939, era um dos “processos especiais” (veja-se a impropriedade da expressão) ali presente. Anote-se que, “além de uma figura geral de ação cominatória (art. 302, XII), o Código de 1939 regulava diversas outras, em forma casuística, com emprego mais específico (art. cit., I a XI)”.<sup>47</sup> Havia, nesse especial procedimento, um certo “toque” do antigo processo monitorio puro: cumpra-se a ordem ou sofra-se a pena.<sup>48</sup>

José Carlos Barbosa Moreira - já registramos - elogia com certa saudade a ação cominatória do Código de 1939 (art. 302, em especial, o n. XII), que prestava uma espécie de tutela preventiva de obrigações de fazer e não fazer. Diz que o

traço característico da ação cominatória, consistia, como se sabe, no fato de que a comunicação da demanda ao réu assumia caráter de preceito ou comando: após cognição inicial sumária e provisória, ordenava o juiz ao devedor que se abstinisse do ato proibido, ou que praticasse o ato devido, sob a ameaça de pena (*lato sensu*) para o caso de descumprimento.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> “Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar”

<sup>47</sup> Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários ao CPC*, v. VIII, 7ª. ed., p. 22.

<sup>48</sup> Sobre o tema, cf. a ampla pesquisa de Moacyr Amaral Santos, *Ações cominatórias no direito brasileiro*, Tomo I, 5ª. ed., São Paulo: Max Limonad, 1973, em especial, Cap. VI, p. 185 e ss.

<sup>49</sup> Tutela sancionatória e tutela preventiva, p. 28.

No CPC de 1973, aquele procedimento especial foi suprimido. As *astreintes* - traga-se à colação, em especial, o art. 287, CPC - fizeram bem as vezes da via especial que tinha sido eliminada. À falta de um procedimento especial para tanto, àquela ação cominatória (nenhum problema em manter a terminologia)<sup>50</sup> fica destinada a via do procedimento comum, sumário ou ordinário.

Contudo, veio também a ideia - colocada em termos absolutos - de que a parte teria que pugnar pela multa na inicial para que essa fosse arbitrada pelo juiz na sentença e, finalmente, fosse exigível em sede do processo de execução.

Já em 1994, com a reforma processual de então (Lei n. 8.953) essa idéia é revista. Foram aumentados os poderes do juiz. No que tange às multas diárias, o julgador passa a ter poderes não apenas de fixá-las (mesmo se ausentes do conteúdo do título executivo), mas também de revisá-las quando demonstradas inadequadas e insuficientes à obtenção do cumprimento da obrigação (arts. 644<sup>51</sup> e 645, CPC).

Mas, todo esse reforço dos poderes do magistrado, como vimos, veio, naquela época, limitado ao campo das obrigações de fazer e não fazer.

Chega uma nova redação para o 287 CPC:

Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).

---

<sup>50</sup> Apesar de suprimido seu procedimento especial, esclarece Adroaldo Furtado Fabricio que, nem “por isso perde a ação seu caráter cominatório e nenhuma impropriedade há em designá-la por esse adjetivo. O mesmo se diga das demais ações cominatórias previstas no antigo Código e relativamente às quais o vigente só retirou o rito especial. A exceção é a do inc. V (ações de prestação de contas), pois para o caso um novo rito especial foi instituído” (op. cit., p. 27).

<sup>51</sup> Esse, alterado novamente pela Lei n. 10.444/02, v. *infra*.

Observe-se, no final, a norma faz referência à disciplina da tutela específica.

A norma começa dizendo que “*se o autor pedir ...*”. Com tal expressão a regra não quer dizer que a aplicação da multa pelo juiz fique condicionada ao pedido da parte. Pensamos que, sob um prisma sistemático, tal interpretação não seja a mais correta. Embora a redação do artigo traga certa dúvida ao intérprete, o pedido da parte não é indispensável para o advento da multa. Outra norma do sistema permite a fixação da multa pelo juiz, ainda que o autor não o requeira (§4º, art. 461, CPC). Por fim, como dito, o próprio art. 287, CPC faz referência àquele parágrafo do art. 461 CPC.

O dispositivo procura ser bastante abrangente. Ali, são citadas, de maneira mais específica, as obrigações negativas.<sup>52</sup> A entrega de coisa é ali incluída, é certo, para harmonizar-se com a regra do art. 461A do próprio código (*v. supra*).

A multa pecuniária poderá ser fixada não apenas quando da sentença. Pode a multa vir também em sede do provimento que antecipe efeitos da tutela de mérito. A redação da norma, nesse ponto, chega a ser redundante, haja vista que, modernamente, bem sabemos que os §§ 4º e 5º do art. 461, CPC são empregados na “efetivação” da antecipação de tutela (§3º, art. 273, CPC).

#### 14. OS §§ DO ART. 461A DO CPC E SUAS MEDIDAS.

Como dito, o art. 461A do código leva para as obrigações de entrega de coisa, encerradas em decisão judicial, as medidas da chamada tutela específica. Essa extensão da tutela específica traz reflexos no processo de execução, que vai se esvaziando. As regras do livro II do código, do capítulo da execução para

---

<sup>52</sup> O que José Carlos Barbosa Moreira já procurava fazer de forma mais detalhada possível (in *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, RBDP, 20/61). Seriam essas: não fazer, permitir (proceder de modo que outrem execute o determinado), tolerar (não opor resistência).



entrega de coisa, ficam somente para os títulos extrajudiciais. Vários artigos do processo de execução foram alterados para compatibilizarem-se com a nova realidade do art. 461A e seus §§ (v.g., art. 621, 624 e 627, CPC). As alterações da lei 10.444/02 nesse capítulo tiveram por fim suprimir qualquer alusão à execução com base em sentença.

Segundo, o §1º. do art. 461A traz algo já conhecido no plano do processo de execução de entrega de coisa incerta: os momentos (do credor e do devedor) do exercício do *jus eligendi*. Se a sentença determinar a entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, cabendo a escolha ao credor, a norma fala que esse apresentará sua “petição inicial” (!?). Qual o sentido de tal remissão? Na verdade, nenhum. Como dissemos, não se está inaugurando aí um novo processo (executivo); não é uma nova demanda que começa. A regra quer referir-se, respeitada a nova sistemática, à uma simples petição nos autos do credor que realiza sua escolha e pugna pelo cumprimento da obrigação.<sup>53</sup>

A regra seguinte (§2º, art. 461A) prevê as medidas de busca e apreensão e imissão de posse, bem conhecidas no plano da atuação das condenações de entrega de coisa. São excelentes (e eficientes) medidas para a tutela específica das obrigações de entrega de coisa. Fácil perceber, de maneira direta, atuam exatamente sobre o bem devido, fazendo-o chegar às mãos do credor.

É certo que norma seguinte (§3º) manda aplicar também os §§ do art. 461 às obrigações de entrega de coisa. Mas, aquelas providências terão incidência e importância apenas em caso de “superlativa resistência do obrigado” (Cândido Dinamarco),<sup>54</sup> v.g., casos de ocultação da coisa.

Por fim, seria o caso de se perguntar: poderia haver, nos casos do §§ do art. 461A, CPC, depósito da coisa para os fins

---

<sup>53</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, Malheiros, 2002, p. 249.

<sup>54</sup> Op. cit., p. 247.

de interposição de embargos do devedor?

Parece-nos que não.

Aquelas normas – talvez propositalmente – não falam da oportunidade de “depósito” da coisa (entendido esse como ato preparatório do acesso à via embargatória).<sup>55</sup> Compreendido que a nova técnica do art. 461A, *caput* e §§, veio para adotar técnicas executiva *lato sensu* ou mesmo mandamental diante de prestações de entrega de coisa constantes de título judicial e que aquelas são marcadas pela não utilização de embargos, a resposta àquela pergunta tende a ser negativa.



---

<sup>55</sup> Bem salienta Cândido Rangel Dinamarco que, no tocante “à execução mais ágil segundo os cânones dos arts. 461 e 461-A, são muito mais restritas as possibilidades de oferecer embargos, e muito menos com efeito suspensivo; e tudo leva a crer que os reformadores tenham falado em entrega e não em depósito, no §1º. do art. 461-A, no pressuposto de que os embargos não sejam admissíveis” (op. cit., p. 249-250).