

Tutelas Jurisdicionais de Direitos a uma Prestação

Nelson Rodrigues Netto

Pós-Doutor em Direito pela Harvard Law School. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação dos Advogados de São Paulo, da Harvard Law School Association do Brasil, e da The American Society of International Law. Professor de Direito Processual Civil das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), das Faculdades Santa Rita de Cássia, e do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Advogado e Consultor Jurídico.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – A Tutela Jurisdicional de Direitos a uma Prestação. 2.1 – Tutela Condenatória. 2.2 – Tutela Executiva. 2.3 – Tutela Mandamental. Referências Bibliográficas.

1 – Introdução

Tema que tem instigado os processualistas, desde o início das reformas do Código de Processo Civil na década de 90, é o das tutelas jurisdicionais dos direitos.

Uma vez mais, a alteração do CPC, pela *Reforma Processual de 2006 e 2007*, conduz a ponderações sobre assunto, notadamente pela criação de um processo híbrido (sincrético) para as pretensões que têm por objeto uma quantia certa, consoante as prescrições das Leis nº 11.232/05¹ e nº 11.382/06².

¹ A Lei nº 11.232 é datada de 22.12.2005 e foi publicada no Diário Oficial da União de 23.12.2005. Apesar de ter sofrido retificação publicada no D.O.U de 26.06.2006, para acrescentar a palavra *caput* ao §1º, do art. 475-O, não houve modificação do termo inicial de sua vigência. Escoado o prazo de 6 meses de *vacatio legis*, entrou em vigor em 24.06.2006, observada a regra de contagem que determina a inclusão do dia da publicação da lei e o último dia do prazo de vacância, vigendo a partir do dia subsequente à sua consumação integral, consoante o art. 8º, §1º, da LC nº 95/98, na redação da LC nº 107, de 26.04.2001.

² A Lei nº 11.382 é datada de 06.12.2006 e foi publicada no Diário Oficial da União de 07.12.2006. Apesar de ter sofrido retificação publicada no D.O.U de 10.01.2007, para substituir a palavra “houver” por “houverem” no inciso III, do art. 656, não houve modificação do termo inicial de sua vigência. Escoado o prazo de 45 dias de *vacatio legis*, entrou em vigor em 22.01.2007, por aplicação da norma geral do art. 1º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil e observada a regra de contagem explicitada na nota anterior.

O ensaio que se segue contém nossa visão atual sobre o conceito e a classificação da tutela jurisdicional de direitos a uma prestação.³

2 – A Tutela Jurisdicional de Direitos a uma Prestação

Os direitos a uma prestação se traduzem perante o CPC em três grupos de pretensões processuais relativas a uma obrigação: (i) de fazer ou de não fazer; (ii) de entregar coisa certa ou incerta; e (iii) de pagar quantia em dinheiro. Pode-se dizer que há uma *triade de pretensões*. Se este ponto não é realmente uma novidade, ele não era tão explícito como veio a se tornar com a atual *reforma*.

Com efeito, ao iniciar o novo capítulo do cumprimento da sentença (Capítulo X, do Título VIII, do Livro I), criado pela Lei nº 11.232/05, o art. 475-I prescreve: “O cumprimento de sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo”.

Os arts. 461 e 461-A disciplinam o *processo híbrido* para tutela de direitos relativos a obrigações de fazer ou não fazer e de entregar coisa, respectivamente. A remissão feita pelo art. 475-I reforça o modelo que vem sendo adotado pelo CPC. Atualmente, consoante a triade de pretensões, o direito a uma prestação será alcançável por meio de um processo híbrido.

Corroborando esta perspectiva de um novo modelo ou estrutura do CPC, a substituição do art. 584, I, pelo art. 475-N, I, ambos preceptivos legais concernentes ao primeiro título executivo judicial arrolado no Código. O art. 475-N, I, estabelece que é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”, no lugar de “a sentença condenatória proferida no processo civil”, prevista pelo revogado art. 584, I.

³ Trata-se de texto adaptado, revisado e atualizado, a partir do trabalho *Reflexões sobre a Classificação das Tutelas Jurisdicionais à Luz das Reformas de 2006 e 2007 ao Código de Processo Civil*, elaborado para compor a obra coletiva *Processo Civil em Evolução* coordenada por Luiz Rodrigues Wambier, Pedro Miranda de Oliveira e Pedro Manoel Abreu (São Paulo: RT, 2009, no prelo).

Enfatize-se que a chamada *triade de pretensões* é uma opção de política legislativa que objetiva um ideal de eficácia do processo. Considerando cada um dos três grupos de pretensões, estabelece o legislador um modelo para conferir tutela jurisdicional, compreendida como a realização, a satisfação, do direito. A tutela jurisdicional é eficaz quando o método, meio ou técnica para sua realização também o é. A exteriorização desta técnica é o procedimento. As diferentes tutelas jurisdicionais, considerando suas eficácias, revelam as diferentes técnicas empregadas em razão dos diferentes direitos subjetivos a serem satisfeitos no plano empírico.

No campo do direito privado, desde as *Institutas* de Justiniano, conceitua-se a obrigação como o vínculo jurídico entre partes para solver uma prestação (*obligatio est vinculum juris quae necessitate adstringimur, alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis juris* – Liv. 3, T. 13, §1º).⁴

O Código Civil ao classificar as modalidades de obrigações, considerando o objeto da prestação, prevê apenas obrigações de dar, fazer e não fazer (arts. 233 a 251), diferentemente da *triade de pretensões* do CPC. A prestação material de entregar dinheiro está incluída na obrigação de dar.⁵

Confirma-se, portanto, que a diversidade de procedimentos para prestação da tutela jurisdicional é uma questão de escolha do legislador processual, visando dar ao processo a melhor eficácia para a realização do direito. A instrumentalidade do direito processual exige esta aderência entre a tutela jurisdicional e o direito subjetivo a ser tutelado.

A tutela de direitos a uma prestação é não-satisfativa, o que significa dizer que a efetiva obtenção do bem da vida exigirá providências subseqüentes ao pronunciamento judicial, que se dividem em *mecanismos sub-rogatórios* ou *mecanismos coercitivos*, que por sua vez propiciam as diferentes classificações da tutela jurisdicional.

8.1 – Tutela Condenatória

⁴ Cf. Edson Bini, *Institutas do Imperador Justiniano*, p. 154; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, p. 4; Everaldo Augusto Camblor, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, pp. 37/8.

⁵ Cf. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, p. 74; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, pp. 89/98; Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 55 e ss.; Paulo Nader, *Curso de Direito Civil*, pp. 90/3.

Tradicionalmente, a doutrina relaciona o direito a uma prestação com a ação condenatória.⁶ Nesta linha, não se faz distinção entre as diferentes prestações e as respectivas tutelas para sua satisfação. De modo reducionista, afirma-se que a *crise de adimplemento*, no plano do direito material, deve ser resolvida por meio de uma tutela condenatória. O raciocínio é correto na medida em que a exigência em juízo do direito a uma prestação decorre do reconhecimento de seu inadimplemento, mas disso não se infere que toda tutela jurisdicional para sua satisfação seja condenatória.

Neste ponto cabe um pequeno parêntesis. Este é o sentido que emprestamos ao novo art. 475-N, I, do CPC. A expressão ‘reconheça a existência’ contida na norma deve ser lida como ‘reconheça o inadimplemento e a exigibilidade’ de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia. O inadimplemento do devedor continua sendo o chamado requisito prático para a execução⁷, remanescendo inalterada a rubrica (e o seu sentido) “Do Inadimplemento do Devedor”, da Seção I, do Capítulo III, que trata “Dos requisitos necessários para realizar qualquer execução”, do Título I, do Livro do Processo de Execução. Além disso, as novas redações dos arts. 580⁸ e 586, criadas pela Lei nº 11.383/06, deixam claro que, a par de certa e líquida, a obrigação deve ser exigível para a regular instauração e desenvolvimento da execução.

Por outro lado, referida interpretação mantém a harmonia entre o citado preceptivo legal e a norma do art. 4º, parágrafo único, do CPC, que autoriza a tutela declaratória mesmo que a obrigação já tenha sido inadimplida. O sistema processual brasileiro autoriza a referida pretensão processual, de sorte que este é o limite imposto pelo pedido à atividade cognitiva do juízo, sendo certo que a sentença que deste limite

⁶ Goldschmidt assevera: “La acción de prestación o, más exactamente, la acción de condena persigue la obtención de una sentencia que condene al demandado a realizar determinada prestación a favor de demandante, y, en algunos casos, exclusivamente a permitir la ejecución forzosa”, *Derecho Procesal Civil*, p. 100. Igualmente, Kisch, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, p. 175.

⁷ Cf. Liebman, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, n. 31, pp. 81/2.

⁸ Desde a promulgação do CPC, o art. 580 utilizava expressamente a palavra *inadimplemento*, correspondendo à conduta do devedor que deixava de cumprir obrigação exigível retratada em título executivo, *verbis*: “Art. 580. Verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução. Parágrafo único. Considera-se inadimplente o devedor, que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo”.

se descurar estará eivada de vício, por violação dos princípios dispositivos e o da correlação ou concatenação entre o pedido e a sentença, insculpidos nos arts. 128, 262, e 460, do CPC. Esta sentença *extra petita* poderá vir a ser objeto de cassação pelo Tribunal, ao ser provida apelação contra ela interposta, para que seja adaptada aos devidos limites estabelecidos pelo autor em sua demanda.

Observadas as ressalvas apontadas, aplaudimos as alterações dos dispositivos citados, cuja proposta de alteração teria sido feita pelo Ministro Teori Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça.^{9 10}

Até o advento da Lei nº 11.232/05, a satisfação de uma obrigação de pagar quantia exigia a aplicação do binômio condenação-execução. Isto significava que o autor deveria primeiramente ingressar com uma ação de conhecimento, instaurando um processo de conhecimento, e posteriormente, havendo o reconhecimento do direito de

⁹ De modo bastante sintético, o pensamento do autor consiste em que o fenômeno da atuação das normas no plano social comporta três momentos distintos: (i) primeiro, da formulação abstrata dos preceitos normativos, atividade do legislador; (ii) segundo, definição da norma jurídica concreta; e (ii) terceiro, da execução da norma individualizada. Os dois últimos seriam, normalmente, realizados de modo espontâneo, voluntário, pelo sujeito passivo da obrigação. Entretanto, acaso não haja a identificação e a realização da norma concreta de maneira espontânea, haverá necessidade de atuação da função jurisdicional. Para a execução judicial é necessária a identificação formal da norma jurídica concreta, que se consubstancia no título executivo, cujos requisitos são estabelecidos pelo legislador. Ademais, prossegue afirmando que não é o pronunciamento judicial (sentença) que cria a sanção jurídica, que é o pré-requisito indispensável para a execução forçada. A sanção deriva da própria norma e a executividade de uma sentença decorre da identificação completa de uma norma jurídica individualizada, que, por sua vez, tem em si, a força de autorizar a pretensão à tutela jurídica. “Se há ‘identificação completa’ da norma individualizada é porque a fase cognitiva está integralmente atendida, de modo que a tutela jurisdicional *autorizada* para a situação é a executiva”. Em conclusão, assevera que, em regra, a sentença declaratória cinge-se a formular enunciado de certeza de “um ou mais elementos da norma jurídica concreta, mas não sobre o seu todo (endonorma e perinorma) (...)”, mas se ela trazer “(...) definição de certeza a respeito, não apenas da existência da relação jurídica, mas também da exigibilidade da prestação devida, não há como negar-lhe, categoricamente, eficácia executiva”, *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*, pp. 46/53, especialmente, pp. 51 e 52. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, confira, entre outros, o Resp. 588.202/PR, rel. Min. Teori Zavascki, v.u., j. 10.02.2002, DJU 25.02.2004, p. 123.

¹⁰ Admitindo que o art. 475-N, I, do CPC, estabeleceu título executivo fundado em sentença declaratória, Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual*, v. 1, n. 123, p. 426/7; e v. 2, n. 290, p. 570/1; Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, v. II, n. 662, p. 75. Adotando posição contrária: Nelson e Rosa Nery, destacando em especial a inconstitucionalidade formal do dispositivo, por violação do processo legislativo, posto que a redação final é do Senado Federal não tendo sido submetida para apreciação da Câmara Federal, *Código de Processo Civil Comentado*, pp. 749/50; Ada Pellegrini Grinover, *Cumprimento da Sentença*, pp. 18/20; Barbosa Moreira, *A Nova Definição de Sentença (Lei nº 11.232)*, p. 81, Araken de Assis, *Manual da Execução*, n. 27.1, pp. 156/60; Cassio Scarpinella Bueno, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 79 e ss.

crédito, o seu efetivo recebimento (independente de conduta do devedor) seria obtido por meio de um novo processo, o processo de execução.

Como é sabido, agora as atividades jurisdicionais de declaração e satisfação do direito são realizadas em um processo único (denominado de híbrido ou sincrético), consistindo de fases ou etapas, cognitiva e executiva, de um mesmo processo. A atividade de conhecimento da jurisdição é dispensada quando, a existência, a liquidez e a exigibilidade da obrigação pecuniária já estiverem retratadas em documento que configure um título executivo, denominado de título extrajudicial.

É importante destacar que a eficácia da tutela jurisdicional é igual, quer se trate de processo híbrido, quer se trate de processo não-cognitivo.¹¹ O método processual para obtenção da quantia certa, que revela a tutela jurisdicional, é o da *expropriação* de bens do devedor. Com efeito, o art. 646, do CPC, estipula que a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor para satisfazer o direito do credor. O dispositivo faz referência ao capítulo da responsabilidade patrimonial, onde o art. 591 reforça a idéia de que as obrigações pecuniárias são satisfeitas com os bens presentes e futuros do devedor.

Rigorosamente, a expropriação de bens é a técnica processual empregada para a tutela jurisdicional, enquanto que o objeto (mediato) do pedido é o dinheiro. A tutela condenatória, segundo sua eficácia, é aquela que atinge o bem da vida pretendido por meio de expropriação de bens do devedor, método que se caracteriza como *subrogatório* e *indireto (mediato)*, já que exige a invasão da esfera jurídica do demandado mediante a apreensão, a expropriação e o conseqüente pagamento do crédito.^{12 13}

¹¹ O art. 475-R, do CPC, prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução (Livro II) ao cumprimento de sentença (processo híbrido para obtenção de quantia certa).

¹² Explicitamente no mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit., v. 1, p. 301. Semelhantemente, Araken de Assis assevera que: “Quando os atos de execução, por força do direito material, realizam-se no patrimônio do vencido, e, não, no do vencedor, a sentença tem natureza condenatória (efeito executivo diferido)”, ob. cit, n. 3.5, p. 88. Todavia, o autor entende parecer arbitrário restringir a tutela condenatória às prestações pecuniárias, ob. cit., n. 3.3, p. 84.

¹³ Há autores que diferenciam as fases da execução para pagamento de quantia certa, v.g., Castro Mendes apontando: *demanda*, em atenção ao princípio dispositivo (efetivamente, mesmo com o procedimento híbrido do CPC brasileiro, exige-se requerimento para dar início à fase ou etapa executiva *ex vi* do art. 475-J, *caput*, c.c. o seu §5º), *penhora*, *venda coativa*, e, *pagamento ao credor*, *Acção Executiva*, p. 43.

A tutela condenatória adota técnica de tutela *típica, única* ou *fechada*, pois a efetiva obtenção do bem da vida pretendido somente pode ocorrer pela expropriação de bens.

A expropriação, propriamente dita, pode se dar por adjudicação, alienação (particular ou pública), usufruto de bens (art. 647, I a IV), ou ainda, desconto em folha de pagamento (art. 734), de modo que o procedimento pode variar sem, contudo, alterar sua natureza de meio sub-rogatório indireto de tutela jurisdicional de direitos.

O CPC identifica os diferentes meios de realização do método expropriatório, contidos nos quatro incisos do art. 647, com o meio de conclusão da técnica, ao prever que o pagamento ao credor se fará pela entrega do dinheiro, pela adjudicação dos bens penhorados ou, por último, pelo usufruto de bens móveis ou imóveis (art. 708¹⁴). A satisfação da pretensão do exequente, com o seu pagamento, é feita pela entrega do dinheiro, quando a conclusão da expropriação é feita por meio da alienação ou usufruto dos bens do devedor, ou pelo desconto em folha de pagamento, e pelo seu equivalente em bens apreendidos do devedor, quando o demandante requerer-lhes a adjudicação (arts. 685-A e 685-B c.c. 708, II, do CPC).

Não é demais recordar que, segundo nossa conceituação, a tutela jurisdicional corresponde à efetiva proteção do direito lamentado. Assim, a tutela condenatória, analisada segundo o critério da eficácia, é considerada conforme o método utilizado para a satisfação da pretensão deduzida. Além disso, considerando a atividade desenvolvida pelo órgão judicial, a tutela pode ser cognitiva ou executiva. Logo, em que pese tratar-se de *atividade* jurisdicional executiva utilizando-se, assim, de um método sub-rogatório para a satisfação do direito, independentemente da conduta do demandado, sua *eficácia* é mediata, uma vez que exige um procedimento dilargado, com a prática de diversos atos processuais, os quais podem variar consoante o tipo de expropriação, até consecução do bem da vida.

¹⁴ Note-se que o art. 708 não foi adaptado à nova norma do art. 647, IV, do CPC, que expressamente autoriza o usufruto de bem móvel, interpretação já adotada anteriormente na doutrina, continuando a falar em usufruto de imóvel ou empresa. A nova Subseção IV (da Seção II, do Capítulo IV, do Título II, do Livro II), já traz a rubrica “Do Usufruto de Móvel ou Imóvel”, estando seus dispositivos atualizados. O que o Código mantém válido é o usufruto de empresa, como fase do pagamento ao credor, conclusiva da expropriação, quando aquela tiver sido objeto de penhora (art. 726, c.c. arts. 677 e 678), que não há que se confundir com a penhora de rendimentos da empresa, cf. Araken de Assis, ob. cit., n. 249, pp. 652/3.

8.2 – Tutela Executiva

A primeira fase da reforma processual, nos idos da década de 90, colocou em evidência a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, conforme a redação dada ao art. 461 pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994. O legislador teve em mira a obtenção de tutela específica da obrigação, ou o resultado prático equivalente ao seu adimplemento, utilizando-se de um processo híbrido dotado de meios coercitivos (461, §4º) e antecipação da tutela pretendida (461, §3º). Neste contexto falava-se em tutela executiva *lato sensu*, destacando-se que a satisfação da pretensão era obtida por uma técnica direta, imediata, dispensando-se um processo subsequente de execução, como ocorria com a tutela das obrigações de pagar quantia. A *tutela executiva lato sensu* definia-se pela possibilidade de obtenção da prestação específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação, por intermédio de medidas necessárias determinadas pelo juiz e realizadas por auxiliares da Justiça ou terceiros, independentemente de qualquer atividade do demandado (técnica sub-rogatória imediata ou direta).¹⁵

Excepcionalmente, a tutela específica é convertida em perdas e danos (ou seja, pagamento de dinheiro, correspondendo a uma tutela genérica, em contraposição à especificidade do pedido), somente quando aquela não pudesse ser obtida por se ter tornado impossível (impossibilidade jurídica ou fática, dependente ou não de conduta do devedor), ou, se assim o desejasse o demandante (art. 461, §1º).

O uso da expressão ‘execução *lato sensu*’, além de consagrado na doutrina e jurisprudência, visava diferenciar o processo híbrido, cuja tutela era imediata à prolação da sentença, do binômio conhecimento-execução. Esta distinção já não se faz mais necessária ao se ter fechado o círculo dos direitos a uma prestação deduzíveis todos por meio de processo híbrido, com a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, disciplinando as obrigações de pagar quantia nos art. 475-I e seguintes do CPC (anteriormente, a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, já havia estabelecido o processo

¹⁵ Cf. o nosso, *Notas sobre as tutelas mandamental e executiva ‘lato sensu’ nas Leis nº 10.358/01 e 10.444/02*, p. 196.

híbrido para as obrigações de entregar coisa ao inserir o art. 461-A no CPC). De tal sorte, o processo híbrido cederá espaço a um processo não-cognitivo, quando a prestação já estiver retratada em título executivo extrajudicial.

A tutela executiva se caracteriza pelo emprego de um método *sub-rogatório imediato* para obtenção do bem da vida. Ela não se confunde com a técnica da expropriação mediante a apreensão, a expropriação, propriamente dita, de bens, e o pagamento ao credor, denotando uma eficácia mediata, indireta de tutela jurisdicional. Não há a expropriação, mas sim, o *desapossamento de bens*, mediante apreensão física e imediata de bens que estão no patrimônio do devedor, contudo, reconhecidos como pertencentes ao credor.¹⁶ Neste sentido, Pontes de Miranda afirma: “A sentença favorável nas ações executivas retira valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e põe-no no patrimônio do demandante.”¹⁷

Verifica-se, desde logo, que a tutela executiva tem por vocação a satisfação de obrigações de entregar coisa. Com efeito, as normas contidas no art. 461-A, *caput* e §3º, estabelecem para o processo híbrido, que o juiz ao conceder a tutela específica fixará prazo para a entrega da coisa, e não sendo a obrigação cumprida dentro do prazo, expedirá mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. Observadas as peculiaridades do processo não-cognitivo, dispositivos com conteúdos idênticos são encontrados nos arts. 621 e 625, do CPC.¹⁸ A eficácia da tutela para entrega de coisa é *sub-rogatória*, pois independe e atua até contra

¹⁶ Cf. Bueno, ob. cit., v. 1, p. 305.

¹⁷ Ob. cit., § 38, p. 212. Reforça Araken de Assis, apontando que: “Em outras palavras: na ação que nasce com força executiva (eficácia imediata), o ato de cumprimento recairá sobre bem que integra o patrimônio do vencedor (...), na ação que nasce com simples efeito executivo (eficácia mediata ou diferida), o ato executivo recairá sobre bem integrante do patrimônio do ... vencido”, ob. cit., n. 3.5, p. 87.

¹⁸ A principal diferença entre os diferentes processos está na técnica de apresentação de resistência do demandado: enquanto no processo híbrido ela é feita por meio de contestação (ou outra resposta do réu cabível no caso), no processo não-cognitivo ela se dá por meio de embargos do devedor. Os arts. 621 e 622 não foram adaptados às regras do art. 736 que, todavia devem ser aplicadas, permitindo a oposição dos embargos, independentemente de garantia do juízo, garantia esta que surge como requisito para eventual deferimento de efeito suspensivo pelo juiz (art. 739-A, e §1º). A Lei nº 11.382/06 alterou as regras gerais do processo de execução, inclusive tendo sido revogado o art. 737, cuja referência ainda existe no art. 622 (737, II) para justificar a garantia do juízo como pressuposto para o oferecimento dos embargos do devedor. Neste sentido, Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 1a ao art. 622, p. 859.

a conduta do demandado, e *imediata*, o objeto da pretensão é alcançável imediatamente por meio de mandado judicial que transfere sua posse (e propriedade, em sendo o caso) ao demandante.

No tocante às obrigações de fazer e não fazer, a doutrina tradicional assevera que a sua execução forçada é realizada por um meio que denomina de *transformação*.¹⁹ Rigorosamente, o que é efetivamente transformada é a obrigação existente entre o credor e o devedor. O direito a uma prestação (específica) de fazer ou de não fazer é transformado em um direito a uma prestação (genérica) de pagar quantia, a ser satisfeita mediante a técnica da expropriação de bens do devedor. *O devedor demandado a fazer ou a não fazer algo, em verdade, nada realiza, sendo a prestação obtida de um terceiro ou realizada pelo próprio credor, cujas despesas são impostas ao devedor, contudo, sendo adiantadas pelo credor.*²⁰ A eficácia da tutela, como a efetiva proteção do direito do demandante, é condenatória, uma vez que o demandante somente estará integralmente satisfeito após o pagamento pelo demandado da quantia correspondente aos custos do fazer ou não fazer (art. 634, parágrafo único, do CPC).²¹

Em acréscimo, a transformação somente pode ser requerida em se tratando de obrigação *fungível*, onde o que interessa é o resultado da prestação (de fazer ou não fazer) e não a pessoa que a realiza. Este o teor do art. 634, *caput*, do CPC, que prescreve “se o fato puder ser realizado por terceiro (...)”.²² Em se tratando de obrigações infungíveis, como por exemplo, um não fazer que corresponda à abstenção ou à tolerância de uma conduta, elas jamais poderão ser realizadas por terceiros. Nesta

¹⁹ Cf. Carnelutti, *Instituciones Del Nuevo Proceso Civil Italiano*, n. 38, pp. 59/60, e nn. 735 a 740, pp. 573/5; Enrico Allorio, *Problemas de Derecho Procesal*, pp. 196/7.

²⁰ O art. 249, parágrafo único, do Código Civil, autoriza, em casos de urgência, que o credor, independente de autorização judicial, execute ou mande executar a prestação de fazer, sendo posteriormente ressarcido pelo devedor. Idêntica previsão contém o art. 251, parágrafo único, do CC, em relação à prestação de obrigação de não fazer que exige uma prestação positiva, ou seja, um desfazimento daquilo que, por lei ou convenção, estava o devedor impedido de realizar.

²¹ O procedimento da transformação vem disciplinado nos arts. 632 a 645, e foi bastante simplificado pela Lei nº 11.382/06. Sua aplicação é subsidiária ao processo híbrido do art. 461, por força do art. 644, ambos do CPC.

²² No mesmo sentido, o art. 249, *caput*, do Código Civil.

hipótese, a tutela jurisdicional para proteção do direito adota outra técnica, resultando na eficácia *mandamental*.

Analisada sob o aspecto da *tipicidade* de técnica empregada observamos que a tutela executiva é *variável, aberta, ou atípica*. O §5º, do art. 461, aplicável às prestações de fazer ou não fazer, estendível às prestações de entregar coisa, por força do art. 461-A, §3º, estabelece que para “a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”. Esta “medidas necessárias” são as chamadas *medidas de apoio* ou *inominadas*.

Logo, sempre que adotadas medidas de apoio que empreguem técnica *sub-rogatória direta*, v.g., remoção de pessoas, seqüestro de dinheiro (art. 731, do CPC), intervenção judicial (arts. 69 a 78, da Lei nº 8.884, de 11.06.1994), para a *satisfação imediata* da pretensão do vencedor, estaremos diante da tutela executiva.

8.3 – Tutela Mandamental

Desde a concepção da ação mandamental por George Kuttner (*Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, 1914) na Alemanha, diferentes formulações sobre sua natureza têm surgido alhures e no Brasil.²³

Principiamos, destarte, apontando que, para nós, a *tutela mandamental* caracteriza-se por uma ordem expedida pelo juiz, determinando a observância de uma dada conduta, reforçada por uma medida coercitiva pecuniária ou restritiva de liberdade ou de conduta, respeitados os permissivos constitucionais (art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal), que deve vigorar até que o demandado cumpra a determinação judicial, ou que esta não possa mais ser cumprida, por motivos a ele atribuíveis ou não.

Enquanto a tutela executiva emprega técnica *sub-rogatória direta*, com satisfação *imediata* da pretensão por meio de atos reais de invasão da esfera jurídica do

²³ Como representantes expressivos, ver Goldschmidt, ob. cit., p. 113 e ss; Pontes de Miranda, ob. cit., T. VI; Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 333 e ss.

demandado, determinados pelo juiz e independentemente ou até contra a vontade do demandado, a eficácia da tutela mandamental se revela pelo *método de coerção* do demandado para o cumprimento da ordem judicial de uma prestação de fazer ou não fazer (abstenção, tolerância ou permissão de condutas) ou de uma prestação de entregar coisa.²⁴

A peculiaridade das medidas coercitivas está no fato de que elas cessam assim que o devedor cumpre com a prestação devida, todavia, a sujeição do devedor até o esaurimento da coação, não o exime de cumprir a obrigação imposta judicialmente. Assim, por exemplo, o esgotamento do prazo de restrição de liberdade não dispensa a entrega da coisa depositada, do mesmo modo que, o demandado não está desobrigado de pagar o valor correspondente à coerção pecuniária, pelo período que ela perdurou até o efetivo cumprimento de uma obrigação de fazer. O fato de a prestação devida ter se tornada impossível de ser obtida, quer em virtude de conduta do próprio devedor, quer por fato a ele alheio, impede a realização da tutela específica, de modo que a satisfação do demandante deverá ser feita por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro, derivada da liquidação das perdas e dos danos sofridos.

Os meios coercitivos da tutela mandamental se apresentam como: (i) pecuniários; ou, (ii) restritivos de liberdade ou de conduta. No primeiro grupo surge a multa coercitiva, cujos imponibilidade, valor e periodicidade são balizados pelo juiz dentro de um critério de operacionalidade, significa dizer, de forma que sejam adequadas para compelir o demandado a cumprir a ordem judicial. No segundo grupo, podem ser apontadas: a denominada prisão civil (art. 5º, LXVII, da CF), e a proibição de falar nos autos até a purgação do atentado (art. 881, do CPC).

Neste passo, outras multas previstas em lei, despidas destas características de operacionalidade e flexibilidade, elementos fundamentais da técnica de coação, não se configuram como dotadas de eficácia mandamental. É o que ocorre com a nova multa prevista no art. 475-J, do CPC. Realmente, o réu que deixa de efetuar o pagamento de

²⁴ A técnica processual mandamental é amplamente adotada nos Estados Unidos por meio do instituto do *contempt power*, cf. Owen Fiss e Doug Rendleman, *Injunctions*, p. 831 e ss.; Friedenthal-Kane-Miller, *Civil Procedure*, p. 731 e ss; Dobbs, *Law of Remedies*, *passim*. No direito continental europeu, verifica-se sua aplicação, entre outros ordenamentos, na Alemanha, nos §§ 888 e 890, da ZPO, em Portugal, no art. 829-A, do Código Civil, e na Espanha, nos arts. 709 a 711, da Ley de Enjuiciamiento Civil,

quantia, transitada em julgado a decisão que a reconheceu como exigível, sofre uma sanção pecuniária, no valor correspondente a 10% da obrigação inadimplida. Todavia, a efetiva obtenção do bem da vida (o dinheiro devido, acrescido da multa) somente será alcançada por meio de uma tutela condenatória, resultante da aplicação do método processual de expropriação de bens. Em que pese todo sancionamento à uma conduta exigível conter um componente pedagógico para induzir ao seu cumprimento, a natureza da multa em apreço é sancionatória, uma vez que não contém os elementos acima apontados para se afigurar como medida coercitiva.²⁵

No particular das obrigações de pagar quantia, fundadas em prestações alimentícias, o demandante poderá optar por diferentes eficácias da tutela jurisdicional. Todavia, cada uma das espécies de tutela jurisdicional adota um procedimento diferente. Para a tutela mandamental, que impõe restrição de liberdade ao demandado, deve ser adotado o procedimento previsto no art. 733, do CPC.²⁶ Além disso, o demandante tem esta opção limitada pela jurisprudência assentada do Superior Tribunal de Justiça, conforme o verbete nº 309 de sua Súmula: “O débito alimentar, que autoriza prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”. Logo, prestações alimentícias vencidas há mais tempo não podem ser satisfeitas por meio da tutela mandamental.

Outrossim, para a tutela condenatória segue-se o rito da expropriação de bens, quer ela se realize por meio de desconto em folha de pagamento, quer por alienação de bens do devedor. Por estar calcado no princípio da menor onerosidade da execução (art. 620, do CPC), nada impede que o demandante, que tenha formulado pretensão à tutela mandamental, dela desista e prossiga no mesmo processo buscando obter uma tutela condenatória. O contrário é inviável exatamente pela maior gravidade da medida

²⁵ Igualmente, Bueno, ob. cit., v. 1, p. 302, e, *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, pp. 94 a 103. Contra, entendendo tratar-se de multa coercitiva, Wambier, *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*, p. 41.

²⁶ Inclusive por remissão expressa do art. 18, da Lei nº 5.478, de 25.07.1968, quando fundados na Lei de Alimentos.

coercitiva, que exige um procedimento diferenciado em atenção ao princípio do devido processo legal.²⁷

A tutela mandamental também se apresenta como técnica *atípica* de proteção de direitos, tanto pela flexibilidade necessária para tornar operativa a sanção pecuniária²⁸, quanto por uma certa *fungibilidade subsidiária* em relação à tutela executiva, sem a exigência de diferentes procedimentos para tanto. Lograda não satisfeita a prestação específica pela tutela executiva, poderá o juiz aplicar, de ofício ou mediante requerimento, a tutela mandamental, dentro do mesmo procedimento. A peculiaridade dos direitos a entrega de coisa ou de fazer e não fazer que permite este *trânsito* entre as eficácias mandamental e executiva da tutela jurisdicional.

Vejamos, como exemplo, que a eficácia preponderante da tutela do direito a entrega de coisa, como já afirmado, é executiva, por meio da expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse (art. 461-A, §2º, e art. 625). Nada impede, contudo, que não localizada a coisa móvel, imponha o juiz uma multa diária ao demandado para que a entregue (arts. 461-A, §3º, c.c. 461, §§ 4º e 6º, e art. 621, parágrafo único). Apesar de soar mais incomum, exatamente por causa de sua menor eficácia, havendo um pedido de entrega de coisa móvel, mediante a aplicação de multa diária, e esta se revelando ineficiente, estará o juiz autorizado a expedir mandado de busca e apreensão para tentativa de localização do bem.

A norma do art. 461, do CPC, é uma *diretriz basilar, via geral ou norma geral*, tendo aplicação nos processos híbridos para satisfação de obrigações de fazer ou não fazer, e também de entregar coisa consoante previsão do art. 461-A, §3º. Assim, a tutela mandamental, mediante a técnica coercitiva pecuniária, incidirá em ambas as espécies de prestações. Acrescente-se que a multa coercitiva está também expressamente estipulada para os processos não-cognitivos para entrega de coisa (art. 621, parágrafo único), e para obrigações de fazer ou não fazer (art. 645).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

²⁷ Igualmente, Araken de Assis, ob. cit., n. 408.2, p.929.

²⁸ Neste sentido, Bueno, *Curso*, v. 1, p. 307.

- ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América S.A., 1963. Tomo II.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2007. Vol. 1.
- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Nova Definição de Sentença (Lei nº 11.232). *Revista Dialética de Direito Processual* São Paulo: Oliveira Rocha, nº 39, jun/2006 p. 78-85.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.
- _____, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 3.
- _____, *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 1.
- BINI, Edson. *Institutas do Imperador Justiniano*. Bauru: Edipro, 2001.
- CAMBLER, Everaldo Augusto. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. (coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. III.
- CARNELUTTI, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*. Barcelona: Bosch, 1942.
- CASTRO MENDES, João. *Acção Executiva*. [], Edição AAFDL, 1980.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 2.
- DOBBS, Dan B. *Law of Remedies*. St. Paul: West Publishing Co., 1993.
- FISS, Owen M. RENDLEMAN, Doug. *Injunctions*. 2nd Ed. New York: The Foundation Press, Inc., 1984.
- FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. 3RD Ed. *Civil Procedure*. St. Paul: West Group. 1999.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Cumprimento da Sentença*. In, *Execução Civil e Cumprimento da Sentença* (coord. Gilberto G. Bruschi). São Paulo: Método,

2006, p. 13-20.

KISCH, W. *Elementos de Derecho Procesal Civi*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1957. Vol. I.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. 2.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 41ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY Júnior, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970. Tomo I.

_____, *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976. Tomo VI.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 2.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Notas sobre as tutelas mandamental e executiva 'lato sensu' nas Leis nº 10.358/01 e 10.444/02*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 110, abr/jun, 2003, p. 196-224.

SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 1998. V. 2.

THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Vol. II.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues., *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 109, jan/mar/2003, p. 45-56.