

TUTELA ESPECÍFICA

Nilza Machado de Oliveira Souza*

RESUMO:

A tutela específica é uma das mais importantes inovações introduzidas no Código de Processo Civil nos últimos tempos, pois foi concebida para dar efetividade ao processo e tutelar, de forma específica, aos direitos lesionados ou ameaçados de lesão, ou simplesmente ao ilícito, constituindo-se em instrumento importantíssimo para transpor as dificuldades encontradas, em especial, no âmbito das obrigações de fazer e não fazer, impostas pelo princípio da intangibilidade da liberdade pessoal.

PALAVRAS-CHAVE:

Prestação – Jurisdicional – Tutela – Específica.

1. Introdução

O presente artigo é resultado do projeto de pesquisa desenvolvido junto à UNIPAR - Campus de Cianorte, no período de julho a dezembro de 2001, reapresentado em 2002 a fim de viabilizar a sua conclusão. Os objetivos traçados foram o estudo da tutela jurisdicional e, no seu contexto, o estudo da tutela específica, à medida em que a evolução e os avanços do direito processual civil têm apontado para novas técnicas e modalidades de tutelas, na busca da adequação da prestação jurisdicional, sob a ótica da tempestividade e da efetividade.

O processo civil contemporâneo, sob a égide da fase instrumentalista, passou por profundas mudanças decorrentes da preocupação com os resultados que devem ser proporcionados pelo processo. No âmbito do processo civil de resultados, destaca-se o estudo da tutela jurisdicional, em especial no que tange à busca de novas modalidades de tutelas, destinadas a dar efetividade ao processo e atender de forma plena o direito do jurisdicionado. A necessidade de construção de novas tutelas decorre da constatação de que as tutelas

* Advogada, professora da Universidade Estadual de Maringá e da UNIPAR – Campus de Cianorte e mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: <nilza@teracom.com.br>.

convencionais, prestadas através do processo de conhecimento, em especial, do procedimento ordinário, revelaram-se insatisfatórias e inadequadas para atender os direitos lesados ou ameaçados de lesão.

A necessidade de uma tutela adequada às peculiaridades dos direitos substanciais levou os processualistas a repensar o ordenamento jurídico processual brasileiro, buscando aprimorar seus instrumentos e técnicas, a fim de melhor aparelhar o órgão jurisdicional para o cumprimento de seu mister. Daí a introdução no ordenamento jurídico positivo, nos últimos anos, de novas formas de tutelas jurisdicionais, dentre elas, a tutela específica.

2. Tutela Jurisdicional

Na ciência processual, a tutela jurisdicional sempre foi vista como um resultado, mais especificamente, como um resultado favorável. Nesse sentido, veja-se o conceito de tutela jurisdicional formulado por Liebman (Manual, p. 147).

No entanto, conforme já advertia Armelin (1985, p. 111), tutela jurisdicional pode ser compreendida a partir de duas óticas:

[...] a contrapartida do direito, ou melhor, poder de provocar a atuação da jurisdição, se enfocado pelo ângulo de quem a requer. Se, ao revés, vier a ser apreciada pela ótica de seu prestador, será obviamente a atividade do Poder Judiciário desenvolvida, em esfera que lhe é normalmente adstrita com exclusividade, a partir, geralmente, de provocação da parte ou interessado.

A prestação da tutela jurisdicional é dever do Estado e direito (ou poder) do jurisdicionado de exigir a atuação do órgão jurisdicional para a tutela de seus direitos. Nesse sentido, a prestação jurisdicional é a contrapartida do direito de ação, o qual consiste numa garantia constitucional. O desempenho dessa atividade estatal mostrou-se assaz insatisfatório por não conferir a tutela jurisdicional adequada. Essa situação desencadeou um processo crítico em larga escala referindo-se à crise do processo, ao mesmo tempo em que proporcionou a busca de mecanismo de superação de certos instrumentos e estruturas inadequadas e na criação de instrumentos e estruturas adequadas.

A inadequação da prestação jurisdicional ganhou notável visibilidade nos casos dos direitos de conteúdo não patrimonial, os quais não encontram satisfação nos modelos de tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, e nos casos dos direitos de conteúdo patrimonial cujo ressarcimento em pecúnia revela-se insatisfatório. Esses direitos não admitem violação nem mesmo a mera ameaça de violação. Porém, nos moldes do processo civil clássico, esses direitos não eram adequadamente tutelados, razão pela qual fez com que o processo civil sofresse alterações profundas, nos últimos tempos, em busca da tão almejada efetividade do processo.

Diante da atual transformação que tem passado o ordenamento jurídico brasileiro, na ânsia de acompanhar as mudanças e exigências sociais, políticas e econômicas, constitui-se a tutela jurisdicional em tema da mais alta relevância no âmbito do direito processual civil da pós-modernidade, direcionado às novas modalidades de tutelas que buscam a proteção efetiva e tempestiva dos direitos, como corolário do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF). Assim, constata-se, cada vez mais, a dedicação dos processualistas ao estudo das novas modalidades de tutelas, aptas e adequadas, para atender o direito material violado ou ameaçado de ser violado, destacando-se a tutela dos direitos na forma específica.

Quando se pensa na adequação da tutela jurisdicional, está a se pensar na utilidade das decisões, ou seja, no processo civil de resultado, e nada retrata melhor esse pensamento que a máxima de Chiovenda (2000, p. 67), considerado *slogan* dos processualistas modernos, "de que o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir".

Nesse diapasão, leciona Dinamarco (1996, p. 55) que:

O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter

situações injustas desfavoráveis. Tal é a idéia da efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados.

Diante da concepção atual da necessidade de adequação da tutela jurisdicional, Marinoni (2000, p. 60-63) chama atenção para a necessidade de se pensar na tutela jurisdicional dos direitos, afirmando que "é preciso delinear as tutelas capazes de responder às diferentes necessidades do direito substancial".

E pensando na tutela efetiva dos direitos, Marinoni (2000, p. 61) considera a tutela jurisdicional em duplo aspecto:

A tutela jurisdicional, em determinada perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano do direito material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido.

Vale dizer, para cumprir o seu desiderato, o processo deve ser apto a tutelar o direito do jurisdicionado de forma plena, de forma a que ele obtenha satisfação absoluta de seu direito, tal qual se não houvesse a violação reclamada. Constatada a violação é fundamental que haja pronto e eficaz restabelecimento, pelo que a tutela jurisdicional deve ser concebida em duplo aspecto, do resultado e dos meios, como propõe Marinoni.

Para Marinoni (2000, p. 64), a tutela jurisdicional considerada no plano do resultado proporcionado pelo processo, pode ser ressarcitória, do adimplemento, inibitória, reintegratória ou preventiva executiva, conforme as diferentes necessidades de tutela do direito material. Já no plano das técnicas de tutela admite a declaratória, condenatória, constitutiva, executiva e mandamental.

Demonstra Marinoni (2000, p. 65) que "a preordenação da devida modalidade de sentença e dos adequados meios de execução é imprescindível para o surgimento da adequada tutela jurisdicional do direito," salientando que as técnicas de tutela, em especial, a executiva e a mandamental são fundamentais para a obtenção da tutela específica.

3. Da tutela específica

3.1. Considerações preliminares

A tutela específica, embora considerada recente em termos de ordenamento jurídico positivo, há muito tem sido alvo de discussões e estudos por parte dos processualistas, dada a sua relevância no contexto da efetividade do processo.

Segundo preleciona Moreira (1980, p. 31):

[...] ao falarmos de 'tutela específica', temos em vista o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento.

Através da prestação jurisdicional da tutela específica obtém-se a realização do direito de forma tão fiel como se houvesse cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor. Vale dizer, a tutela jurisdicional é específica porque confere ao jurisdicionado exatamente o direito reclamado, o resultado prático obtido é o mesmo esperado pelo autor.

Conforme esclarece Yarshell (1993, p. 34):

[...] a tutela estatal atua de modo a proporcionar ao demandante a restauração plena da situação jurídica violada, propiciando-lhe a mesma eficácia prática que lhe teria advindo do adimplemento da obrigação de que figura como credor.

Um aspecto que merece destaque consiste em que, usualmente, a doutrina procurou traçar a distinção entre tutela específica e tutela genérica no âmbito restrito ao processo de execução. A esse respeito esclarece Yarshell (1993, p. 33):

[...] a especificidade da tutela jurisdicional é tradicionalmente tratada pela doutrina no âmbito da tutela jurisdicional executiva. Usualmente, ao examinar as espécies de processos executivos, procede-se à distinção entre execução por expropriação, que é aquela

por quantia determinada em dinheiro, e execução específica, que compreende as demais (execução para entrega de coisa e das obrigações de fazer de não-fazer).

Demonstra bem essa tendência, as lições de Dinamarco (1993, p. 313-314), citando como referência o direito italiano, o qual conclui no sentido de que:

A força dessa tendência metodológica aponta para a excepcionalidade da solução pecuniária, sempre que seja possível a execução específica das obrigações de dar coisa, de fazer ou de não-fazer. Essa revelação serve para afastar vários equívocos que de certa forma estão arraigados na mentalidade dos juristas e especialmente daqueles de formação ligada aos civilistas franceses do século passado.

Assim, nessa linha de consideração, tem-se por tutela executiva genérica a que tem por objeto obrigação de pagar quantia e tutela executiva específica a que tem por objeto obrigações de dar, fazer e não fazer. Aos poucos essa tendência foi superada, a tutela específica foi se incorporando ao ordenamento jurídico e deixou de figurar restritivamente no âmbito do processo de execução.

Além dessa tendência de centrar a tutela específica no âmbito do processo de execução, tendência maior ainda, encontrada na doutrina, foi de situá-la no campo próprio das obrigações de fazer e não fazer.

3.2. Das obrigações de fazer e de não fazer

As obrigações de fazer e de não fazer situam-se em terreno árido e sempre suscitaram reflexões, eis que, em razão de sua natureza, ficam adstritas à vontade do devedor.

As obrigações de fazer ou positivas caracterizam-se pela prática de um ato ou conduta por parte do obrigado, de um *agere*, já as obrigações de não fazer ou negativas, caracterizam-se pela abstenção da prática do ato ou conduta, de um *non agere*. As primeiras classificam-se em fungíveis e infungíveis.

Fungíveis são as obrigações que admitem substituição, podendo ser cumpridas pelo próprio devedor ou por terceiro, pois o

que importa é o resultado final e não o meio. As infungíveis, por sua vez, podem ser naturalmente infungíveis ou juridicamente infungíveis. Obrigações naturalmente infungíveis são aquelas que não admitem substituição ou cumprimento por terceiro, já que levam em consideração atributos específicos, pessoais do contratado, são aquelas *intuitu personae*, em que a infungibilidade é considerada essencial à satisfação do credor, razão pela qual, diante do inadimplemento só resta a via da imposição de sanção pecuniária, multa diária (*astreintes*), ou perdas e danos.

Já as obrigações juridicamente infungíveis, são aquelas que, embora, em princípio, devam ser cumpridas pelo próprio devedor, diante da inação do mesmo admitem outros meios tendentes a atingir o mesmo resultado, como ocorre, por exemplo, com as obrigações de emitir declaração de vontade, em que havendo recusa do devedor no cumprimento da obrigação, é possível a obtenção de provimento jurisdicional que substitui integralmente a vontade do devedor não emitida, atingindo o mesmo resultado prático esperado pelo credor. Vê-se que a infungibilidade não é natural, essencial, mas jurídica, à medida em que admite medida alternativa que alcança o mesmo fim.

Constata-se, portanto, que a infungibilidade natural constitui obstáculo ao cumprimento de obrigação específica, já que não admite substituição. A infungibilidade jurídica, ao contrário, não constitui óbice ao cumprimento de obrigação específica, pois pode perfeitamente ser cumprida por terceiro ou ser substituída por medida equivalente.

Além desse obstáculo real, presente no âmbito das obrigações de fazer naturalmente infungíveis, um outro obstáculo, cultuado no passado, impedia o cumprimento específico das obrigações de fazer: a intangibilidade ou incoercibilidade da vontade humana.

Como resta evidente, o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer depende da vontade do obrigado. Por essa razão, prevaleceu ao longo dos tempos o entendimento de que a resistência oferecida pelo mesmo impossibilitava a satisfação do credor, de forma específica, já que não seria possível obrigá-lo a cumprir a obrigação, à medida em que o princípio da intangibilidade ou incoercibilidade da vontade humana era considerado de caráter absoluto e, portanto, o devedor não poderia ser compelido a cumprir a obrigação, sob pena de perpetrar-se violação à dignidade da pessoa humana.

Assim, descumprida a obrigação de fazer ou não fazer, resolvia-se, imediatamente, em perdas e danos, não havia qualquer medida coercitiva tendente a obrigar o devedor a cumpri-la, pois sua vontade era considerada óbice intransponível ao cumprimento da obrigação, tanto que o Código Civil francês, adotado como paradigma por vários ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro, dispunha no art. 1.142 que: "toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor".

No entanto, a conversão, pura e simplesmente, de uma obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos não tutela adequadamente os direitos do credor, como bem observa Grinover (1995, p. 66):

[...] a tutela do credor das obrigações de fazer ou não fazer pelo equivalente pecuniário mal se adapta a muitas situações, principalmente as de cunho não patrimonial, que se ligam freqüentemente a direitos fundamentais (como a vida, a honra, a integridade física, a intimidade) ou a direitos da comunidade ligados à qualidade de vida, ao meio ambiente, aos consumidores, etc.

Por essa razão, o princípio da intangibilidade da vontade humana foi aos poucos sendo relativizado, acabou por ceder espaço ao princípio do absoluto respeito das obrigações e, dessa forma, passaram a ser admitidos mecanismos que pudessem compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, coerção (direta ou indireta) ou a substituição por medida equivalente.

Nesse sentido, assevera Grinover (1995, p. 66):

[...] o fator político limitador à tutela específica foi cedendo aos poucos [...] a começar pela expressa tutela específica nas obrigações de contratar e 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 e não o foi (arts. 639-641, CPC).

Para arrematar, vejam-se as lições de Vidigal (1965, p. 152):

[...] durante muito tempo prevaleceu a concepção errônea de inexecutabilidade específica das obrigações de fazer e não fazer, ante a resistência oferecida pelo devedor, o qual não poderia ser coagido direta ou indiretamente para o cumprimento da obrigação, visto considerar-se preponderante o princípio do "absoluto respeito à liberdade individual", retratado pelo art. 1.142 do Código Civil Francês, segundo o qual "toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor".

Na seqüência, o mencionado processualista completa:

Essa limitação, contudo, foi cedendo aos poucos e dando lugar ao princípio do "absoluto respeito das obrigações", segundo o qual a obrigação específica de um determinado comportamento individual deriva sempre de uma vontade livremente manifestada e, portanto, deve ser cumprida, passando ambos a coexistirem de forma mais atenuada: sempre que possível, a execução específica da obrigação, no caso de impossibilidade, justa indenização ao credor (VIDIGAL, 1965, p. 152).

Superada a falsa concepção de que o devedor não poderia ser compelido ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, afastou-se o obstáculo que impedia mecanismos coercitivos sobre a vontade do mesmo, restando apenas o óbice natural, decorrente da impossibilidade de cumprimento no que tange às obrigações de fazer naturalmente infungíveis.

No Código de Processo Civil de 1973 as obrigações de fazer e de não fazer receberam tratamento tímido, encontrando-se no art. 287 a sua disciplina legal, no âmbito do processo de conhecimento, denominada ação cominatória. À luz do mencionado dispositivo, compete ao autor, propor a demanda em face do réu, pedindo a condenação do mesmo a:

[...] abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, indicando na petição inicial a cominação da

pena pecuniária, para o caso de descumprimento da sentença.

Obtida a sentença condenatória, competiria ao autor executá-la, à luz do disposto no art. 632 e seguintes, com a aplicação da multa cominada na sentença para o caso de descumprimento, na forma dos arts. 644 e 645 (até então não se admitia execução de obrigação de fazer e não fazer fundada em título extrajudicial). Não havendo pedido de multa para o caso de descumprimento, expresso na petição inicial (do processo de conhecimento), esta não poderia ser imposta no momento da execução.

A Lei 8.953/94, alargando o campo de abrangência da execução das obrigações de fazer e de não fazer e procurando dar maior efetividade ao processo, deu nova redação aos arts. 632, 644 e 645 do Código de Processo Civil e passou a admitir a execução de obrigações de fazer e de não fazer, fundada em título executivo extrajudicial, bem como a fixação de multa, de ofício.

A possibilidade de imposição de multa, de ofício, é uma grande inovação introduzida pela Lei 8.953/94, ao procedimento para a execução das obrigações de fazer e não fazer, de qualquer forma, como o cumprimento de tais obrigações ficam ao alvedrio do devedor, pois importam em conduta do mesmo, positiva ou negativa, em muitos casos o direito do credor resta frustrado, abrindo-se-lhe apenas a possibilidade de haver perdas e danos (arts. 633, 638 e 643).

3.3. Da consagração da tutela específica no Código de Processo Civil

As inovações introduzidas ao Código de Processo Civil pela Lei 8953/94 não compreenderam apenas o Livro II do Código de Processo Civil, destinado ao processo de execução mas, na perspectiva de prestigiar o quanto possível o cumprimento específico da obrigação, a mencionada lei instituiu a tutela específica no art. 461 do Código de Processo Civil.

Vale lembrar que a disposição contida no art. 461 do Código de Processo Civil não é novidade no direito positivo brasileiro, a qual encontra símile no art. 84, do Código de Defesa do Consumidor, bem

como, ainda, no art. 213, da Lei 8069, de 13.07.90, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, desde 1990 havia no ordenamento jurídico positivo, previsão legal no sentido de dar efetividade ao processo através da tutela específica, entretanto, restrita às relações de consumo e à proteção da criança e do adolescente.

Com a edição da Lei 8.952/94, a regra generalizou constituindo-se mais um mecanismo apto a propiciar a efetividade do processo, à medida em que se busca evitar a violação do direito ou a recomposição do direito já violado, concedendo-se a tutela específica ou o resultado prático equivalente, isto é, outra alternativa que lhe seja equivalente. Isto se dá através de medidas sub-rogatórias que satisfaçam tanto quanto a originariamente pretendida, resolvendo-se em perdas e danos apenas nos casos extremos, quando absolutamente impossível a obtenção da tutela específica ou a adoção de meios alternativos, como ocorre com as obrigações naturalmente infungíveis, ou se assim querer o autor.

Recordando, mais uma vez, a célebre lição de Chiovenda (2000, p. 67), "de que o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir" não resta dúvida de que a tutela específica deve ser prestigiada, pois, "o que o ordenamento jurídico quer é que os deveres e obrigações se cumpram tais quais são" (MOREIRA, p. 31-32).

É importante destacar que a tutela específica não se dirige apenas ao resultado prático do processo, mas compreende também os meios, as técnicas adotadas para se atingir o resultado prático desejado. Nesse particular, esclarece Yarshell (1998, p. 31) que "o emprego da locução *tutela específica*, embora se refira essencialmente ao resultado substancial do processo, não deixa de considerar os *meios* ordenados à produção desse resultado." E complementa afirmando que:

Basta pensar que a especificidade da tutela considera que os meios executivos atuam diretamente sobre o objeto do direito exequendo ou coisa devida, para que assim se atinja uma restauração idêntica à da situação violada (1998, p. 31).

Como visto, a tutela é considerada específica em contraposição à tutela genérica. Talamini (2001, p. 223), chama atenção para o fato de que é comum considerar " 'específica' a tutela que confere ao titular do direito o mesmo bem que se teria se não houvesse a transgressão, e 'genérica' a que propicia o equivalente pecuniário". Esclarece que:

[...] Na verdade o que se pretende ressaltar é a diferença que há entre meios jurisdicionais voltados à consecução de um bem específico (ainda que eventualmente fungível, em maior ou menor grau) e os meios que perseguem qualquer bem, integrante da responsabilidade patrimonial, passível de ser transformado em dinheiro.

O art. 461, *caput*, do Código de Processo Civil, prescreve que: "[...] o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

Os §§ 4º e 5º, do mesmo dispositivo, complementam no sentido de que o juiz poderá, de ofício, impor multa diária e determinar medidas necessárias, que de forma exemplificativa, arrola: busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, requisição de força policial, medidas essas destinadas a efetivação da tutela específica ou assegurar o resultado prático equivalente.

Percebe-se claramente, pelo texto legal, que ao juiz são conferidos poderes de determinar providências e medidas, para serem cumpridas, com vistas a dar maior efetividade ao processo, donde poder-se-á concluir que, neste particular, o sistema processual pátrio não permaneceu vinculado à sistemática tradicional que considerava tais provimentos jurisdicionais de natureza condenatória, ao contrário, acompanhou a evolução dos processualistas e acabou por adotar a ação mandamental, que vai além do simplesmente condenar e expedir ordem, determina que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz manda (MIRANDA, 1970, p. 3), bem como a executiva (*lato sensu*), considerada a que dispensa processo de execução autônomo, realizando-se os atos executórios no mesmo processo em que o provimento jurisdicional é proferido, já que, como observa Watanabe, pela elevada carga de executividade de que é dotada, é executável no

mesmo processo, dispensando-se uma execução *ex intervallo* (1996, p. 22).

Como foi noticiado, o art. 461 do Código de Processo Civil é similar ao art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. Watanabe (1991, p. 503-504), em comentários ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, acabou por concluir que:

[...] o provimento do juiz na tutela das obrigações de fazer ou não fazer não se restringirá à mera condenação (provimento condenatório na concepção tradicional), mas abrangerá a expedição de mandamentos ou ordens (ação mandamental), [...] e ainda ensejará a adoção de técnicas de sub-rogação de obrigações em outras que permitam a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação.

Marinoni (2000, p. 71), que concebe a tutela jurisdicional sob duplo aspecto, conforme destacado retro, faz a presente análise sob o prisma das técnicas de tutelas, e afirma que "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". E complementa:

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 (MARINONI, 2000, p. 71).

Para Marinoni (2000, p. 71-72), podem ser adequadas para se atingir a tutela específica, tanto a técnica mandamental, quanto a técnica executiva, conforme as exigências do direito material.

No caso de obrigação de fazer infungível ou obrigação de não fazer, a técnica adequada é a mandamental, em que "na sentença ordena o fazer ou não-fazer mediante uma 'ameaça' que possa levar o réu a adimplir voluntariamente". Marinoni está se referindo a multa, coerção indireta, destinada a compelir o abrigado ao adimplemento. Já para o caso de obrigação de fazer fungível, embora a técnica

mandamental também possa ser utilizada, a técnica executiva apresenta-se mais adequada, pois, permite a coerção direta ou a sub-rogação, com vistas a obtenção da tutela específica.

Para Marinoni (2000, p. 76-77), não há dúvida de que nos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, encontra-se presente a técnica executiva, "já que permitem que as medidas executivas sejam determinadas na sentença e implementadas independentemente da propositura de ação de execução."

As vantagens da coerção direta reside na possibilidade de que o direito seja realizado por um auxiliar da justiça ou alguém designado pelo juiz especialmente para esse fim.

Marinoni (2000, p. 67), de forma formidável, demonstra, ainda, que a tutela específica não se circunscreve às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, conforme entendimento tradicional. Afirma o processualista paranaense que:

A tutela específica, em princípio, é aquela que confere ao autor o cumprimento da obrigação inadimplida, seja a obrigação de entregar coisa, pagar soma em dinheiro, fazer ou não-fazer.

Na perspectiva traçada por Marinoni, de fato, mesmo em se tratando de obrigação de pagar quantia, considerada pela maioria como obrigação sujeita à tutela genérica, deve ser levado em conta a pretensão do autor, o que ele esperava obter efetivamente, mediante o exercício da jurisdição. Embora esteja diante de obrigação pecuniária, tratar-se-á de tutela específica se o autor conseguir obter como resultado final, exatamente o esperado, qual seja, o recebimento de determinada quantia.

À tutela específica contrapõe-se a tutela pelo equivalente pecuniário, tutela genérica ou inespecífica, quando impossível o cumprimento na forma específica, na forma esperada pelo autor. Logo, a tutela somente deixará de ser específica quando for absolutamente impossível outorgar-se ao autor o resultado desejado, o qual será substituído por equivalente pecuniário. Vale dizer, o que o autor obtém, como resposta do órgão jurisdicional, não é exatamente o esperado inicialmente.

Portanto, não é correto afirmar que a tutela que confere pagamento de quantia seja tutela genérica, pode perfeitamente ser tutela específica, somente será genérica quando resultado de substituição por valor pecuniário equivalente, por ser impossível o cumprimento na forma específica. Como esclarece Marinoni (2000, p. 70), "há tutela prestada em pecúnia que pode ser específica. Assim, por exemplo, a tutela do adimplemento da obrigação de pagamento de soma em dinheiro."

Não resta dúvida que a tutela específica representa uma das maiores inovações introduzidas no ordenamento jurídico pátrio, nos últimos tempos, pois, confere a tutela jurisdicional adequada, visto que, por meio dela outorga-se a mais completa proteção aos direitos, seja direitos de natureza obrigacional ou direitos fundamentais (direito a vida, a intimidade, a honra, a integridade física e moral, etc) . Sobretudo, esses últimos, em que a substituição pelo equivalente pecuniário manifesta-se totalmente inadequada.

4. Conclusão

A tutela específica deve ser concebida no âmbito da tutela jurisdicional, em sentido lato, não se restringindo ao campo limitado do processo de execução, nem tampouco, às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, conforme entendimento tradicional, pois, de fato, específica é a tutela que confere ao autor, exatamente, o resultado esperado, independentemente da natureza da obrigação ou do direito. Mesmo que se trate de obrigação consistente em pagamento de quantia, a tutela será específica, se conferir ao autor o valor pecuniário esperado.

No entanto, é em sede de obrigações de fazer e não fazer que a tutela específica tem despertado maiores questionamentos, visto que o princípio da intangibilidade ou incoercibilidade da vontade humana, adotado, outrora, como verdadeiro dogma, sempre constituiu óbice à obtenção de tutela específica, pois entendia-se que o obrigado não poderia ser compelido a cumprir a obrigação, sob pena de violar a dignidade da pessoa humana.

Aos poucos esse princípio foi flexibilizado e cedeu espaço ao surgimento de medidas coercitivas, tendentes a pressionar o devedor ao cumprimento da obrigação, consistente em multa diária ou

astreintes (coerção indireta), além da própria coerção direta, consistente em medidas que podem ser cumpridas pelo próprio auxiliar do juízo, ou medidas sub-rogatórias destinadas a alcançar o mesmo resultado prático equivalente.

O ordenamento jurídico positivo pátrio foi coroado com medidas desse porte, como se vê no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, por fim, de forma mais ampla, no art. 461 do Código de Processo Civil.

Assim, após a reforma processual de 1994 o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se melhor aparelhado para tutelar, de forma específica, os direitos do jurisdicionado, pois, em primeiro lugar, procurar-se-á conceder a tutela de forma específica, na sua impossibilidade, buscar-se-á a aplicação de medidas coercitivas, seja coerção direta ou indireta, bem como medidas sub-rogatórias destinadas a alcançar o resultado prático equivalente e por fim, na impossibilidade das anteriores, sua conversão pelo equivalente pecuniário, hipótese em que a tutela deixará de ser específica. É evidente que o credor poderá, de pronto, optar pelas perdas e danos, caso em que deixará de ser específica por vontade do autor. O óbice à tutela específica remanesce em relação as obrigações naturalmente infungíveis, nas quais, de fato, o autor depende da vontade exclusiva do obrigado, podendo contar com coerção indireta (sanção pecuniária ou *astreintes*) para pressioná-lo ao cumprimento específico e, por fim, perdas e danos, salvo se o autor já houver feito opção, de pronto, pelas perdas e danos.

5. Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000.
- ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 23, p. 93-105, Jun. 1985.
- ARRUDA ALVIM *et al.* **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org.). **Inovações do código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p. 65 a 76, jul./set. 1995.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, v. I. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.
- _____. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2.001.
- _____. **A tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 1999.
- _____. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **Tutela inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. t. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: _____. **Temas de Direito Processual**. 3. Série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: _____. **Temas de Direito Processual**. 2. Série. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: _____. **Temas de Direito Processual**. 2. Série. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MUKAI, Toshio *et al.* **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Código de processo civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antonio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2.000.

POPP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer**. Curitiba: Juruá, 1995.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitória**. Padova: Cedam, 1987.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. v. 1, 2, 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As inovações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível**. Curitiba: Juruá, 2001.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 66, p. 19-51, 1996.

_____. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ABSTRACT:

The specific "tutela" is one of the most important innovations introduced in the Civil Procedure Law Code in the latest years, because it was conceived to make the procedure effectual and tutelar, in a specific way, the damaged rights or the ones subject to be damaged simply the illicit, constituting an extremely important

instrument to tackle the difficulties, especially in the ambit of obligations of doing and not doing, imposed by the principle of the intangibility of the personal liberty.

KEY-WORDS:

To provide – Jurisdiction – "Tutela" – Specific.

Recebido para publicação em: 07/06/2002

Aceito para publicação em: 28/06/2002