

UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR

**TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS
DE FAZER E DE NÃO FAZER**

VALDECIR PAGANI

**UMUARAMA – PARANÁ
2007**

UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR

**TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS
DE FAZER E DE NÃO FAZER**

VALDECIR PAGANI

**Dissertação apresentada no Curso de
Mestrado em Direito Processual e
Cidadania, da Universidade Paranaense
– Unipar, sob a orientação do Prof. Dr.
Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni.**

**UMUARAMA – PARANÁ
2007**

Aos meus pais, Vitorino e Anilva,
pelo berço que me deram.
À minha esposa Luciane, pois sem sua incomensurável paciência,
irrestrito apoio e amor incondicional,
nada disso teria sido possível.
Aos meus filhos, Vitor e Lucas, com a certeza de que as ausências,
impostas pelo trabalho,
somente aumentam o amor.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, minha eterna gratidão ao Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, que como orientador do trabalho, me brindou com o tema e generosamente me aconselhou durante toda a realização do trabalho, demonstrando a este seu eterno aprendiz, que gigantes caminham sobre a terra.

Minha gratidão, também, ao Prof. Dr. Luiz Fernando Coelho, querido amigo, reconhecendo que ele é um homem que tem qualidades humanas fora de série, de imenso conteúdo jurídico, vivaz, e com amplo conhecimento que lhe permitem discorrer sobre quaisquer assuntos com muita propriedade, o que somente é possível àqueles cuja vida é dedicada com grande amor a cultivar o conhecimento.

Agradeço, também, a todos os professores do mestrado: Prof. Dra. Mariulza Franco (de saudosa e inesquecível memória), Prof. Dra. Jussara Suzi Borges Nasser Ferreira; Prof. Dr. José Miguel Garcia Medina; Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski; Prof. Dr. Zulmar Fachin, que me honraram com suas aulas e conhecimentos, a quem dedico todo meu carinho, respeito e admiração.

Ao Prof. Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula e ao Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama, em especial, primeiramente pela confiança em mim depositada, além do incentivo, apoio, sugestões e cobranças.

Não posso olvidar da penhorar, também, meu absoluto e eterno agradecimento ao Prof. Dr. Alessandro Otávio Yocohama, homem de inteligência e conhecimento ímpares, só superáveis por sua sagacidade e habilidade sem par ao escrever, cuja amizade muito me envaidece e honra.

Aos meus colegas de escritório (Doroteu Trentini Zimiani, Cássia Maria Silva Leandro, Edílson Luiz Zimiani Cabral e Mara Rubia Costa Neto Oliveira), que tudo fizeram para que eu pudesse ter a tranqüilidade de terminar este trabalho.

E, de uma forma geral, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho se propõe analisar a tutela específica das obrigações contratuais de fazer e de não fazer. Procura analisar os pressupostos ideológicos que influíram na construção de um processo civil que se demonstrou incapaz de dar tutela efetiva aos direitos e as modificações no pensamento jurídico impostos pela evolução da sociedade, especialmente no que tange aos conceitos de liberdade, igualdade e legalidade. Observou-se que a noção de supremacia da Constituição e de que os princípios e garantias fundamentais nela albergados têm plena eficácia, impondo-se ao julgador de forma vinculante, de modo a tornar necessário repensar os conceitos de jurisdição e de ação, de forma a moldá-los às perspectivas do Estado Constitucional. Busca investigar as formas de tutela jurisdicional dos direitos, as técnicas processuais e os meios de coerção disponíveis para dar efetiva tutela aos direitos. Procura extremar os conceitos de dever e obrigação e, quanto a estas, identificar seu conteúdo e elementos constitutivos, de modo a poder aquilatar as diferenças entre exigibilidade e responsabilidade e, a partir daí, estruturar seus requisitos. Procura, finalmente, delinear a teoria geral do incumprimento e, a partir das necessidades do direito material identificado, definir as formas de tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer.

Palavras-chave: tutela específica; técnicas processuais; meios executivos; obrigações de fazer; obrigações de não fazer; impossibilidade; inadimplemento; mora; adimplemento imperfeito;

PAGANI, Valdecir. *Specific perform of the contractual obligations to do and not to do*. Composition (Master in Procedural law and Citizenship). Universidade Paranaense – Unipar, 2007.

ABSTRACT

The present work if considers to analyze the specific perform of the contractual obligations to do and not to do. Search to analyze the ideological estimated ones that had influenced in the construction of a civil action that if demonstrated incapable to give guardianship accomplishes to the rights and the modifications in the legal thought taxes for the evolution of the society, especially in that it refers to the concepts of set free, equality and legality. It was observed that the basic notion of supremacy of the Constitution and of that the principles and guarantees in the lodged ones have full effectiveness, imposing themselves it the judge of binding form, in order to become necessary to rethink the action and jurisdiction concepts, of form to mold them it the perspectives of the Constitutional State. Search to investigate the procedural forms of jurisdictional guardianship of the rights, techniques and the available ways of coercion to give to effective guardianship to the rights. Search to distinguish the concepts of having and obligation and, how much to these, to identify to its content and constituent elements, in order to be able to assay the differences between liability and responsibility and, from there, to structuralize its requirements. Search, finally, to delineate the general theory of the insult and, from the necessities of the identified material right, to define the forms of specific performance of the obligations to do and not to do.

Key-Words: specific performance; procedural techniques; half executives; obligations to do; obligations of not to do; impossibility; breach of contract; deferred payment; imperfect payment;

SUMÁRIO

Introdução	9
1 A ideologia do processo civil clássico.....	12
2 Inidoneidade das fórmulas clássicas para efetiva proteção dos direitos.....	23
3 O direito fundamental à tutela específica.....	34
3.1 A função jurisdicional no estado liberal	34
3.2 A função jurisdicional frente ao neoconstitucionalismo	39
3.3 A função jurisdicional e o estado constitucional	43
3.4 A função jurisdicional e o controle de constitucionalidade	47
3.5 A função jurisdicional e a teoria dos direitos fundamentais.....	57
3.6 A função jurisdicional e a tutela específica.....	62
4 As necessidades do direito material e a conformação da tutela específica.....	71
4.1 A jurisdição no Estado Constitucional impõe um novo conceito de direito de ação	79
4.2 A tutela jurisdicional e a tutela jurisdicional dos direitos.....	85
4.3 Formas de tutela jurisdicionais dos direitos.....	89
4.3.1 Tutela inibitória.....	97
4.3.2 Tutela de remoção do ilícito	101
4.3.3 Tutela ressarcitória em forma específica	102
4.3.4 Tutela contra o inadimplemento contratual.....	104
4.4 Técnicas processuais disponíveis	109
4.4.1 Sentenças	116
4.4.1.1 Sentença declaratória	116
4.4.1.2 Sentença constitutiva.....	117
4.4.1.3 Sentença Condenatória	117
4.4.1.4 Sentença Mandamental	118
4.4.1.5 Sentença Executiva	119
4.4.2 Momento processual de concessão da tutela	121
4.4.2.1 Tutela antecipada	121
4.4.2.2 Tutela final.....	134
4.4.3 Meios de execução disponíveis	137
4.4.3.1 Meios de coerção.....	142
4.4.3.1.1 A multa	142
4.4.3.1.1.1 A distinção entre multa e perdas e danos: conseqüências	143
4.4.3.1.1.2 A distinção entre multa e cláusula penal: conseqüências	145
4.4.3.1.1.3 A quantificação da multa.....	150
4.4.3.1.1.4 Revisão e execução da multa.....	153
4.4.3.1.1.5 Incidência da multa	154
4.4.3.1.2 A prisão penal por desobediência	157
4.4.3.2 Meios de sub-rogação	165
5 A relação jurídica obrigacional.....	170
5.1 Conceito e conteúdo	170
5.2 Elementos da relação jurídica obrigacional.....	172
5.3 Cumulação de prestações na mesma relação jurídica.....	181
6 A crise na relação jurídica obrigacional: diferenças entre exigibilidade e responsabilidade contratual	198
6.1 Exigibilidade	198

6.1.1	Condição	200
6.1.2	Termo	203
6.1.2.1	Obrigação com termo ou prazo	207
6.1.2.2	Obrigação sem termo ou prazo	209
6.1.2.3	Obrigações de trato sucessivo e obrigações continuadas	212
6.2.1	O evento danoso.....	219
6.2.2	O nexu de imputação.....	220
6.2.3	O nexu de causalidade	227
6.2.4	O dano	238
7	A inexecução das obrigações	271
7.1	Inadimplemento.....	272
7.1.1	Inadimplemento total.....	274
7.1.2	Inadimplemento parcial.....	274
7.2	Mora	275
7.2.1	Mora do credor.....	279
7.2.2	Mora do devedor	282
7.2.3	Mora bilateral (simultânea e sucessiva)	287
7.3	Adimplemento imperfeito (violação positiva do contrato)	289
7.3.1	Vício redibitório	296
7.3.2	Evicção.....	306
7.4	Inexecução antecipada	314
7.6	Constituição em Mora	316
7.6.1	Mora ex re.....	316
7.6.2	Mora ex persona	318
8	Prevalência da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente	319
9	Tutela específica das obrigações contratuais de fazer e não fazer	322
9.1	Conceitos e delimitação do objeto	332
9.1.1	Fazer	332
9.1.2	Não fazer.....	335
9.2	Classificação	339
9.2.1	Genéricas e específicas.....	340
9.2.2	Fungíveis e Infungíveis	342
9.2.3	De meios e de resultados	347
9.3	Crise no programa obrigacional.....	352
9.3.1	Incumprimento definitivo (Inadimplemento).....	355
9.3.1.1	Fazer	355
9.3.1.2	Não fazer.....	362
9.3.2	Incumprimento temporário (Mora)	366
9.3.2.1	Fazer	369
9.3.2.2	Não fazer.....	378
9.3.3	Cumprimento defeituoso.....	382
	Conclusão	386
	Referências	398

Introdução

Com a evolução tecnológica, explodiram as formas de prestações de serviços, quebrando a hegemonia usufruída pelas prestações de dar, levando os operadores do direito a buscar formas de melhor proteger juridicamente as prestações de fato, pois completamente inadequada à tutela ressarcitória ou tutela pelo equivalente para efetiva proteção de tais créditos.

Muito se tem escrito sobre a tutela específica das prestações de fazer e de não fazer, resultantes de condenação reparatória de cometimento de atos ilícitos. E normalmente se têm confundido os conceitos de dever jurídico e de obrigação.

Há o dever jurídico de a ninguém lesar (*neminem laedere* ou *alterum non laedere*), de onde nasce o ilícito (entendido como ato contrário ao direito), o qual tem os seus próprios requisitos para ensejar proteção jurisdicional.

E há a obrigação contratual entendida essa como uma relação de direito pré-existente entre as partes, onde uma delas se obriga a cumprir determinada prestação pessoal, de conteúdo econômico, positivo ou negativo, em proveito da outra. Esta, por sua vez, para ser tutelada judicialmente, exige requisitos díspares do ilícito.

Quase nada tem sido escrito sobre a tutela das obrigações contratuais de fazer ou de não fazer, sendo a doutrina praticamente incipiente. Certo é que, na seara contratual, sequer se fala em ilícito, mas em “vencimento ou exigibilidade” da obrigação, surgindo a necessidade de utilizar institutos outros (exigibilidade, incumprimento, inadimplemento, mora, adimplemento ruim, evicção, vício redibitório,

etc...) para definir a espécie de tutela específica para dar máxima efetividade ao direito do credor.

Apenas por exemplo, o titular do domínio de um determinado imóvel urbano que, não suportando atos praticados pelo vizinho (fumaça decorrente de queima de lixo, som alto em horário impróprio, etc...), terá que preencher determinados requisitos para obstar os atos ilícitos (abuso de direito) praticados. Já o titular de um contrato celebrado com um pintor, onde este se obrigue a realizar a pintura do imóvel, para exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, terá outro requisito a cumprir (exigibilidade da obrigação).

Por força do comando emanado pelos princípios do acesso à justiça, da efetividade do processo, da ampla defesa e do contraditório, tem o legislador e os operadores do direito buscado incansavelmente o refinamento das técnicas de tutela dos direitos, assim também dos meios coercitivos, com fins na máxima efetividade do processo.

O processo é um instrumento destinado à efetiva concretização dos direitos, e somente atinge sua finalidade quando capaz de gerar, no plano da realidade, resultados exatamente iguais aos que ocorreriam se o réu obedecesse voluntariamente os comandos jurídicos.

A partir da modificação da redação do art. 461 do CPC (pela Lei nº 8.952/94), à única solução processual possível admitida pela legislação processual prístina para o caso de incumprimento de prestação de fazer ou não fazer (conversão da obrigação em perdas e danos), abriu-se a alternativa de exigir a tutela específica.

O objetivo deste trabalho, portanto, é analisar a tutela específica das obrigações contratuais de fazer ou de não fazer, e para tanto, investigar as técnicas de tutela e os meios de execução disponíveis no ordenamento jurídico para tal

desiderato, traçando uma noção sistemática para a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer.

Necessário é investigar a evolução histórica da função jurisdicional e identificar os fundamentos ideológicos que inspiraram sua estruturação e seus princípios, perpassando a teoria da jurisdição constitucional, definindo os contornos da mencionada tutela específica, assim como as técnicas processuais e meios de coerção adequados a dar efetividade à referida tutela específica.

Na seqüência, apresentar as técnicas de tutela e os meios de execução adequados a propiciar a tutela específica, abordando-se o art. 461 do CPC, em seus aspectos mais relevantes.

E, finalmente, analisar o direito das obrigações, estabelecendo os conceitos necessários (exigibilidade, incumprimento, inadimplemento, mora, adimplemento ruim, evicção, vício redibitório, etc...), incluindo aí o estudo das obrigações de fazer e de não fazer, definindo as necessidades do direito material para, finalmente, definir as formas de tutela específica das obrigações contratuais de fazer e de não fazer, lembrando que o foco do trabalho é a disciplina civil das obrigações de fazer e de não fazer, e não a disciplina consumerista das mesmas obrigações, até porque não há, na disciplina consumerista, previsão ou regulamentação das prestações contratuais de não fazer (exceto a imposição de deveres de não fazer em razão do ilícito).

O trabalho foi realizado pelo método dedutivo (do particular para o geral) e indutivo (do geral para o particular), além da investigação histórica e comparativa.

1 A ideologia do processo civil clássico

O Estado liberal clássico foi construído sobre a premissa básica da proteção à liberdade individual do cidadão contras eventuais intervenções dos poderes constituídos na esfera privada¹, pois até então

Imperava a insegurança nas relações jurídicas; ademais, várias ordens paralelas vigoravam ao mesmo tempo. Havia um Código de juridicidade para os nobres, outro para o clero, outro para o terceiro estado, sem contar o fato de que as relações comerciais sofriam entraves decorrentes do sistema vigente de privilégios, monopólios, favores reais, e da inexistência de um sistema jurídico unificado.²

A forma encontrada pela burguesia – inspirada principalmente nas idéias de Montesquieu³ - foi a reestruturação do poder político e a sua submissão à estrita legalidade, isto é, a construção de um modelo jurídico que estabeleça limites ao Estado e positive os direitos individuais ansiados pela burguesia, que, *livres e seguros juridicamente, nenhum obstáculo impedirá o desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos*.⁴

É que, para Montesquieu, a liberdade consiste no poder de agir nos limites da lei. É uma liberdade pela e através da lei⁵, que mediante o tratamento igualitário,

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 35.

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 27.

³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Os Pensadores. Vol. XXI. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1973, p. 158-159, e sua teoria da separação dos poderes: o poder legislativo traduz-se no poder de fazer leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas. O poder executivo das coisas que dependem do direito internacional ou, simplesmente, o poder executivo do Estado é o poder de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões. O poder de julgar ou o poder executivo das coisas que dependem do direito civil é o poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares.

⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 27-28.

⁵ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Os Pensadores. Vol. XXI. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1973, p. 156: *A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.*

sem distinções de posições sociais entre os indivíduos, conduziria à segurança jurídica⁶.

Essa liberdade se operava perante o Estado, mediante a *demarcação de importante esfera de autonomia do cidadão (e da sociedade) contraposta àquela do Estado*⁷, isolando, pela lei, da esfera da atuação do Estado a esfera das relações sociais e a autonomia privada⁸, com o objetivo de assegurar ou garantir as conquistas da sociedade burguesa⁹, de maneira que o Estado era responsável apenas pela segurança da sociedade, limitando-se a *produzir a lei, a executá-la, bem como a censurar sua violação*¹⁰.

Para Montesquieu a lei era produto da razão: *a lei, em geral, e a razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra, e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas os casos particulares em que se aplica essa razão humana*¹¹. E, se a lei era estabelecida pela nação, através dos representantes

⁶ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Os Pensadores. Vol. XXI. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1973, p. 157: *A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provem da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão.*

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 34.

⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 35: *Ao Estado liberal, sempre juridicamente controlado, não cabe exercer mais que as seguintes funções: manter a ordem interna e conduzir a política exterior (ou seja, o fim do Estado nesse caso parece ser unicamente o de promover e manter a segurança necessária para que os indivíduos possam livremente desenvolver as suas potencialidades). Tudo o mais cabe à sociedade civil, dinamizada pela energia da multiplicidade de indivíduos livres e iguais.*

⁹ NORBERTO BOBBIO. *Liberalismo e democracia*, São Paulo: Brasiliense, 1998, p. 8: *O objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança das fruições privadas: eles chamavam de liberdade as garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições..*

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 36.

¹¹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Os Pensadores. Vol. XXI. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1973, p. 36.

do povo (forma) e fundada na razão (conteúdo), *não poderia atentar contra a justiça ou contra a liberdade*¹².

Mas é obvio que o poder de julgar – como de resto os outros poderes -, também deveria ser limitado.

O primeiro limite de atuação do poder de julgar é a própria lei. O Julgador não é senão um servo, prisioneiro da letra fria da lei, despido de qualquer poder criador¹³, pois os *juízos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fosse uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos*¹⁴. A função jurisdicional, assim, restou reduzida a um simples silogismo de aplicar a lei ao fato concreto, onde *a sentença proferida sobre o caso concreto seria a mera reprodução fiel do já decidido genérico-abstractamente pela lei*¹⁵.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni,

Essa idéia, bem refletida nos escritos de Montesquieu, espelha uma ideologia que liga liberdade política a certeza do direito. A segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política - estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei. Ou melhor, acreditava-se que, não havendo diferença entre o julgamento e a lei, estaria assegurada a liberdade política.¹⁶

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 48.

¹³ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio Constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora. 1989. p. 96: *...Conhecidos os factos e a lei, o juiz apenas procede a uma operação lógica automática e forçosa, sem nada de juridicamente constitutivo...*

¹⁴ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Os Pensadores. Vol. XXI. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1973, p. 158.

¹⁵ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio Constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora. 1989. p. 96.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 36.

O Poder de julgar não deveria ter outra preocupação¹⁷ senão a pura e simples aplicação da lei, não sendo os Juízes *mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor*¹⁸. O poder judicial, assim despojado de qualquer autonomia decisória, de qualquer poder criador do direito, torna-se *invisível e nulo*¹⁹, excluído do poder do Estado, pois não tem vontade própria²⁰.

Lógico é que, se a atividade jurisdicional se limita a reproduzir fielmente a solução já plasmada na lei, claro e evidente é que a referida sentença é *declaratória lato sensu*²¹. Não se pode olvidar, neste passo que é traço comum, na conhecida classificação trinária das sentenças (declaratória, constitutiva e condenatória), o conteúdo declaratório *lato sensu*.

Declaratórias são as sentenças destinadas a atribuir certeza a uma determinada relação jurídica, declarando a sua existência ou inexistência, sua validade ou invalidade e, ainda, a falsidade ou não de documento. *Cria-se a certeza*

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 48-49: *A tal ponto chegaram as formulações jurídicas produzidas como decorrência normal da concepção clássica do direito que toda uma escola jurídica chegou a defender a tese segundo a qual a preocupação do jurista há de restringir-se à norma. Preocupações com a justiça ou com a crítica jurídica soariam alheias à função do jurista. O jurista como tal há de se preocupar, principalmente, com a norma, porque, a norma constitui, afinal, o objeto da ciência jurídica.*

¹⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Os Pensadores. Vol. XXI. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1973, p. 160.

¹⁹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Os Pensadores. Vol. XXI. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1973, p. 157: *O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário. Desta maneira, o poder de julgar, tão terrível aos homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm constantemente juízes diante dos olhos e teme-se a magistratura mas não os magistrados.*

²⁰ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. Trad. Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 114: *El juez realmente puede ser excluido del poder del Estado porque él no es un órgano dotado con voluntad propia. Pues las sentencias no pueden ser nada diferente a “una copia exacta de la ley” y para eso “sólo necesita ojos”, el juez es únicamente “la bouche qui prononce les paroles de la loi”, “una criatura sin voluntad”, que no puede atenuar la validez y rigor de la ley, y el poder judicial es, en consecuencia, “en cierto sentido igual a cero”.*

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 37.

*onde havia incerteza*²². Dada essa natureza de mero acerto da relação jurídica (e não imposição de sanção), se entendeu que *não é a sentença declaratória suscetível de execução ulterior* e, se o interessado pretender a execução daquilo que foi declarado, terá que fazê-lo por ação própria, isto é, por sentença condenatória, que viabilizará a execução por título judicial²³.

Constitutivas são as sentenças que, não obstante contenha em si carga declaratória, são destinadas a criar, extinguir ou modificar relações jurídicas. Isto é, além da declaração do direito, contém um *plus* que *inova* na ordem jurídica, inovação essa que pode ser positiva (quando cria ou modifica uma relação jurídica) ou negativa (quando extingue uma relação jurídica), quando então é designada de desconstitutiva. Sua finalidade é apenas e tão somente inovar na ordem jurídica (criação, extinção ou modificação), daí porque *não comporta execução ou processo de execução fundada em título judicial ulterior ao término do processo de conhecimento*²⁴.

As sentenças condenatórias são aquelas sentenças que visam *impor uma sanção ao demandado*²⁵, como ocorre, por exemplo, a indenização por perdas e danos, abrindo o caminho para o processo de execução, mediante provocação do interessado. *Obtida a sentença condenatória, adquire o autor um instrumento*

²² PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil – Do processo de conhecimento – arts. 444 a 495*. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 94.

²³ ALVIM, Arruda. *Coleção Estudos e Pareceres – Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. P. 327.

²⁴ ALVIM, Arruda. *Coleção Estudos e Pareceres – Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. P. 328.

²⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil – Do processo de conhecimento – arts. 444 a 495*. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 94.

*jurídico destinado à satisfação efetiva de seu direito*²⁶, pois uma vez transitada em julgado, a própria sentença condenatória constitui título executivo judicial.

Para uns, a sentença condenatória se traduz em uma declaração mais uma sanção. Para outros, a sentença condenatória se traduz numa dupla declaração (declaração do direito, mais declaração da sanção). Luiz Guilherme Marinoni assim põe a questão:

Para Liebman, como é sabido, a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: declara o direito existente e, além disso, “faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora)”. A sentença condenatória, assim, ao aplicar a sanção, constitui a situação jurídica que abre oportunidade para a execução; não se trata, como se vê, de mera declaração da sanção, como queria Carnelutti, ao falar em “accertamento della responsabilità”.²⁷

Neste passo, diverge José Miguel Garcia Medina, argumentando que a sentença condenatória nada reprime ou previne, apenas reconhece (=declara) a violação ocorrida e a sanção a ser aplicada. Isto é, a condenação não aplica a sanção, pois, se aplicar é por em prática, tal aplicação da sanção somente pode ocorrer após a sentença condenatória²⁸.

Como se vê, referidas sentenças limitam a ação do julgador à vontade da lei. Mas não só isso: são caracterizadas, também, pela ausência de executividade. E aí está outro limite imposto pelo Estado liberal ao poder de julgar: é limitado, também, pela ausência de força, eis que não pode cumprir ou executar suas próprias decisões. São palavras de Montesquieu:

²⁶ ALVIM, Arruda. *Coleção Estudos e Pareceres – Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. P. 329.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 2003, p. 277.

²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – teoria geral e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 399.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura o poder legislativo está reunido ao executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.²⁹

Luiz Guilherme Marinoni, argumenta que havia, na época, uma natural preocupação em relação a eventual arbítrio dos Juízes advindos do antigo regime, pois *eram considerados aliados da nobreza e do clero, a burguesia nutria justificada desconfiança em relação aos juízes. Daí mais uma razão para se pretender manter o judiciário submisso ao legislativo e destituído de poderes de execução*³⁰. Razão disso, é que se retirou dos juízes o poder de *imperium*.

Neste respeito, Nuno Piçarra argumenta que:

À primeira vista, a justificação aduzida e obscura, é quase um argumento *ad terrorem*. O mais que se pode intuir é que Montesquieu pretende afirmar que uma função já de si tão temível ao plano factual como a função judicial, mesmo quando exercida apenas por juízes que não têm acesso directo ao comando da força pública, tornar-se-ia muito mais temível e opressiva quando prosseguida por quem detém simultaneamente as rédeas da força pública, ou seja, o poder executivo.³¹

Efetivamente, em um modelo de Estado que, não só limitado pelo direito, mas extremamente limitado ao direito, não se poderia conceber outra fórmula que não a lei de um lado, os tribunais e o executivo de outro, justamente destinados a apenas e tão somente assegurar o cumprimento das leis. Certo é, neste passo, que o poder judicial – na visão liberal – não se situa no equilíbrio do poder, nem pode ficar ligado a nenhum deles. Na verdade, nem é poder, eis que atuando mediante sentenças

²⁹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Os Pensadores. Vol. XXI. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1973, p. 157.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 38.

³¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio Constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora. 1989. p. 99.

declaratórias sem força executiva³², é um poder invisível e nulo, no já mencionado entendimento de Montesquieu. *Nem tem autonomia decisória em relação à lei nem representa nenhuma potência ou factor de poder, pelo que não tem existência política própria. O poder judicial fica, pois, fora da separação social dos poderes*³³.

As classes dominantes, assim, no entendimento de Ovídio A. Baptista da Silva,

... conseguiram dois resultados significativos: (a) sujeitaram os magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei; e (b), ao concentrar a produção do Direito no nível legislativo, sem que aos juizes fosse reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito, soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento de sua aplicação jurisdicional pudesse torná-lo controverso e portanto incerto.³⁴

Demais disso, o direito liberal tinha como primado a garantia da liberdade dos cidadãos, obtida pela delimitação dos poderes de intervenção do Estado nas relações privadas (pois o Estado era visto como *inimigo público*³⁵).

Assim, o respeito à autonomia de vontade, isto é, à liberdade individual (ausência de ingerência estatal nas relações entre particulares) levou naturalmente à incoercibilidade do *facere*³⁶, e à impossibilidade de o Poder Judiciário impor multas³⁷, tornando impossível ao Judiciário atuar sobre a vontade do indivíduo.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 39: *A separação entre conhecimento e execução teve o propósito de evitar que o juiz concentrasse, no processo de conhecimento, os poderes de julgar e de executar.*

³³ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio Constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora. 1989. p. 110.

³⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 36.

³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 274.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 40: *Nesse sentido, o Código Napoleão, no seu art. 1.142, afirmou que “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor”. A desconfiança em relação aos juizes do Ancien Régime – que já era provocada pela venalidade e hereditariedade dos cargos públicos - e a conseqüente necessidade de mantê-los sem poder de imperium, para que não pudessem voltar a fazer o que lhes era*

Impende não olvidar que, na classificação trinária, duas das sentenças (declaratória e constitutiva) dispensam a execução, eis que seu objeto se exaure na própria declaração ou constituição (ou desconstituição). Somente a sentença condenatória não é suficiente a exaurir a tutela, exigindo meios de execução para tornar efetivo (real) o direito reconhecido (declarado) na sentença.

Até porque, qualquer sentença que tenha o dever de repercutir sobre a realidade para a prestação da tutela jurisdicional, deve ser ligada a meios de execução que sejam efetivamente capazes de proporcionar o resultado por ela objetivado. Uma sentença que tenha que interferir sobre a realidade, mas que é destituída de meios de execução, não serve para a prestação da tutela do direito, e assim constitui “um nada”, ao menos quando considerada a tutela prometida pelo direito material.³⁸

Surge, assim, mais um limite ao poder de julgar: o direito liberal definiu os meios de execução e proibiu que outros meios fossem utilizados para execução da condenação. Claro é que, quando o sistema jurídico faz depender a execução de um título executivo previamente definido em lei (*nulla executio sine titulo*), o juiz fica neutralizado, com reduzido *poder de atuação executiva*.³⁹

Se a sentença condenatória é ligada aos meios executivos tipificados na lei, elimina-se a possibilidade de o juiz trabalhar com qualquer outro meio de execução, controlando-se, dessa forma, a sua possibilidade de arbítrio. Na mesma direção, deixando-se claro que a esfera jurídica do réu, no caso de condenação, não pode ser invadida por meio executivo não previsto na lei, garante-se a liberdade ou a segurança psicológica do cidadão. Essa segurança seria derivada da certeza do direito, ou da garantia de que somente poderiam ser utilizados os meios executivos tipificados na lei.⁴⁰

permitted before the Revolution, placing in danger the new power installed, is based on art. 1.142 of the Code Napoléon or the idea of incoercibility of obligations.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 41: *Ninguém duvida que a impossibilidade do uso da multa, como medida de coerção, retira do juiz o poder de atuar sobre a vontade do indivíduo. Se é assim, é evidente que o desejo de impedir o judiciário de atentar contra a liberdade privou o juiz de exercer imperium. Por esse motivo é que o juiz, mesmo em uma sentença relativa à obrigação infungível, não podia impor as astreintes.*

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 42.

³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – teoria geral e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 141.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 43:

Aí está o princípio da tipicidade dos meios de execução, isto é, de que a esfera privada do devedor somente poderá ser invadida no modo e na forma tipicamente prevista pela lei processual, como forma de garantir a liberdade individual do cidadão.

Por outro lado, além de reduzir a atuação do Juiz a declarar a lei, imunizar a autonomia de vontade de sua atuação, impedir o exercício do poder de império, definindo os meios de execução disponíveis, impunha garantir também que a sentença somente seria proferida após cognição exauriente, proibindo-se julgamentos fulcrados em mera verossimilhança:

A impossibilidade de tutela fundada em verossimilhança, no procedimento ordinário clássico (que tem origem no direito liberal), decorre da suposição de que o único julgamento que poderia afirmar as palavras da lei seria posterior à verificação da existência do direito. Na linha do direito liberal, o processo, para não gerar a insegurança ao cidadão, deveria conter somente um julgamento, que apenas poderia ser realizado após a elucidação dos fatos componentes do litígio.⁴¹

Não obstante houvesse a justificativa declarada de que a cognição exauriente conduziria à certeza do julgador e à verdade da sentença, e aí garantindo a liberdade dos indivíduos, partindo-se da premissa de que o juiz é humano e falível, e que carrega consigo uma carga cultural e ideológica, que influi inconscientemente em suas decisões⁴², a pretensa busca da verdade é utópica. A cognição não exauriente foi proibida, assim, em razão da necessidade liberal de controlar o judiciário e assegurar a liberdade individual.

Essa necessidade de proteção da liberdade individual frente ao poder de julgar, mais se evidencia nas garantias do contraditório e da ampla defesa, que no

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 44.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: RT, 1995. p. 43.

ideal liberal serviram para tornar impossível oferecer proteção aos direitos antes de exaurida a cognição, isto é, o julgamento (ou antecipação desse julgamento) não poderia ser proferido antes de oportunizado às partes o contraditório e exaurida a oportunidade de produção de provas pelas partes. Pelos mesmos motivos, a execução não poderia dar-se antes do término da fase de cognição.

E, a partir dessa premissa básica, de que a execução não deve anteceder a cognição, foi estabelecido o *princípio da nulla executio sine titulo*, que quer dizer que a execução não pode ser feita sem título⁴³, isto é, de uma sentença condenatória antecedente, com a função de eliminar a incerteza, estabelecendo certeza à declaração do direito consubstanciado na sentença.

Em síntese, o processo civil clássico (cognição exauriente e classificação trinária das sentenças) é baseado na necessidade de isolar o processo do direito material (autonomia absoluta do processo), reproduzindo valores do direito liberal (garantidor da liberdade dos cidadãos, obtida pela delimitação dos poderes de intervenção do Estado nas relações privadas), onde o juiz é inerte, neutro e não tem papel criador ou interpretador, devendo apenas reproduzir a lei, de acordo com os instrumentos (classificação trinária e tipicidade dos meios de execução) que a lei põe à disposição. O respeito à autonomia de vontade e ausência de ingerência estatal nas relações entre particulares (para preservação da liberdade), levou à impossibilidade de se impor multas (respeito à liberdade e autonomia) e a incoercibilidade do *facere*, tornando impossível ao Judiciário atuar sobre a vontade do indivíduo. Ademais, não havia possibilidade de antecipação de tutela, uma vez que era impossível executar o direito (*nulla executio sine titulo*) antes da segurança jurídica (trânsito em julgado da sentença).

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 47.

2 Inidoneidade das fórmulas clássicas para efetiva proteção dos direitos

Vários fatores contribuíram para a inidoneidade do processo civil clássico para efetiva tutela dos direitos, tais como o dogma da uniformidade procedimental, o distanciamento do processo civil do direito material, a supremacia da reparação pelo equivalente e a equiparação do dano ao ato ilícito, isto é, somente era possível a tutela de um ato ilícito que produzisse dano.

Neste sentido, necessária é uma pequena digressão histórica.

Com Chiovenda, seguindo os passos de Mortara, firmou-se no direito italiano a escola histórico-dogmática (ou sistemática), propugnando uma dogmática acompanhada da história e da realidade social, e delineando conceitos capazes de estabelecer a autonomia científica do processo civil, definido como *direito autônomo de natureza pública*.

A autonomia propugnada pela escola italiana erigiu um processo civil completamente desvinculado do direito material, pois o direito de ação - entendido como direito de ir a juízo - é abstrato e nenhuma relação tem com o direito material, e o mesmo se diga do direito de defesa. O mais notável foi a pretensão de estabelecer um procedimento uniforme, capaz de albergar qualquer situação de direito material, dado que as sentenças também não guardavam relação com o direito material, senão com o direito de ação. Essa uniformidade processual é um

mito⁴⁴, pois não é possível negar as diferenças existentes entre as situações de direito material.

Neste passo, não se pode olvidar que autonomia não se confunde com indiferença ou neutralidade. Há, sim, nítida interdependência entre o processo e o direito material⁴⁵, pois o direito material é a própria razão de ser do processo, que, então, deve ser *pensado à luz da realidade social e do papel que o direito material desempenha na sociedade*.⁴⁶

Conforme Andréa Proto Pisani⁴⁷, o direito processual não é *indiferente* à natureza dos interesses em conflito, e assim não é correto falar em neutralidade do processo ou do Juiz (importa, sim, a imparcialidade⁴⁸), eis que a definição de procedimentos idôneos para efetiva e adequada tutela jurisdicional aos casos concretos depende, em muito, do direito processual civil.⁴⁹

Demais disso, calha lembrar que o direito liberal foi estruturado de forma a assegurar a liberdade do indivíduo frente ao estado e a igualdade meramente formal de todos, proibindo qualquer distinção. A igualdade material ou substancial era completamente ignorada, tornando o processo inacessível a importante parcela da população, uma vez que formalmente todos os indivíduos poderiam ter acesso ao

⁴⁴ BECKER, Laércio Alexandre. *Contratos Bancários – Execuções Especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206.

⁴⁵ PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 6.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 56.

⁴⁷ PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 6.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 56.

⁴⁹ PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 6: *perché sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio violata, non basta che a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessario che il titolare della situazione di vantaggio violata (o di cui si minaccia la violazione) possa utilizzare un procedimento (o più procedimenti) strutturato in modo tale da potergli fornire una tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto. Specificando, quindi, quanto detto poco fa, è possibile ora dire che il diritto sostanziale – sul piano della effettività, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata – esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazioni di vantaggio affermate dalle norme sostanziali.*

judiciário, pouco importando se materialmente a população menos privilegiada teria condições financeiras de arcar com os altos custos de um litígio judicial. O direito processual, na ideologia liberal⁵⁰, foi estruturado de forma independente da *particular posição social ou da necessidade concreta do cidadão*⁵¹, completamente indiferente às necessidades materiais decorrentes das diferenças entre as pessoas e os bens juridicamente tutelados.⁵²

Por outro lado, o art. 1.142 do Código de Napoleão dispôs claramente que o inadimplemento das obrigações de fazer e de não-fazer resolvia-se em perdas e danos, revelando claramente a influência do racionalismo liberal de defesa da liberdade individual, tornando incoercível a vontade individual. Por outro lado, a noção de igualdade do direito liberal importava não só na indistinção entre os indivíduos, mas também entre os diversos bens. Logo, a simples redução dos bens devidos à sua expressão pecuniária é mecanismo que iguala todas as obrigações, reduzindo-as a um denominador comum: o dinheiro, eis que o objetivo é *apenas o de sancionar o faltoso, repristinando os mecanismos de mercado*⁵³, o que explica a

⁵⁰ PISANI, Andréa Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982, p. 24: *un processo di questo tipo riflette ampiamente l'ideologia liberal-individualistica Del tempo, ed in particolare la convinzione Che dal libero confronto o scotto delle parti il giudice possa essere messo nella migliori condizione per decidere. Um tale presupposto è evidentemente scorretto in quanto dà per scontato Che allá posizione di eguaglianza formale delle parti corrisponda sempre la loro sguaglianza sostanziale (intesa sai economicamente sai sociologicamente) fra le parti nin esiste quase mai (o quanto meno manca molto spesso), Che la diseguaglianza sostanziali si fifflette necessariamente anche sul processoalterndo il libero confronto o scontro delle parti. Il carattere mistificane próprio del presupposto teórico della eguaglianza meramente formale fa sì Che lo scopo Del processo non possa ravvisarsi nel giusto componimento della controversia (o, il che è lo stesso, nella attuazione della giustizia nei limiti in cui questa è contenuta nella legge positiva), ma solo ed unicamente nella composizione della controversia, non intesa in quale modo.*

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 58.

⁵² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 144: *El ideal pleno del Estado burgués de Derecho culmina en una conformación judicial general de toda la vida del Estado. Para toda especie de diferencias y litigios, sea entre las autoridades superiores del Estado, sea entre autoridades y particulares, sea, entre Estados-miembros, etc., habría de haber, para ese ideal de Estado de Derecho, un procedimiento en que, sin atención a la clase de litigio y de objeto litigioso, se decidiera a la manera del procedimiento judicial.*

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 59.

constatação de Ovídio A. Baptista da Silva: *A função do Poder Judiciário não é mais fazer justiça, porém acalmar o mercado.*⁵⁴

Logo, não havia motivo para assegurar ou pensar numa tutela específica (cumprimento *in natura* da prestação), eis que a tutela pelo equivalente (resolução em perdas e danos, para pagamento em pecúnia) não só mantinha a ilusão de neutralidade do juiz, assegurando a liberdade individual, como também mantinha a lógica mercantil vigente.

Como se vê, o direito liberal não apenas conformou o processo, mas também as sentenças à sua ideologia de igualdade e liberdade formais. Não havia – e nem poderia haver, na lógica liberal – necessidade de tratamento diferenciado em consideração às posições sociais ou às necessidades dos direitos envolvidos, eis que o importante era a manutenção do *status quo*, isto é, a economia do mercado, fulcrada na fungibilidade (igualdade) da moeda, que permitia a troca das mercadorias e serviços levando em consideração apenas e tão somente a equivalência dos valores das mercadorias ou serviços.

É importante vincar, neste passo, que o Estado Liberal não dirigia uma política destinada a garantir determinadas necessidades sociais, não interferindo na sociedade e no processo econômico de modo a tutelá-las.⁵⁵ Sua função, como já dito, era de meramente manter a organização e a defesa externa, não podendo intervir nas relações individuais, para garantir a liberdade e a igualdade formal entre os indivíduos. É exatamente por isso que se diz que os direitos fundamentais de primeira dimensão são produtos da ideologia liberal-burguesa, e se traduzem na afirmação dos direitos individuais em relação ao Estado, isto é, direitos de oposição

⁵⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 22.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória. 3ª ed.* São Paulo: RT, 2003, p. 337-338.

ou resistência, impondo uma área de não-intervenção estatal (vida, liberdade, propriedade, igualdade, liberdades de expressão coletiva, participação política e algumas garantias processuais).⁵⁶

Contudo, com a evolução da sociedade e do próprio Estado, tornou-se evidente que a noção de liberdade meramente formal, imposta pelo direito liberal, já não mais correspondia às necessidades da sociedade. Os direitos fundamentais de segunda dimensão resultaram dos graves problemas sociais e econômicos decorrentes da industrialização, não mais buscando a liberdade de e perante o Estado, e sim a *liberdade por intermédio do Estado* (direito de participar do bem-estar social). É a igualdade material com cunho positivo: assistência social, saúde, educação, trabalho, as liberdades sociais (sindicalização, direitos trabalhistas), etc...⁵⁷

Óbvio é que a tutela pelo equivalente não se coaduna com a igualdade material, de cunho positivo, onde incumbe ao estado agir para efetiva tutela dos direitos, isto é, estabelecer meios ou técnicas processuais adequadas para proporcionar aos cidadãos exatamente aquilo que as normas lhe atribuem. Como exemplos candentes, se tem a tutela dos direitos do consumidor e do meio ambiente, que restariam completamente desprotegidos pela simples tutela pelo

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 57-60.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 57-70: *O reconhecimento progressivo de direitos fundamentais é um processo cumulativo e de complementariedade, e não de alternância. Por isso, é preferido o termo dimensões e não gerações (que dá a falsa impressão de substituição). Não podemos olvidar, que existem ainda os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. São os direitos à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio-ambiente, à qualidade de vida, à comunicação, ao patrimônio histórico e cultural... E, ainda, há aqueles que sustentam uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, a qual é composta pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo. É a globalização dos direitos fundamentais.*

equivalente, exigindo a construção de uma tutela específica⁵⁸ a tornar efetivo cada um dos direitos reconhecidos em lei.

Mesmo na seara contratual essa conclusão (necessidade de tutela específica) se impõe, uma vez que é impensável – em um sistema de igualdade material - atribuir ao contratante a possibilidade de alterar livremente o contrato, satisfazendo em pecúnia sua obrigação (de dar fazer ou não fazer) ao seu livre arbítrio, ficando imune às oscilações do mercado e fragilizando a posição contratual do outro contratante, em completo desrespeito aos interesses e necessidades deste.

Considerando a ideologia liberal de garantir o indivíduo contra o Estado, buscado a não intervenção do Estado na esfera particular, surgiu a impossibilidade de o Estado atuar sobre a vontade do indivíduo (incoercibilidade do *facere*) e a uniformização das conseqüências do inadimplemento nas perdas e danos, traduzindo o dinheiro como denominador comum de todas as obrigações.

E, para esse desiderato de uniformização, foi estabelecida como técnica processual preferencial a sentença condenatória, que aliada à incoercibilidade do *facere* e com liame direto e necessário aos meios de execução expressamente previstos na lei (tipicidade dos meios de execução), impedia que o Julgador pudesse determinar, frente ao caso concreto, a modalidade executiva que proporcionasse melhores resultados diante do caso concreto. Isto é, inviabilizava a possibilidade de tutela específica.⁵⁹

Mas não é só isso. A unificação estabelecida pelo direito liberal entre a ilicitude e o dano, geraram conseqüências importantes para o processo civil.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 62: *Aqui, há consciência de que os bens e as pessoas merecem tratamento diferenciado, e assim assume importância a tutela específica e, conseqüentemente, a forma procedimental capaz de proporcioná-la.*

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 64.

Como já vincado, na visão do direito liberal todos os direitos eram passíveis de redução ao denominador comum do dinheiro, uma vez que, na lógica da economia de mercado, o interesse era unicamente no valor de troca das diversas mercadorias e serviços. E, por essa ótica, todos os direitos podiam ser adequadamente tutelados pelo ressarcimento em pecúnia. Razão disso é que

O liberalismo clássico não tinha necessidade – diante dos direitos e bens que considerava – nem a possibilidade – em razão da maneira como enxergava as relações entre o Estado e os particulares – de conferir função realmente preventiva ao processo de conhecimento. Sendo assim, a ilicitude, diante do processo civil, podia ser reduzida à responsabilidade civil.⁶⁰

O que o direito liberal não percebeu foi que o dever de reparar não se confunde com formas de reparação, bem como o ilícito não se confunde com os danos.

A reparação ou indenização não é pagar dinheiro, mas sim reconduzir o lesado ao *status quo ante*, e toma feição, em regra, de obrigação de fazer (reparar).

De outro lado, quando se utiliza o verbo reparar se está ancorando a proteção apenas e tão somente quando houver dano, deixando completamente desprotegido o direito quando não houver dano (e aí, pela ótica liberal, não haverá o que *reparar*). Claro e evidente é que os atos contrários ao direito (atos ilícitos) que não produziram danos estariam completamente desamparados.

Com a evolução dos direitos, tornou-se necessário estabelecer uma tutela para remover o ato ilícito ou para impedir a ocorrência do dano? É exemplo candente e expressivo a exposição à venda de produto nocivo à saúde do consumidor (CDC, art. 82). Se o produto ainda está exposto e não foi vendido, ainda não ocorreu o dano, mas há ilícito. A busca e apreensão desses produtos

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 66.

caracteriza lícito exemplo de tutela de remoção do ilícito, eis que realizada sem a necessidade da presença do elemento dano.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni,

Quando o ilícito civil é identificado com o dano, conclui-se, *de forma apressada*, que não há ato contrário ao direito que, não provocando dano, deva ser sancionado civilmente. O dano é uma *conseqüência meramente eventual* do ato contrário ao direito, pois esse último pode, ou não, gerá-lo. O fato de uma transgressão não ter produzido dano, *não permite que o processo civil possa deixá-la de lado, como se não mais importasse ou tivesse significação*. Quando se toma em consideração a *função de proteção das normas jurídicas não-penais*, não é difícil perceber que, em determinados casos, um ilícito – ainda que configurando ação que se exaure em um único instante – pode possuir eficácia continuada, como no caso de exposição à venda de produtos nocivos à saúde do consumidor.⁶¹

Assim, atualmente não há como ignorar a necessidade de estabelecer tutelas capazes de assegurar tão somente a remoção do ato ilícito, isto é, preocupada apenas e tão somente com o ato contrário ao direito, desvinculada da ocorrência – ou não – do dano, buscando secar a fonte dos danos (e com isso, impedir a ocorrência dos danos ou sua continuidade) mediante a remoção do ilícito. Por óbvio, nada impede a cumulação com tutela ressarcitória se já ocorreram danos, utilizando-se a remoção para evitar a continuidade da produção dos danos.

Assim como o processo de conhecimento foi estruturado pelo direito liberal para atuar apenas e tão somente na reparação do dano, evidente é que o mesmo era completamente ineficaz para prevenção do dano. Do mesmo modo, a tutela cautelar, que por ser instrumental (garantia da efetividade do processo de conhecimento), não poderia assumir tal feição, pois o instrumento jamais poderia atingir um resultado que a própria tutela final não poderia conceder. Embora se possa dizer que a tutela cautelar dirigida contra o perigo possa ter função preventiva, certo é que ela *não foi instituída para evitar a violação do direito, mas sim porque a*

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 68.

*violação pode trazer conseqüências que podem constituir prejuízos não reparáveis através da tutela final.*⁶²

A tutela inibitória ou de remoção do ilícito não podem ser confundidas com tutela cautelar, pois não são instrumentais ou assecuratórias de outras tutelas. De fato, inviável é que a tutela cautelar possa extrapolar os limites de dar garantia ao processo, passando a dar tutela ao próprio direito material, assim *não só tornar sem sentido a própria “ação principal”, como eliminar a própria característica da instrumentalidade que lhe foi concedida.*⁶³

O fato de se designar algumas cautelares como “satisfativas”, eis que bastava a cautelar para satisfazer os interesses do autor, independentemente de uma ação principal, decorreu do fato de que se buscava uma tutela contra o ilícito e não contra o dano. Com isso, caracterizou-se o uso desvirtuado da cautelar, pois não criada para inibir ou remover o ilícito, tornando a cautelar um processo principal, um vez que o processo de conhecimento era inidôneo para prestar tutela preventiva (inibitória ou de remoção do ilícito).

Atualmente,

As ações inibitória e de remoção do ilícito são autônomas, e assim devem ser veiculadas através do processo de conhecimento, especificamente por intermédio de um procedimento dotado de técnica antecipatória e das sentenças mandamental e executiva. Atualmente, diante de uma leitura adequada dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, não há como ignorar que os direitos à inibição e à remoção do ilícito podem ser efetivamente exercidos através de ação de conhecimento, o que não mais justifica o uso distorcido da ação cautelar.⁶⁴

Por outro lado, embora a sentença declaratória possa ser admitida antes da violação do direito, eis que tem por finalidade apenas a declaração (não incidindo

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 72.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 256.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 79-80.

sobre a vontade do réu), não tem ela função preventiva, pois não têm efetividade. Conforme José Carlos Barbosa Moreira, a sentença declaratória só terá função preventiva *desde que a parte vencida saia também convencida e se resolva a cumprir a obrigação em tempo oportuno*.⁶⁵ É que tal sentença – forjada na ideologia liberal – não tem força para evitar que o réu pratique o ato ilícito, pois o *remédio é fraco: basta pensar que, na eventualidade do inadimplemento, o titular do direito lesado terá de voltar a juízo para pleitear a condenação do infrator, ao qual se concede assim uma folga em boa medida tranqüilizadora*.⁶⁶ Se não acatada a decisão declaratória pelo réu, restaria ao prejudicado apenas e tão somente ação ressarcitória contra o infrator, para haver os danos causados pelo ato contrário ao direito.

Por fim, impõe não olvidar que o ressarcimento pode ser realizado não só mediante o equivalente em dinheiro, mas também na forma específica, surgindo a possibilidade de o Juiz impor ao réu multas (*astreintes*), agindo sobre a vontade do infrator, como forma de dar efetividade⁶⁷ ao dever de reparar, visando “convencer” o infrator a reparar diretamente ou por intermédio de terceiro. A superação da ideologia liberal – que via na imposição de multa um indevido atentado contra a liberdade individual - é imprescindível à efetividade da tutela específica das obrigações.

Enquanto a tutela específica busca o *idem* (satisfação aos direitos de forma *in natura*, isto é, tencionando satisfazer a *res in iudicium deducta*, o direito deduzido pela parte, cumprindo ou fazendo cumprir exatamente aquilo que é devido:

⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de Direito Processual* – 2ª Série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 27.

⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de Direito Processual* – 2ª Série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 27.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 77: *a imprescindibilidade do uso da multa para dar efetividade ao ressarcimento na forma específica é evidente*.

praestatio vera rei debita), a tutela pelo equivalente é a tutela clássica, forjada no Estado Liberal clássico, eminentemente patrimonialista, e por isso supunha que os direitos poderiam ser adequadamente tutelados por intermédio da tutela ressarcitória (*in quod interest*). Daí que, contra o ilícito, a única forma de tutela era a da reparação em dinheiro (se todas as pessoas são iguais, não há razão para tratar diferentemente os bens, sendo suficiente o ressarcimento em pecúnia para manter o mercado em funcionamento).

A unificação dos conceitos de ilicitude e responsabilidade, fez supor que o bem juridicamente protegido era a mercadoria – a *res* dotada de valor de troca -, e que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão, mediante execução por expropriação de bens. Ora, o dever de reparar (responsabilidade decorrente do ilícito) não se confunde com o ressarcimento, isto é, com as formas que podem ser utilizadas para a reparação (pecúnia ou em forma específica). Ressarcir não tem o sentido apenas de indenizar (tornar indene, pagar em dinheiro o valor equivalente ao dos danos causados), mas também o de restaurar, recompor *in natura* o que foi danificado, mediante a imposição de prestações positivas (fazer) ao agente do ilícito, por parte do Julgador, sob pena de coerção (multa ou *astreintes*). A partir do momento em que se amplia o conceito de ressarcimento, não mais pode o devedor escusar-se de reparar na forma específica sob o argumento de “autonomia de vontade” (ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei).

Assim, dissociando-se os conceitos de ilícito e dano, pode-se perceber que o *dever de reparar* (responsabilidade) não se confunde com as *formas de reparação* (resultado no plano do direito material: pelo equivalente ou em forma específica), e se percebe que há atos contrários ao direito que, ainda que não produzam danos,

podem e devem ser sancionados pelo processo civil, mediante a utilização das tutelas específicas: inibitória e de remoção do ilícito. O ilícito, mesmo sem repercussão danosa, não deixa de ser ilícito, sendo completamente ilógico a prática de ato contrário ao direito ao simples argumento de que, se não causa dano, é permitido.

Historicamente, o processo se desenvolveu para evitar ou reparar o dano, sendo que o ilícito somente existia atrelado ao conceito de dano. Como o direito brasileiro não havia realizado a distinção entre o ilícito e o dano, confundiu tutela contra o ilícito (inibitória ou remoção do ilícito), com tutela contra o dano. Por isso, procurando responder às necessidades de efetividade do processo e na ausência de instrumento, utilizou-se dos conceitos então conhecidos (dano ou probabilidade de dano) para possibilitar a inibição do ilícito ou sua remoção, utilizando para isso da medida cautelar inominada (e caracterizando, assim, o uso desvirtuado da cautelar).

3 O direito fundamental à tutela específica

3.1 A função jurisdicional no estado liberal

Ainda tem invulgar força, entre nós, a noção chiovendiana de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei⁶⁸, formulando o juiz uma norma individual para o caso concreto (justa composição da lide⁶⁹). Referidos conceitos são frutos da ideologia liberal dominante na época em que foram formulados, proclamando a supremacia da lei, independentemente de quaisquer considerações

⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 55.

⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 40.

sobre justiça. Substituíram o absolutismo real pelo absolutismo legislativo, reduzindo o direito à lei⁷⁰. Pelo princípio da legalidade formal, todo o direito está contido na lei, cuja validade dependeria única e exclusivamente da competência legislativa e a regularidade das formas de sua produção, sem qualquer preocupação com a noção de justiça.⁷¹

Dentro dessa ideologia, nítida era a superioridade do legislativo, a quem incumbia fazer a lei. Aos cidadãos, era permitido realizar tudo o que não fosse expressamente proibido pela lei. Ao executivo cabia apenas atuar quando autorizado pela lei e, mesmo assim, dentro dos seus estreitos limites. Ao Judiciário, como já visto, cabia apenas e tão somente aplicar a lei, ou melhor, revelar a vontade da lei, sem qualquer possibilidade de interpretação⁷².

Importante lembrar que a legalidade era estreitamente ligada ao princípio da liberdade. Assim, as normas jurídicas deviam ser gerais e abstratas. Na generalidade, a garantia de igualdade ou de não discriminação dos indivíduos, e assim garantindo a liberdade (não discriminando ninguém). Pela abstração, a garantia da estabilidade do ordenamento jurídico, pois não só eliminava a

⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 24: *El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían lá reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.*

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo Y Gerado Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed, 2005, p. 52-53: *En efecto, el postulado del positivismo jurídico clásico es el principio de legalid formal, o, si se quiere, de mera legalid, como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes. Conforme a él, una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud únicamente, de las formas de su producción. Como sabemos, la afirmación de este postulado provocó un radical cambio de paradigma respecto del derecho premoderno: la separación entre derecho y moral, es decir, entre validez y justicia, como consecuencia del carácter totalmente artificial y convencional del derecho existente.*

⁷² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 27. *É através do “processo de conhecimento”, ordinário por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital. É por meio dele que o sistema pretende manter a neutralidade – melhor, a passividade – do juiz durante o curso da causa, ara somente depois de haver descoberto a “vontade da lei” (Chiovenda), autorizar-lhe a julgar, produzindo o sonhado juízo de certeza.*

necessidade de novas leis sobre o mesmo assunto, como também impossibilitava ao Judiciário interpretá-la.⁷³

Na lógica liberal-burguesa, a Constituição era intangível, *mas só para evitar a restauração do poder do Regime Antigo, pois podiam ser modificadas para beneficiar a burguesia e, nessa perspectiva, podiam ser ditas Constituições flexíveis.*⁷⁴ E, desta forma, não impossibilitava as transformações desejadas pelos detentores do poder. A unidade da lei não era propiciada pela Constituição, mas sim pelo poder político e social do parlamento, e sua coerência advinha da coesão política da classe burguesa, cuja ideologia permeava todo o ordenamento jurídico. De modo que a unidade do ordenamento não precisava ser garantida por uma norma, na medida em que estava alicerçada nos valores da força política – burguesia - que sustentava o Parlamento.⁷⁵

Inspirado nessa matriz ideológica nasceu o positivismo jurídico, declarando a neutralidade do julgador e limitando a atividade do julgador à descrição da norma e à declaração da vontade da lei, sem qualquer preocupação com o seu conteúdo. Por importar em verdadeira simplificação das funções jurídicas, reduzidas que foram à mecânica aplicação da lei⁷⁶, o positivismo jurídico, *originariamente concebido para*

⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 29.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 16.

⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 30: *.. el principio de lealidad taducía en términos constitucionales la hegemonia de la burguesía, que se expresaba en la Cámara representativa, y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que de ser poderes autónomos pasaban a estar subordinados a la ley.*

⁷⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 33: *Su significado supone una reducccón de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos Y la justicia – a lo dispuesto por la ley. Esa simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley...*

*manter a ideologia do Estado liberal, transformou-se, ele mesmo, em ideologia*⁷⁷, servindo para manutenção do *status quo* das classes dominantes.

O conceito de jurisdição atrelado à atuação da vontade da lei reproduzia os valores do Estado Liberal, isto é, a igualdade formal, a liberdade individual mediante a não intervenção do Estado nas relações particulares, a separação dos poderes marcando a subordinação do judiciário ao legislativo e, ainda, a expressão máxima do positivismo jurídico: a supremacia da lei. A função da jurisdição, assim, era de proteger os direitos subjetivos dos particulares - e para isso deveria aplicar a lei -, viabilizando a reparação do dano. Era impensável atuação judicial antes de uma violação de direito subjetivo, dado que a atuação do Juiz, sem a existência de uma violação da lei, *seria vista como um atentado à liberdade individual*.⁷⁸ Ademais, a redução dos bens à sua expressão pecuniária (satisfação de perdas e danos) era considerado um mecanismo que tornava todos iguais – pelo valor do equivalente em dinheiro -, inviabilizando a tutela específica. Impensável era, nessa época, a tutela preventiva, conforme já visto no item anterior.

O conceito de jurisdição moldado no seio do Estado Liberal *revela a preocupação em salientar que a jurisdição exerce um poder voltado à afirmação do direito objetivo ou do ordenamento jurídico*.⁷⁹

Segundo Luiz Guilherme Marinoni⁸⁰ deve-se a Lodovico Mortara a transposição do processo civil da esfera privada (posto a serviço dos particulares)

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 17.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 18.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 32.

para a esfera pública, passando a ser tratado como instituto de direito público (como instrumento de reafirmação da autoridade do Estado). Entretanto, ao marcar a atividade do juiz como simples declaração ou atuação da lei, manteve-se fiel aos paradigmas liberais então vigentes.

Giuseppe Chiovenda delineou a separação entre a ação e o direito subjetivo material, defendendo a autonomia do processo. A ação é o poder de provocar o Estado-Juiz, e essa atividade não é outra que não atuar a lei, e não a realização do direito material. Para ele, a ação de conhecimento, *consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei em relação às partes.*⁸¹ Logo, a noção de jurisdição ficava reduzida à lei, ou mera declaração da lei⁸², ou melhor, atuação da vontade do legislador. Os juízes nada podiam criar, e mais uma vez respicitinando a ideologia liberal.

Para Francesco Carnelutti, a jurisdição se traduz na justa composição da lide. A lide é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro.⁸³ A lide – marcada pelo conflito de interesses – é o ponto de partida para a existência da jurisdição, pois, *havendo lide a atividade do juiz é jurisdicional, mas não há jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz.*⁸⁴

Carnelutti viu o processo por um ângulo privado, de acordo com os interesses das partes (composição da lide) e, para ele, a sentença compõe o ordenamento

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 19.

⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal*. Madrid: Reus, s/d, p. 365.

⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 55.

⁸³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 40.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 35.

jurídico, pois transforma a norma abstrata em lei particular para as partes (pois cria uma regra particular para o caso concreto), compondo a lide.⁸⁵ Com igual concepção, Calamandrei argumenta que a lei abstrata se *individualiza por obra do juiz*⁸⁶. Chiovenda, por sua vez, viu o processo por um ângulo publicista (atuação da vontade concreta do direito), e, por isso, a atuação jurisdicional é meramente declaratória, de modo que a sentença apenas declara a vontade da lei, e, por isso, não integrando o ordenamento jurídico (é externa). Não obstante as diferenças de posicionamento entre eles, forte é a concepção comum de que a atividade jurisdicional está umbilicalmente ligada ou subordinada à lei: o juiz declara a lei.

3.2 A função jurisdicional frente ao neoconstitucionalismo

Conforme já vincado, a ideologia liberal prega a igualdade formal de todos perante a lei, elaborada de forma genérica e abstrata, independentemente de quaisquer considerações sobre eventuais desigualdades entre as diversas camadas ou estamentos sociais. Lógico é que essa concepção de neutralidade e generalidade legal também influenciou a atuação da jurisdição, uma vez que, se a lei não poderia levar em consideração as desigualdades sociais, ao judiciário também era defeso levar em consideração as mesmas desigualdades sociais ao interpretar (declarar) a lei.

Contudo, a história demonstrou que a liberdade não poderia ser plenamente usufruída sem igualdade material entre os cidadãos, sem que se assegurasse aos

⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 18.

⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli: Morano, 1970, p. 156.

mesmos condições mínimas de desenvolvimento humano e social. Por força das pressões sociais, e do acesso às casas legislativas de representantes de múltiplas correntes sociais e ideológicas, o próprio legislativo começou produzir leis cada vez mais específicas, de proteção a determinados grupos de interesses.⁸⁷

Tais circunstâncias impuseram uma reformulação do conceito de legalidade, até então entendido como a lei, que continha todo o direito e cuja legitimidade dependida apenas e tão somente do cumprimento das regras formais de sua produção pelo legislativo. Tomou-se consciência de que a produção legislativa, além de um controle formal, deveria ter um controle substancial, de conteúdo, permitindo sua *conformação aos princípios de justiça*.⁸⁸

Tais princípios foram inseridos no Texto Constitucional e, para que este não pudesse ser modificado pelo legislador ordinário, dotou-se a Constituição de *rigidez*. Mais, suas disposições passaram a ter aplicabilidade direta, pois *a norma constitucional pode, também (...) ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil*⁸⁹, passando a lei a subordinar-se diretamente à constituição.⁹⁰ Logo, a produção legislativa deve conformar-se aos princípios fundamentais postos na

⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 37: *Dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de igualdad del llamado “estado social” (para cada situación una disciplina adecuada a sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador. De ahí la explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad.*

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 25.

⁸⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Divil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 11.

⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Divil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 05: *Daí a obrigação – não mais livre escolha – imposta aos juristas de levar em consideração a prioridade hierárquica das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto.*

Constituição⁹¹. Com isso, substituiu-se o princípio da legalidade formal pelo *princípio da estrita legalidade ou da legalidade substancial*.⁹²

Conforme Luiz Guilherme Marinoni, não há mais sentido em considerar a jurisdição como mera função de atuação ou declaração da lei, uma vez que o Judiciário deve compreendê-la e interpretá-la *a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais*.⁹³

Neste sentido, Jônatas Luiz Moreira de Paula, analisando o conceito de jurisdição sob a ótica da teoria crítica do direito de Luiz Fernando Coelho⁹⁴, concluiu que

Sob a postura da teoria crítica e de suas premissas, a jurisdição civil vem a ser a real e efetiva solução da lide posto a conhecimento do Poder Judiciário, sob a sua responsabilidade, com a finalidade de circular e distribuir rendas e bens de consumo.⁹⁵

⁹¹ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta. 2001, p. 34.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo Y Gerado Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed, 2005, p. 53: *El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones.*

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 45.

⁹⁴ A teoria crítica do direito consiste em uma teoria do direito que, sem abdicar de certo rigor na explicitação das hipóteses, conceitos e categorias que constituem o objeto da tese isso em homenagem à cientificidade exigida nos trabalhos acadêmicos, assumisse o conteúdo ideológico desse mesmo objeto e procurasse conciliar tal exigência com um compromisso que se afigura basilar, o estabelecimento de condições históricas que propiciem a realização do ser humano em suas potencialidades, como indivíduo e como membro de uma comunidade, e, de maneira mais prosaica, condições para que o homem possa ter uma existência digna e realizar o ideal eudemonístico que constitui sua primeira vocação, isto é, para que possa ser feliz neste mundo. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ªed. Re., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del. Rey, 2003. p. 7). Isto é, trata-se de uma teoria impura, no sentido de que ela se fundamenta em pressuposto ontológico oposto ao do purismo metodológico kelseniano. A teoria que proponho repele a atribuição ao direito de estatuto ontológico alheio à ontologia social, e considera falaciosa a redução do fenômeno jurídico às possibilidades ônticas elaboradas a partir dos esquemas lógicos que o antecedem como experiência (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ªed. Re., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del. Rey, 2003. p. 7-8). Em resumo, é a análise do direito sob a ótica da sociedade, condensada e filtrada na realidade social (identificando os estratos sociais, a ideologia, os instrumentos de alienação e a práxis existentes, e a partir daí construir novos conceitos jurídicos). Trata-se de reconhecer que o jurista é parte do objeto que estuda (fenômeno jurídico), e este objeto, por sua vez, é parte do fenômeno social, do qual não pode ser desligado ou separado.

O autor destacou do conceito acima, entre outras, a palavra *efetiva*, como sendo *aquela que realiza concretamente os anseios dos litigantes*⁹⁶, o que se esparge em duas vertentes: efetividade e satisfação. Terá efetividade a jurisdição que estiver *munida de instrumentos viáveis para garantir o comando jurisdicional determinado*, isto é, municiada de *meios para a realização de seus comandos*. Será satisfativa, quando não se limita a declarar o direito, *mas concretamente realizar a pretensão dos litigantes*.⁹⁷

Houve uma mudança de paradigma que levou à necessidade de repensar o papel da doutrina e da ciência jurídica, mais do que interpretar e descrever a lei, pois esta não é mais o objeto⁹⁸, e sim parte integrante do ordenamento jurídico que compreende também os princípios e direitos fundamentais, que são o ponto de partida de qualquer interpretação, e definem o seu conteúdo em cada caso concreto.⁹⁹ E assim o é, pois os princípios constitucionais e os direitos fundamentais albergados na Constituição (mesmo os não explícitos) conferem unidade e harmonia

⁹⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Uma visão crítica da jurisdição civil*. Leme: Led, 1999. p. 98-99.

⁹⁶ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Uma visão crítica da jurisdição civil*. Leme: Led, 1999. p. 100.

⁹⁷ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Uma visão crítica da jurisdição civil*. Leme: Led, 1999. p. 100.

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho, Neoconstitucionalismo(s)*. (Coord.) Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 18.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 26: *Comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, o jurista não deve mais apenas revelar as palavras da lei, mas sim projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só restará ao jurista demonstrar a inconstitucionalidade da lei, ou – ainda de forma figurativa – descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem adequada.*

ao ordenamento jurídico¹⁰⁰, têm plena eficácia e devem se impor ao julgador de forma vinculante, para dar efetividade aos direitos.¹⁰¹

3.3 A função jurisdicional e o estado constitucional

As regras jurídicas são normas destinadas a regular situações concretas, determinadas situações, e se esgotam em si mesmas. As regras geralmente constam na legislação infraconstitucional, mas nada impede que constem, também, do texto constitucional.

Os princípios, por sua vez, são *normas constitucionais que definem conceitos de justiça e que expressam direitos*¹⁰², e, por isso mesmo, são constitutivos da ordem jurídica¹⁰³, pois definem os critérios para compreensão e aplicação das regras em cada situação concreta. Para Robert Alexy, os princípios são *mandados de otimização*, pois ordenam que algo seja realizado *na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*.¹⁰⁴ A aplicação se faz não por

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *A nova interpretação constitucional. (Org)*. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo Y Gerado Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed, 2005, p. 55-56: *formamos parte del universo artificial que describimos y contribuimos a construirlo de manera bastante más determinante de lo que pensamos. Por ello, depende también de la cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad*.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 27.

¹⁰³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 110: *..solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico..*

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86 e ss.

simples subsunção, mas por ponderação, que leva em consideração o peso dos princípios em colisão, segundo *as circunstâncias do caso concreto*¹⁰⁵.

Os princípios, assim, não se destinam a simplesmente auxiliar a atuação das regras (interpretação e controle da constitucionalidade), isto é, não são meras *válvulas de segurança*¹⁰⁶ destinada a resolver problemas insolúveis pelas regras, mas também estabelecem valor normativo aos fatos, indicando como a lei deve ser interpretada para não atingí-los.¹⁰⁷ Assim, para a interpretação, a norma não pode ser interpretada em abstrato, mas ao contrário, a sua significação parte do concreto e a ele retorna.¹⁰⁸

A invulgar força da ideologia liberal se mostrou logo que foram inseridos os primeiros princípios nas Constituições elaboradas após a segunda guerra mundial. De fato, para os liberais não era possível *aceitar que o juiz possa aplicar uma norma que não se revele mediante o seu próprio texto e, ao contrário, exija do intérprete*

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86 e ss.

¹⁰⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 117: *Esto deriva del persistente prejuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios son un plus, algo que sólo es necesario como “válvula de seguridad” del ordenamiento. Una vez más, el positivismo se revela como una ideología distorsionadora en el campo del derecho.*

¹⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 118: *La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla – como razona el positivismo jurídico –, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.*

¹⁰⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 122: *La concepción del derecho ‘por principios’ tiene, por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma.*

uma ampla dose de subjetividade para a definição do seu significado¹⁰⁹, pois ultrapassaria o papel reservado ao Juiz de apenas reproduzir a solução posta na lei, o que era incompatível com a segurança jurídica. Por isso, de início, se entendeu que os princípios representavam meras aspirações ou declarações de objetivos éticos ou políticos¹¹⁰, o que, para se tornar realidade (isto é, para se tornar verdadeiro direito), deveria ser particularizado e inserido no ordenamento jurídico mediante lei infraconstitucional.¹¹¹ Em outras palavras, para os liberais, os princípios constitucionais não tinham força normativa e nenhuma eficácia, de maneira que os mesmos somente poderiam ser explicitados e desenvolvidos pelo legislativo, jamais pelo judiciário. Constituiriam mera retórica ou retórica ou discurso político.¹¹²

Hodiernamente, afastado a duras penas o entendimento defendido pelos liberais – dada a força do apelo do dogma da subsunção, que exige do judiciário da responsabilidade de seus decisões¹¹³ -, tem-se que os princípios constitucionais, por

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 28.

¹¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 112-113: *Según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una “contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc. Estas normas no podrían ser alegadas ante un juez por parte de los interesados, serían causa de aspiraciones frustradas y, de este modo, alimentarían la desconfianza en el derecho; si alguien pretendiese extraer de ellas consecuencias jurídicas concretas aumentaría la confusión e inseguridad”*. .

¹¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 113: *En todo caso, su operatividad como auténtico derecho estaría condicionada a las sucesivas opciones políticas de la ley que las desarrollara*.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo Y Gerado Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005, p. 45: *Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes*.

¹¹³ KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Trad. Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 115: *Los que piensan seriamente esto mediante contratendencias jurisdicadoras predicando oídos sordos, y aquellos que están dispuestos a discutir y argumentar en un sistema realmente abierto son, en resumidas cuentas, un pequeño puñado; la mayoría quisiera más bien ligar-se a “la letra desnuda y rigurosa de la ley” y con ello liberarse de toda responsabilidad propia*.

se referirem a direitos humanos e princípios materiais de justiça, buscando a igualdade substancial, exigem o reconhecimento da força normativa da Constituição, autorizando à jurisdição a conformação das regras aos princípios constitucionais.¹¹⁴

Como já visto, os princípios revelam valores e conteúdos que são preenchidos pelos intérpretes, segundo a sua carga ideológica, cultural, social, religiosa, etc... Razão disso, o conteúdo, sentido e alcance dos princípios é mutável, na mesma razão e intensidade das mutações sociais.

Será ele preenchido de conteúdo, pelo intérprete, em cada caso concreto, e por isso não só o princípio evolui em sentido e alcance, acompanhando a evolução da própria sociedade, tornando inviável o estabelecimento de hierarquia entre eles. A convivência entre eles é estabelecida pela ponderação ou proporcionalidade. É uma questão do peso de cada princípio em cada caso concreto, que vai indicar, segundo as circunstâncias específicas do caso, qual princípio irá preponderar na hipótese concreta.¹¹⁵

Com essas considerações, se tem que o Juiz

...não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais.¹¹⁶

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 28: *...a compreensão da lei a partir da Constituição expressa uma nova feição do positivismo, que pode ser qualificada de positivismo crítico ou de pós-positivismo, não porque atribui às normas constitucionais o seu fundamento, mas sim porque submete o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei.*

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 88-92.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 54.

Atualmente, assim, o juiz não mais pode se ater ao confortável processo lógico de subsunção dos fatos à lei, devendo abandonar a ilusão da neutralidade e assumir a responsabilidade de construir – com apoio da Constituição Federal – a solução mais justa para o caso concreto.

3.4 A função jurisdicional e o controle de constitucionalidade

Em um ordenamento com constituição rígida, como é o nosso caso, o controle de constitucionalidade decorre do princípio da supremacia¹¹⁷ da constituição sobre todo o ordenamento jurídico, e é *imprescindível para a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, mediante a fiscalização dos atos dos demais poderes.*¹¹⁸ E assim o é, pela necessidade de estabelecer um sistema de pesos e contrapesos, de forma que os poderes do Estado possam exercer controle e fiscalização mútua. No caso específico do controle de constitucionalidade, a proteção dos administradores contra o Poder Legislativo e Executivo, no tocante à necessária observância, por esses poderes, das regras e direitos garantidos na Constituição Federal. Neste sentido, Olavo Alves Ferreira,

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 245: *A Constituição confere à ordem estatal e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estatal. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do estado de Direito encontra uma primeira de decisiva expressão. No mesmo sentido, MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 598: ... a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.*

¹¹⁸ FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Ed. Método, 2003, p. 17.

A doutrina da separação dos poderes serve atualmente como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a distribuição por diversos órgãos de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano.¹¹⁹

Com a clareza que lhe é peculiar, Luis Roberto Barroso, assim justifica a atribuição, ao Poder Judiciário, do poder-dever de exercer o controle de constitucionalidade dos das leis e dos atos normativos:

...a lógica do judicial review, conquanto engenhosa em sua concepção é de enunciação singela: se a Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela incompatível é nula. Juízes e tribunais, portanto, diante da situação de aplicar a Constituição ou uma lei com ela conflitante, deverão optar pela primeira. Se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao Legislativo, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente.¹²⁰

Além disso, é função primordial do controle da constitucionalidade a proteção dos direitos fundamentais, configurando-se *como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito*¹²¹.

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação ou compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com o texto constitucional. Essa verificação se faz tanto no sentido formal (requisito de forma: inconstitucionalidade formal), quando no seu aspecto material (requisito de conteúdo: inconstitucionalidade material). São requisitos formais, isto é, aqueles atinentes à

¹¹⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 775.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42-43.

¹²¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 599.

observância do processo legislativo previamente definido em lei: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras do processo legislativo constitucional*¹²²: A) **subjetivos** (referentes ao poder de iniciativa legislativa para determinado assunto); B) **objetivos** (referentes à constituição e ao complemento do processo legislativo, isto é, ao trâmite e ao quorum necessário para deliberar sobre o assunto). São requisitos substanciais ou materiais, a *verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal*¹²³, isto é, o conteúdo da lei ou ato normativo.

O já mencionado controle de constitucionalidade pode ser realizado por diversas formas, surgindo interesse, portanto, em conhecer quais as formas de classificação dos mecanismos de controle.

Classificando-se os mecanismos de controle conforme a natureza do órgão de controle, tem-se: A) o **controle político**, isto é, aquele realizado no âmbito do Poder Legislativo (por intermédio da Comissão de Constituição e Justiça) ou executivo (veto), e; B) o **controle judicial**, realizado pelo Poder Judiciário.

De outra forma, utilizando como critério de classificação o momento em que é exercido o controle, tem-se: A) **controle preventivo**, que é aquele realizado antes da promulgação da lei, e não declara a inconstitucionalidade, mas evita a entrada em vigor do ato ou norma tida como inconstitucional. Como exemplos, tem-se o controle exercido pelas comissões de Constituição e Justiça e o veto presidencial¹²⁴ e, ainda, eventualmente, o mandado de segurança *requerido por parlamentares*,

¹²² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 600.

¹²³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 601.

¹²⁴ Os Poderes Legislativos utilizam-se das comissões de constituição e justiça (CF, art. 58), para controle da constitucionalidade prévio e concomitante à deliberação legislativa, ou do veto do Poder Executivo (CF, art. 66, § 1º).

*contra o simples processamento de propostas de emenda à constituição cujo conteúdo viole, alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º.*¹²⁵ E, B) **controle repressivo**, realizado, no Brasil, essencialmente, pelo Poder Judiciário (CF, art. 102, I, a, c/c art. 97), embora o legislativo e o executivo, em casos excepcionais, também possam realizar esse tipo de controle.¹²⁶

Ainda, classificando-se o mecanismo de controle tendo em vista o órgão judicial que exerce o referido controle, se tem: A) controle difuso – *diz-se que o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte;*¹²⁷ e, B) Controle concentrado – *No controle concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal.*¹²⁸

Por fim, utilizando o critério da forma ou modo de exercício do controle judicial, classificam-se os mecanismos de controle de constitucionalidade da seguinte forma: A) controle por via incidental (concreto), que é o *controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz*

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45. No mesmo sentido, MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 617: *Assim sendo, o controle jurisdicional sobre a elaboração legiferante, inclusive sobre propostas de emendas constitucionais, sempre se dará de forma difusa, por meio de ajuizamento de mandado de segurança por parte de parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo. Reitere-se que os únicos legitimados à propositura de mandado de segurança para defesa do direito líquido e certo de somente participarem de um processo legislativo conforme as normas constitucionais e legais são os próprios parlamentares.*

¹²⁶ Por exceção, o Poder legislativo tem duas hipóteses de controle repressivo de constitucionalidade, a saber: A) o art. 49, V, da CF, mediante o qual o Congresso nacional pode sustar, por decreto legislativo, decreto presidencial (CF, art. 84, V) ou lei delegada (CF, art. 68), por desrespeito aos limites regulamentares ou aos limites de delegação legislativa; B) o Art. 62, da CF, mediante o qual pode ser rejeitada uma medida provisória, por vício de inconstitucionalidade.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46.

*parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão prejudicial figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente*¹²⁹. No caso, o poder Judiciário analisa a questão da constitucionalidade em um caso concreto, incidentalmente, onde a constitucionalidade não é o objeto principal da ação¹³⁰; e, B) controle por via principal ou ação direta (abstrato), que é o *controle exercido fora de um caso concreto, independentemente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de um mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição*.¹³¹ Na via de ação direta, o objetivo é unicamente o de analisar a constitucionalidade ou não, de uma lei ou ato normativo, independentemente da existência de um caso concreto. Ou melhor, *no controle abstrato se faz presente a inexistência de partes, e pode ser instaurado independentemente da demonstração da existência de um interesse jurídico específico, configurando típico processo objetivo, cuja finalidade é a preservação da ordem pública*.¹³² A diferença entre as duas formas (concreto e abstrato), é que no controle concreto a questão da constitucionalidade é analisada

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

¹³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 60: *Na via de exceção, a pronúncia do judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ou interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.*

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49.

¹³² FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Ed. Método, 2003, p. 35.

incidenter tantum, como matéria prejudicial ao exame de uma decisão envolvendo um caso concreto. Diferentemente, ocorre no controle abstrato, quando, independentemente de um caso concreto, *o próprio pedido da ação intentada será a inconstitucionalidade do ato, que deverá ser declarada no dispositivo da decisão, em julgamento principaliter*.¹³³

O controle difuso pode ser realizado por qualquer Juiz ou Tribunal, sendo certo que, frente à cláusula de reserva de plenário (art. 97, da CF), a inconstitucionalidade somente poderá ser declarada pela maioria absoluta da totalidade dos membros do Tribunal, ou, do órgão especial, sob pena de nulidade da decisão, embora o Juiz monocrático possa assim decidir sem qualquer nulidade. A decisão proferida por qualquer Juiz ou Tribunal da instância ordinária¹³⁴, entendendo pela inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, é decisão que produz efeitos apenas entre as partes que participaram do processo (*res inter alios acta*)¹³⁵.

O STF também pode realizar o controle difuso de constitucionalidade (também produzindo efeitos meramente *inter alios acta, ex tunc*). Entretanto, de suas decisões assim tomadas – também vinculadas ao princípio da reserva de plenário - pode oficiar ao Senado Federal para que este, nos termos do art. 52, X, da CF, suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado

¹³³ FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Ed. Método, 2003, p. 40-41.

¹³⁴ Assim considerados todos os tribunais inferiores ao STF, que é a instância extraordinária.

¹³⁵ Interessante é o caso das Ações Cíveis Públicas, cuja sentença de procedência faz coisa julgada *erga omnes*, não se limitando as partes que participaram no feito¹³⁵. Produz a decisão, proferida em ação civil pública e que declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, os mesmos efeitos da decisão proferida pelo STF? MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 615-616, responde: *Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal não admite ação civil pública em defesa de direitos coletivos ou difusos como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, vedando-a quando seus efeitos forem erga omnes e, portanto, idênticos aos da declaração concentrada de inconstitucionalidade. Diversa, porém, é a hipótese vislumbrada pelo Pretório Excelso quando tratar-se de direitos individuais homogêneos, previstos no art. 81, inc. III, da Lei nº 8.078/90, pois nesses casos a decisão só alcançará este grupo de pessoas, e não estará usurpando a finalidade constitucional das ações diretas de inconstitucionalidade, sendo permitida.*

inconstitucional por decisão definitiva do STF. Contudo, *tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada in concreto pelo Supremo Tribunal; sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política...*¹³⁶ A resolução do Senado, suspendendo a execução da lei, produz efeito *erga omnes*, mas limitada a partir da publicação da resolução (*ex nunc*).

O controle concentrado, por sua vez, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, em razão da expressa reserva de competência Estabelecida na Constituição Federal (CF, art. 102, I), e é exercido por intermédio das denominadas ações diretas, quais sejam: a) A ação direta de inconstitucionalidade genérica (CF, art. 102, I, a), que tem função precípua de *declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-Membros, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e, que ainda estejam em vigor.*¹³⁷; b) A ação direta de inconstitucionalidade interventiva (CF, art. 36, III), que possui *dupla finalidade, pois pretende a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal (finalidade política), constituindo-se, pois, um controle direto, para fins concretos*¹³⁸; c) A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º) cujo objetivo é o de dar eficácia plena às normas constitucionais de eficácia contida, isto é, que não são auto-aplicáveis por depender de regulamentação

¹³⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 613.

¹³⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 628.

¹³⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 653.

infraconstitucional. Se o legislativo – destinatário do dever imposto pela Constituição Federal de regular a matéria – não cumpre o imperativo constitucional, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. É um instrumento que foi praticamente *morto* pelo Supremo Tribunal Federal que, firme na tradição, entendeu não ser possível substituir o legislativo na função de regulamentar o dispositivo constitucional¹³⁹; d) A ação declaratória de constitucionalidade (cf, art. 102, I, a, *in fine*), que tem por objetivo levar ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a constitucionalidade de um determinado dispositivo legal que esteja dando azo à multiplicação de litígios em controle difuso, antecipando o conhecimento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. Isto é, *transfere-se, por intermédio da ação em estudo, a decisão sobre a constitucionalidade de determinado dispositivo legal que esteja sendo constantemente questionado perante os Juízes e tribunais inferiores para que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, profira sua decisão, que vinculará a todos os órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, com fundamento na segurança jurídica obtida por intermédio de uma presunção absoluta de constitucionalidade, que se perpetuará, já que a decisão é irrecorrível e não passível de impugnação por ação rescisória, nos termos do art. 26, da Lei 9.868/99*¹⁴⁰; e, e) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art.

¹³⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 656.: *ciência para adoção das providências necessárias, sem prazo preestabelecido. Nessa hipótese, o Poder legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu munus, sob pena de afronta a separação dos poderes, fiada pelo art. 2º da Carta constitucional. Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos ex tunc e erga omnes, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, e da omissão ocorrer qualquer prejuízo.*

¹⁴⁰ FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Ed. Método, 2003, p. 49-50.

102, § 1º)¹⁴¹, regulamentada pela Lei nº 9.882/99, admitindo a forma de ação autônoma (tendo como pressupostos: subsidiariedade, lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental e um ato do Poder Público potencialmente lesivo) ou incidental (esgrimida em razão de um litígio pré-existente, onde se discute direitos subjetivos submetidos à apreciação do Poder Judiciário), permitindo o controle de constitucionalidade, via arguição de descumprimento de preceito fundamental, de atos infralegais do Poder Público Federal, Estadual e Municipal, além de atos normativos e de atos jurisdicionais¹⁴², conforme expressa previsão do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

Nas hipóteses de controle concentrado, não há necessidade de oficiar ao Senado (52, X, da CF), pois a decisão proferida em controle concentrado produz o efeito de imediatamente retirar do ordenamento jurídico a norma ou ato normativo, sendo possível ao STF definir a extensão e os limites da eficácia da decisão (art. 27, da Lei nº 9.8768/99).

Normalmente, o controle concentrado ou difuso da constitucionalidade se traduz na declaração da compatibilidade ou incompatibilidade da regra jurídica em confronto com o Texto Constitucional. Contudo, existem duas outras técnicas de controle de constitucionalidade, quais sejam: *interpretação conforme a Constituição* e *declaração parcial de nulidade sem redução de texto*.

¹⁴¹ Há aqueles que negam à ADPF, inclusive, a qualidade de ação. TOMELIN, Georghio Alessandro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 671-672: *Na ADPF o Supremo Tribunal – à semelhança do que ocorreu na Roma pós-clássica à época da Lei das Citações – tem oportunidade de exercitar o ius respondendi. Ao que tudo indica, o constituinte pretendeu tão-somente atribuir a nobre função ao Pretório Excelso, sem tecer quaisquer considerações acerca da legitimidade para provocar o ius respondendi, da pertinência temática ou de uma ritualística de índole processual... Não há direito de ação, mas tão-só o de arguição. Não existe equiparação lógica possível entre a novel ADPF e a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade ou quaisquer ações judiciais prestantes ao controle de constitucionalidade incidenter tantum...*

¹⁴²BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 241-242.

A *interpretação conforme* a Constituição se aplica naqueles casos em que não há inconstitucionalidade no texto legal, mas sim na forma como o mesmo é interpretado. Em outros termos, a inconstitucionalidade não está na literalidade do texto legal, mas nas interpretações que lhe são dadas pelos aplicadores. Assim sendo, o Judiciário pode declarar uma determinada interpretação do texto legal como correta constitucionalmente¹⁴³. A interpretação conforme a constituição significa que entre duas interpretações possíveis não só deve sempre ser preferida a interpretação que compatibilize a norma com a Constituição, mas também de modo a obter dela a expressão máxima de proteção e concretização aos direitos fundamentais¹⁴⁴. A *declaração parcial de nulidade sem redução de texto* se traduz na declaração da incompatibilidade de determinadas interpretações do texto legal, frente à constituição federal. Em ambos os casos a lei sobrevive, a interpretação inconstitucional dela não (declaração parcial de nulidade), fixando-se a interpretação constitucionalmente correta (interpretação conforme).¹⁴⁵

Não obstante a previsão legal da interpretação conforme ou da declaração parcial de nulidade sem redução de texto estejam previstas para os casos de controle concentrado de constitucionalidade, nada impede que as mesmas técnicas sejam aplicadas pelos juízes singulares, em controle difuso da constitucionalidade. De fato, para Luiz Guilherme Marinoni,

¹⁴³ HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 53-54: *una ley no ha de ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución*.

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 143: *No campo dos direitos fundamentais tal regra [a da interpretação conforme à Constituição] quer dizer, interpretação mais favorável aos direitos fundamentais. Significa isto que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior protecção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau*.

¹⁴⁵ APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 78 -79.

A “interpretação conforme” e a “declaração parcial de nulidade sem redução de texto” conferem a qualquer juiz de primeiro grau as possibilidades de, respectivamente: i) deixar de declarar a lei inconstitucional e realizar a única interpretação conforme a Constituição; e ii) entender inconstitucionais determinadas interpretações da lei e afirmar a interpretação adequada.¹⁴⁶

Outro problema que desperta a atenção é a hipótese de omissão legislativa, que – dada sua ausência – torne inefetivo um princípio ou direito fundamental. Assim, se o Juiz pode controlar a produção legislativa sob o prisma Constitucional, também pode analisar a omissão dessa mesma atividade, sob pena de a Constituição ser reduzida à mera *proclamação retórica e demagógica*¹⁴⁷.

3.5 A função jurisdicional e a teoria dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais mereceram especial proteção na Constituição Federal, pois foram alçados ao status de cláusulas pétreas (art. 60, CF), estando, por isso, imunes ao poder constituinte reformador¹⁴⁸, bem como declarados com eficácia imediata (art. 5º, §1º, CF). É de se lembrar que, por força do §2º, do art. 5º, da Constituição Federal permite o reconhecimento de direitos fundamentais dispostos em outros dispositivos constitucionais (por repercutirem sobre o Estado e sobre a sociedade), ou mesmo fora do texto constitucional¹⁴⁹.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 59.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 33.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1998. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 30, São Paulo: RT, mar-abr, 1999, p. 98.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 90 e ss.

Segundo Robert Alexy, não é possível estabelecer uma hierarquia prévia entre os princípios, nem tampouco definir uma ordem de prevalência em cada caso concreto, embora admita que os princípios da liberdade e da igualdade têm certa prevalência¹⁵⁰, embora essa prioridade possa ceder ante a outro princípio que, de acordo com a prioridade do caso concreto, tenha mais fortes razões para ser privilegiado¹⁵¹.

Os princípios e direitos fundamentais reconhecidos não só podem dar ensejo a direitos subjetivos individuais (ordem subjetiva), mas também orientam o ordenamento jurídico como um todo (valoração de ordem objetiva)¹⁵², impondo ao Poder Público um dever de proteção aos princípios e direitos fundamentais (nas relações entre o Poder Público, em qualquer nível, e os particulares), que se irradia por toda a ordem jurídica¹⁵³, inclusive nas relações entre particulares.¹⁵⁴

Os direitos fundamentais são classificados por Ingo Wolfgang Sarlet em direitos de defesa (não ingerência do Estado nas relações entre os particulares, isto é, o direito a uma omissão do Estado) e direitos a prestações (de exigir uma ação positiva do Estado), nas quais inclui o direito à proteção (natureza normativa ou fática¹⁵⁵), à participação na organização social para exigir do Estado *a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a*

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 549.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 550-551.

¹⁵² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 144-145.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 209.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 590 e ss.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 195.

*participação efetiva na organização e no procedimento*¹⁵⁶ e às prestações sociais (saúde, segurança, previdência, etc...).

No respeitante aos direitos ao acesso e utilização às prestações do Estado, José Joaquim Gomes Canotilho os classifica em direitos originários e derivados. Originários são os direitos garantidos constitucionalmente, em que há o dever do Estado de criar condições materiais para o efetivo exercício desses direitos, que podem ser exigidos de forma direta e imediata pelo cidadão.¹⁵⁷ Derivados, são direitos de fruir igual cota parte dos demais nas prestações fornecidas pelo estados aos cidadãos.¹⁵⁸ Os direitos derivados consistem na aplicação do princípio de igualdade. Se o Estado cumpre os direitos originários à prestação em relação a uns ou alguns cidadãos, deve assegurar, também, igualdade de acesso de todos os demais cidadãos a essas prestações.

Robert Alexy classifica o direito à prestações (direito a uma ação positiva do estado) em direitos à prestações em sentido amplo (direito à proteção e direito à participação) e direitos à prestação em sentido restrito (direitos às prestações sociais).¹⁵⁹

Neste passo, convém vincar que os direitos fundamentais têm eficácia horizontal e vertical.

Por eficácia vertical dos direitos fundamentais, entende-se aquela verificada nas relações entre os particulares e o poder público. É aquela incidente sobre o Poder Público (vinculação do Executivo, Judiciário e Legislativo aos direitos

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 200.

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 543.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541-542.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419 e ss.

fundamentais). Por eficácia horizontal, entende-se aquela verificada nas relações dos particulares entre si, isto é, a vinculação das relações jurídicas entre particulares aos direitos fundamentais.¹⁶⁰

No respeitante à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, há quem argumente que ela não pode incidir imediatamente nas relações entre particulares, eis que dependem, para isso, da intermediação do Estado ¹⁶¹ (por meio do legislativo¹⁶²). Há, também, quem defenda a eficácia horizontal imediata, dispensando o legislador, de modo que o Judiciário pode realizar a incidência direta e imediata dos princípios constitucionais nas relações entre particulares.¹⁶³

As relações entre particulares são regulamentadas por legislação infraconstitucional, a qual, se presume, trate equilibradamente todos os interesses particulares (direito fundamental à proteção). Tal presunção pode ser infirmada em determinado caso concreto, frente a um direito fundamental. Aí há necessidade de conformação entre o direito protegido pela legislação infraconstitucional e o direito fundamental por ela atingido no caso concreto. Por outro lado, se não houver texto legal incidindo sobre o caso concreto, pode o judiciário aplicar diretamente os princípios e direitos fundamentais dada a eficácia vinculante e imediata dos mesmos

¹⁶⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 273: *a regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações, antes serve para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas. A paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade não podem realizar-se espontaneamente numa sociedade industrializada, complexa, dividida e conflitual*". Por isso *"é necessário que o Estado regule os mecanismos econômicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de bem público*.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 155.

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 593: *os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exerce-se ia prima facie sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantia*.

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 593 e ss.

(e exatamente por isso, se entende que a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares é mediata, pois realizada através do judiciário¹⁶⁴, que fornece a proteção prometida pelo direito fundamental, mas não ofertada pelo legislador).

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni argumenta que,

...a teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela (ou da proteção) outorgada pelo legislador, facilita de forma extraordinária a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais.¹⁶⁵

A eficácia vertical é sempre direta ou imediata sobre o executivo, legislativo e judiciário. A eficácia horizontal normalmente é indireta ou mediata, pois normalmente pressupõe a regulamentação pela legislação infraconstitucional (eficácia vertical sobre o legislador) ou, na hipótese de omissão legislativa, quando o judiciário aplica os direitos fundamentais sem a participação do legislador (eficácia vertical sobre o Judiciário).

Neste passo, convém não olvidar que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é dirigido exclusivamente em relação ao Judiciário, *objetivando conformar seu modo de ser*¹⁶⁶, isto é, para disciplinar e regular a prestação jurisdicional. Essa é a razão pela qual Luiz Guilherme Marinoni defende que

...o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional implica apenas na vinculação do juiz, não incidindo, antes ou depois da decisão, sobre os sujeitos privados, e, assim, não

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 593 e ss.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 79.

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 44.

podendo ser confundido com os direitos fundamentais materiais que podem ser levados à decisão jurisdicional.¹⁶⁷

Por isso, entende que o direito fundamental à tutela jurisdicional apenas repercute lateralmente sobre o particular, mas nunca horizontalmente, pois não se destina a regular as relações entre os particulares.

Desta forma, a repercussão lateral do direito fundamental à tutela jurisdicional impõe que se dote o juiz de instrumentos ou técnicas processuais que permitam estabelecer máxima efetividade e proteção aos direitos materiais das partes envolvidas no processo.

3.6 A função jurisdicional e a tutela específica

Como visto, Chiovenda definia a jurisdição como atuação da vontade da lei, coerentemente com a ideologia liberal de vinculação do Juiz à letra da lei, que compunha um ordenamento completo (lei geral e abstrata e princípios gerais). Bastava ao Juiz utilizar a lógica da subsunção (premissa maior mais premissa menor, igual à conclusão), encontrando no ordenamento um dispositivo legal (ou princípio geral do direito), que lhe desse a solução do caso. Para Carnelutti, a jurisdição tinha a função de justa composição da lide, criando uma norma individual para o caso concreto. Isto é, torna a lei geral e abstrata em lei particular entre as partes.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 45.

Em ambas as teorias, o Juiz está submetido ao princípio da supremacia da lei, limitando-se apenas e tão somente declarar o conteúdo da lei geral e abstrata para o caso concreto, diferenciando-se apenas na consideração de a sentença constituir, ou não, uma norma individual para o caso concreto. De qualquer forma, nenhuma das duas teorias admitia a necessidade de o Juiz atribuir sentido ou valor ao caso concreto¹⁶⁸, pois o conteúdo do litígio já estava delineado na lei, bastando ao Juiz realizar um processo lógico de aplicação do texto legal ao caso concreto, conceitos estes que até hoje tem defensores nas hostes do Poder Judiciário, uma vez que permite ao juiz a tranqüilidade de consciência e a ilusão de irresponsabilidade:

É através dela que o juiz consegue a tranqüilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável. Se ele recusar-se a outorgar alguma espécie de tutela de que, de algum modo, modifique o *statu quo*, imaginará que sua imparcialidade será preservada. Para o pensamento conservador, manter o *statu quo* é o modo de não ser ideológico. O magistrado que indefere a liminar pedida pelo autor não imagina que esteja outorgando, diríamos, uma “liminar” idêntica ao demandado, apenas de sinal contrário, enquanto idêntico benefício processual, permitindo que ele continue a desfrutar do *statu quo* a custo zero. Este é o suporte teórico que legitima, tanto a plenariedade da cognição, quanto a busca da “vontade da lei”. Se o juiz aplicar a vontade da lei, imagina-se que a injustiça terá sido cometida pelo legislador.¹⁶⁹

Contudo, imperioso, na atualidade do Estado Constitucional, que o Juiz atribua sentido¹⁷⁰ aos casos submetidos à julgamento, situando-o dentro da realidade contemporânea (cultural, religiosa, social, tecnológica, política, etc...), enfim, dentro da realidade vivida pelo julgador. Isso não só possibilita ao julgador

¹⁶⁸ Como defendido por ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 136-139.

¹⁶⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 16.

¹⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 136: *De cara a la aplicación (y, aún antes, a la individualización por medio de la interpretación) de la regla jurídica, la comprensión del caso presupone que se entienda su “sentido” y se le dé un “valor” a través precisamente, de las categorías de sentido y de valor de que disponga el intérprete. La categorización del caso a la luz de las mismas indicará así en qué direcciones y en ista de qué resultados deberá buscarse en el ordenamiento la regla idónea para ser aplicada.*

entender corretamente os fatos que lhe são submetidos a julgamento, mas também para reconstruir sentidos anteriormente atribuídos aos fatos, evoluindo o sentido na mesma razão e velocidade da evolução social.¹⁷¹

Obviamente que o julgador, antes de atribuir sentido ao caso concreto deve considerar a legislação incidente sobre o caso e, também, a interpretação que lhe foi dada pelos Tribunais. Depois de delinear o caso concreto, identificando os dispositivos legais aplicáveis e atribuindo o sentido de realidade aos fatos. No Estado Constitucional, é dado ao Juiz controlar a constitucionalidade da lei, uma vez que a lei deve conformar-se, direta e imediatamente, aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Nessa ordem, o juiz é

... um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.¹⁷²

A lei não tem mais supremacia e o legislativo já não é mais o senhor absoluto da *vontade estatal*, pois a atividade legislativa está submetida aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Nessa ordem de idéias, a lei infraconstitucional deve ser interpretada de acordo com a Constituição, isto é, deve ser privilegiada a interpretação que mais se coadune com as disposições

¹⁷¹ Nesse passo, é de se lembrar a – bem vinda – mudança do sentido atribuído pelos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral ao princípio da presunção da inocência quando do julgamento das impugnações aos registros de candidatura nas eleições proporcionais e majoritárias do ano de 2006. Em épocas prístinas, se entendia que um candidato acusado de corrupção ou com contas rejeitadas não poderia ser impedido de concorrer às eleições se estivesse discutindo judicialmente as acusações, face ao primado do princípio da presunção de inocência, não importando quais foram os argumentos utilizados nessa impugnação. O sentido empregado ao fato era simples: enquanto não houvesse sentença transitada em julgado, isto é, enquanto seus argumentos não fossem analisados pelo Juiz natural, não poderia o candidato ser obstaculizado de participar do pleito. Quiçá sensibilizado pela verdadeira comoção nacional causada pelos inúmeros escândalos de corrupção que vieram a lume no período pré-eleitoral, o TSE passou e empregar novo sentido aos fatos, passando a analisar a força argumentativa das teses postas nas discussões judiciais acerca das acusações contra os pretensos candidatos, isto é, se as respectivas teses construía uma fumaça do bom direito em favor do pretendente á candidatura. Se tal não fosse verificado (isto é, se da discussão judicial não surgisse uma aparência de inocência), o princípio da inocência foi afastado, rejeitando-se o registro da candidatura, em homenagem ao princípio constitucional da moralidade pública.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

principiológicas dos direitos fundamentais. Em caso contrário (não sendo possível encontrar interpretação de acordo com a constituição), necessária é a declaração de inconstitucionalidade do texto legal para o caso concreto ou, então, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, fixando a interpretação constitucionalmente correta, ou, ainda, mediante a interpretação conforme, estabelecer a solução adequada constitucionalmente. Neste passo, não se pode olvidar da inconstitucionalidade por omissão em determinado caso concreto, exigindo a atuação do judiciário para estabelecer regras particulares para o caso.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni,

...os princípios e os direitos fundamentais podem ser vistos não apenas como a substância que orienta o modo de ser do ordenamento jurídico, mas também como as ferramentas que servem para a i) interpretação de acordo, para a ii) eliminação da lei inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade da lei), para a iii) adequação da lei à Constituição (interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução de texto), para a iv) geração da regra necessária para que o direito fundamental seja feito valer (controle da omissão inconstitucional) e para a v) proteção de um direito fundamental diante de outro (aplicação da regra do balanceamento).¹⁷³

Claro é que a atividade jurisdicional, assim, ao conformar a legislação à constituição, cria uma solução específica para aquele caso concreto, isto é, uma norma jurídica, decorrente da interpretação constitucional que fundamenta a decisão jurisdicional (dispositivo da sentença). A distinção é sutil: não é uma norma individual para o caso concreto, mas sim uma norma jurídica criada no caso concreto.

No caso de colisão de direitos fundamentais (onde o que importa é o peso¹⁷⁴ de cada um dos princípios envolvidos nas circunstâncias específicas do caso

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 96.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 534: *Com o texto das disposições jusfundamentais é conciliável muito, porém não tudo. O fato de que o texto exija ou exclua uma determinada interpretação é um argumento muito forte em favor ou contra essa interpretação (...) O fato de que o argumento semântico seja muito forte não significa que se*

concreto, com utilização da técnica da ponderação para definir qual princípio que irá preponderar no caso), não se trata de conformar a lei, mas sim de concretizar direta e imediatamente a própria Constituição (estabelece efetividade do direito fundamental no caso concreto).

Face à máxima efetividade dos princípios e direitos fundamentais, estes incidem vertical e diretamente sobre o Juiz, que não pode se negar a dar guarida aos direitos fundamentais nos casos concretos, nem tampouco se negar a suprir as omissões de proteção aos direitos fundamentais devida pelo legislador. Insustentável, assim, atualmente, as teorias clássicas de jurisdição, pois a atividade jurisdicional não mais se limita a declarar a lei (Chiovenda) ou criar uma norma individual a partir da norma geral (Carnelutti), uma vez que *agora ele cria a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra proporcionalidade) dos direitos fundamentais no caso concreto.*¹⁷⁵

Por imperativo constitucional (art. 93, IX, CF), toda decisão judicial (e não apenas a sentença - art. 458, CPC -, mas principalmente esta), deve ser fundamentada. De fato, uma vez que o Juiz não detém legitimação pelo voto popular, a legitimidade de suas decisões advém da justificativa racional de sua decisão, isto é, da demonstração lógica e racional das razões do seu convencimento.

imponha sempre (...) não basta expor que a solução contrária ao texto é melhor do que a conforme ao texto; as razões em favor de uma solução contrária ao texto têm que ter um peso tal que, do ponto de vista da Constituição, justifiquem um afastamento do texto (...) Portanto, o texto das disposições jusfundamentais vincula a argumentação jusfundamental porque existe em seu favor a carga da argumentação.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 43.

Para realizar a função jurisdicional dentro do espírito dos princípios e direitos fundamentais, não basta ao juiz atribuir sentido aos valores constitucionais, mas sim deve dimensionar os fatos (atribuir sentido aos mesmos, segundo a realidade social) e subsumí-los à lei ordinária e, depois disso, atribuir ou conformar o caso concreto aos valores constitucionais, isto é, buscar, segundo as circunstâncias do caso concreto, os princípios de justiça e dos direitos fundamentais.

Neste passo, não se pode olvidar que o processo é o instrumento do direito material, isto é, a função jurisdicional tem óbvia natureza instrumental perante o direito material. Assim sendo, verdadeira temeridade é dimensionar o processo sem conhecer as necessidades do direito material a serem tutelados pelo mesmo processo. É como receitar um remédio sem saber qual a doença que acomete o paciente. *Na verdade, a jurisdição tem o objetivo de dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais.*¹⁷⁶

Tutelar é proteger. Por isso, não basta ao Judiciário reconhecer que o jurisdicionado tem o direito. É necessário protegê-lo, isto é, transformá-lo em realidade: *Cabe à jurisdição dar tutela aos direitos, e não apenas dizer que eles merecem proteção.*¹⁷⁷

Em outras palavras, não sendo o caso de sentença declaratória¹⁷⁸ ou constitutiva (em que a sentença, por si, já basta para a efetiva tutela do direito, uma vez que não é necessário atos materiais para concretizar o comando sentencial), a sentença não é suficiente para dar efetiva tutela ao direito reconhecido na sentença,

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 109.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 57.

¹⁷⁸ A sentença declaratória também pode limitar-se à declaração da “autenticidade ou falsidade de documento” (art. 4º, II, CPC). Além disso, “é admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito” (art. 4º, parágrafo único, CPC).

eis que é necessário pensar, também, nos meios de execução adequados e eficientes a transformar o direito reconhecido em realidade.

É o réquiem da concepção de que o direito de ação se traduz numa sentença de mérito¹⁷⁹, eis que o direito fundamental de uma tutela jurisdicional efetiva, exige não só o reconhecimento (declaração) do direito, mas também sua efetivação ou realização. O direito de ação, hodiernamente, é mais do que o direito a uma sentença de mérito, mas também o direito a um meio executivo adequado e efetivo, conforme José Joaquim Gomes Canotilho:

...a existência de uma protecção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças ('fazer cumprir as sentenças') dos tribunais através dos tribunais (ou de outras autoridades públicas), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. Esta dimensão da protecção jurídica é extensiva, em princípio, à execução de sentenças proferidas contra o próprio Estado (CRP, art. 205.º/2 e 3, e, em termos constitucionalmente claudicantes, o Decreto-lei 256/A/77, de 17 de junho, art. 5.º e ss., e Decreto-lei 267/85, de 12 de julho, art. 95.º e ss.). Realce-se que, no caso de existir uma sentença vinculativa reconhecedora de um direito, a execução da decisão do tribunal não é apenas uma dimensão da legalidade democrática ('dimensão objectiva'), mas também um direito subjectivo público do particular, ao qual devem ser reconhecidos meios compensatórios (indemnização), medidas compulsórias ou 'acções de queixa' (cfr. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 6.º), no caso de não execução ilegal de decisões dos tribunais (cfr. o caso Hornsby, de 19.03.1997, em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sublinha o momento de execução como dimensão intrínseca da Declaração do Processo).¹⁸⁰

De fato, segundo Luiz Guilherme Marinoni:

... A tutela jurisdicional é prestada quando o direito é tutelado e, dessa forma, realizado, seja através da sentença (quando ela é bastante para tanto), seja através da execução. De modo que passa a importar, nessa perspectiva, a maneira como a jurisdição deve se comportar para realizar os direitos ou implementar a sua atividade executiva. Ou melhor, o modo como a legislação e o juiz devem se postar para que os direitos sejam efetivamente tutelados (ou executados).¹⁸¹

¹⁷⁹ Vide capítulo 4.1, adiante.

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 496.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 58.

Assim, o direito fundamental à tutela efetiva, se dirige ao legislador, impondo o dever de o mesmo estruturar técnicas processuais e meios executivos capazes de tornar efetivos os diversos direitos materiais dedutíveis no processo.

Também incide sobre o Juiz, estabelecendo o dever de o mesmo *pensar a regra processual definidora das técnicas executivas com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e segundo as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto*.¹⁸²

Contudo, apenas e tão somente a estruturação abstrata do processo e do procedimento é insuficiente a tutelar efetivamente o direito material, em razão da multiplicidade e especificidade dos direitos que podem ser deduzidos nos mesmos processos, que muitas vezes exigem, para sua efetivação, de técnicas ou soluções particulares em razão do caso concreto. Nestes casos, o dever constitucional de proteção que emana do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, incide diretamente sobre o Juiz, que, por isso, deve buscar na legislação processual (mediante a interpretação constitucional de acordo, interpretação conforme e interpretação com declaração parcial de nulidade sem redução de texto), uma técnica adequada a propiciar uma tutela idônea e efetiva às necessidades do direito material decorrente do caso concreto.

Em termos: o art. 461 do Código de Processo Civil autorizou ao Juiz cominar multa ao réu para compeli-lo a cumprir uma ordem de fazer ou não fazer, tanto em antecipação de tutela (art. 461, § 3º) quanto na tutela final (Art. 461, § 4º), bem como pode determinar outra medida executiva que entender necessária (art. 461, § 5º). Deve o Juiz, assim, estabelecer as necessidades do caso concreto (pois o legislador

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 59.

processual não estabeleceu em quais situações de direito material podem ser utilizados referidos meios executivos, plasmando verdadeira cláusula geral a ser preenchida pelo Juiz no caso concreto), e a partir daí definir o meio executivo adequado a dar guarida efetiva ao direito material reconhecido (em tutela antecipada ou tutela final).

De fato, tutela específica significa exatamente identificar nos casos concretos as necessidades do direito material e, a partir disso, investigar a lei processual e delinear as técnicas processuais e meios executivos adequados e idôneos a outorgar efetividade à prestação jurisdicional, isto é, transformar o direito reconhecido no plano processual para o plano da realidade.

Neste plano, é necessário aferir a legitimidade da prestação jurisdicional, dado que a construção de um sistema plasmado em uma moldura processual a ser preenchida pelo juiz de acordo com as necessidades do caso concreto, outorga ao Julgador uma grande dose de subjetividade. Tal é feito pela demonstração razoável por parte do julgador, da racionalidade de sua decisão, pela coerência entre a sua argumentação e sua decisão. Conforme Robert Alexy, é razoável o resultado do procedimento judicial quando foram obedecidas as regras do *discurso prático, do procedimento legislativo e do discurso jurídico*¹⁸³.

Por isso, Luiz Guilherme Marinoni conclui que

...o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a atuação do juiz como “diretor do processo”, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (e não apenas aos direitos fundamentais materiais) e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a qualquer espécie de direito. O juiz tem o dever de encontrar na legislação processual o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Para isso deve interpretar a regra processual de acordo, tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de

¹⁸³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 532.

nulidade sem redução de texto e suprir a omissão legal que, ao inviabilizar a tutela das necessidades concretas, impede a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional.¹⁸⁴

Na dinâmica do neoconstitucionalismo, o Judiciário deve utilizar, em cada caso concreto, como filtro primeiro, os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais, interpretando a legislação de acordo com a Constituição, controlando-lhe a constitucionalidade e conformando-a ao caso concreto, suprimindo a omissão legal que obstaculiza a efetividade dos princípios fundamentais. Logo, ao Judiciário não cabe apenas atribuir significado e valor constitucional à legislação, mas, também, dar máxima tutela ao direito material das partes envolvidas no litígio, tornando-se necessário, por isso, estabelecer os meios de execução adequados a tornar efetivo o direito material reconhecido.

4 As necessidades do direito material e a conformação da tutela específica

No início, como o Estado não era suficientemente forte, o indivíduo que se sentisse ameaçado ou lesado em seus direitos dispunha apenas da autotutela ou autodefesa, que se realizava sob o regime de *vingança privada*¹⁸⁵, para defesa dos seus direitos, o que era extremamente deficiente, pois, não raro, resultava vitorioso o mais forte. Ou, então, podia lançar mãos da autocomposição, que se traduz na solução negocial do litígio, seja pela desistência (renúncia unilateral) ou pela transação (concessões e renúncias mútuas), as quais são dependentes da manifestação de vontade das partes.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 58. 66.

¹⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, e outros. *Teoria geral do processo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21.

Não sendo possível o acordo de vontades, com o passar do tempo, as partes passaram a submeter o litígio ao julgamento de árbitros eleitos por elas, os quais se limitavam a declarar o direito, deixando a execução do direito declarado à imposição pela força dos particulares. Com o fortalecimento do Estado, este paulatinamente passou a absorver as funções jurisdicionais, conforme se verifica da evolução do processo civil romano, que evoluiu do *ordo privatorum judiciorum* (ordem jurídica privada), onde a solução jurídica era dada por *arbiter* eleito pelas partes ou nomeado pelo *iudex*, no período das *legis actiones* e *per formulas*, para a *cognitio extra ordinem*¹⁸⁶, sem a segunda fase (arbitral), constituindo expressão da vontade estatal soberana (*ex auctoritate principis*), conduzido por funcionários públicos e a sua gratuidade (começaram a ser cobradas *sportulae* para o processo): a justiça tornou-se pública¹⁸⁷. Nasceu, assim, a *jurisdição estatal*, que assumiu para si o poder-dever de distribuir a justiça, proibindo o exercício arbitrário das próprias razões.

Estando proibida, em regra, a autotutela e, incidindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º XXXV), havendo conflito, devem as partes – se não chegarem a uma autocomposição -, submetê-lo à apreciação do Poder Judiciário, que estabelecerá a solução jurídica para o caso concreto (declaração do direito) e, fixará os meios de execução para realizar essa mesma declaração.

A ideologia do Estado liberal (abstração das pessoas e dos bens, igualdade formal, autonomia privada e incoercibilidade *do facere*), de cunho eminentemente patrimonialista, supunha que os direitos poderiam ser adequadamente tutelados por intermédio da tutela ressarcitória (*in quod interest*). Daí que, contra o ilícito, a única forma de tutela era a da reparação em dinheiro (se todas as pessoas são iguais, não

¹⁸⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 43.

¹⁸⁷ Vide, nesse sentido. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. Barueri: Manole, 2002; e, TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Loções de Historio do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 1996.

há razão para tratar diferentemente os bens, sendo suficiente o ressarcimento em pecúnia para manter o mercado em funcionamento). A unificação dos conceitos de ilicitude e responsabilidade, fez supor que o bem juridicamente protegido era a mercadoria – a *res* dotada de valor de troca -, e que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão, mediante execução por expropriação de bens.

Além do mais, a tutela jurisdicional, dada a ideologia de proteção do indivíduo contra o Estado, era prestada somente ao final do litígio, isto é, após cognição exauriente e quando já esgotados os recursos existentes ou esgotado o prazo para seu manejo. A idéia então dominante é que a esfera patrimonial do réu não poderia ser atingida enquanto não houvesse a certeza do direito da parte autora, mediante reconhecimento em sentença transitada em julgado. E, enquanto isso, a eficácia do processo – em muitos casos – restava sacrificada, uma vez que necessitava de pronta proteção e perdia-se com o decurso do tempo.

Tudo isso mudou de perspectiva com a consideração de que, no Estado Constitucional, ao Judiciário não cabe apenas atribuir significado e valor constitucional à legislação, mas também dar máxima tutela ao direito material das partes envolvidas no litígio, tornando-se necessário, por isso, estabelecer os meios de execução adequados a tornar efetivo o direito material reconhecido

Assim, uma vez que indubitoso é o direito constitucional à efetiva tutela dos direitos, impõe-se aos operadores do direito encontrar **formas de proteção ao direito material** assegurado aos indivíduos. De fato, o direito fundamental à efetiva tutela dos direitos tem significado mais profundo do que meramente a oportunidade de pronunciamentos formais da jurisdição, desconectadas da efetiva e real produção de efeitos no plano fático. A tutela meramente *formal* dos direitos equivale á

inexistência de tutela, uma simples *fantasia*¹⁸⁸. O direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional significa que a jurisdição deve ser capaz de reproduzir no mundo dos fatos exatamente aquilo que foi reconhecido no provimento judicial.

Sob essa ótica, as **formas de proteção ao direito material** podem ser, inicialmente, divididas em específica e ressarcimento pelo equivalente monetário.

O ressarcimento pelo equivalente monetário tem por base a noção de igualdade formal, de que todas as pessoas e bens podem ser reduzidos a uma expressão monetária (e por isso se diz que o dinheiro é o denominador comum de todas as obrigações), de modo que o que interessa é a responsabilidade patrimonial do devedor (CPC, art. 591 e CCB, art. 391), visando satisfazer o *in quod interest*, isto é o valor pecuniário equivalente ao da prestação não cumprida.

Para definir o que é a proteção específica, parte-se da consideração de que o processo é um instrumento que visa a concretização do direito material. Logo, só terá pleno êxito se for capaz de produzir, no campo da realidade fática, resultados práticos idênticos àqueles decorrentes do cumprimento voluntário por parte do devedor¹⁸⁹, isto é, de propiciar ao autor tudo e exatamente aquilo que pretendia¹⁹⁰, ou melhor, tendente a *proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento*.¹⁹¹ A tutela específica é a tutela jurisdicional que busca dar satisfação aos direitos de forma *in natura*, isto é, tencionando satisfazer a *res in iudicium deducta*, o direito deduzido pela parte, cumprindo ou fazendo cumprir exatamente aquilo que é devido (*praestatio vera rei debita*). É o *idem* do Direito Romano.

¹⁸⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Liminares: alguns aspectos polêmicos. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1995, p. 156.

¹⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de Direito Processual*. 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 31

¹⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 137.

¹⁹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 59

Busca transportar a tutela do plano processual para o plano da realidade, que é o escopo jurisdicional do processo.

De fato, o processo só atinge sua finalidade constitucional de dar efetiva tutela aos direitos, se for capaz de desenvolver no plano fático, resultados iguais aos do cumprimento espontâneo das normas jurídicas, isto é, se for capaz de propiciar à parte a efetiva prestação *in natura*, isto é, a tutela específica do direito. A tanto, não se presta a tutela ressarcitória em pecúnia:

Não há dúvidas de que o ressarcimento em pecúnia, como forma de proteção jurisdicional dos direitos, não está de acordo com os valores do Estado Constitucional. O devedor estatal de proteger os direitos, especialmente os direitos fundamentais, obviamente demonstra a preocupação com a proteção da integridade dos direitos.¹⁹²

É de se ver que a redação original do CPC não dispunha de técnicas processuais adequadas à tutela específica dos direitos pessoais (isso era privilégio dos direitos reais¹⁹³), especialmente a tutela inibitória, pois se rendia à lógica do estado liberal clássico de igualdade formal, usando, como forma geral de tutela a sentença condenatória, seguida da execução por quantia certa.¹⁹⁴

Certo é que, na vigência do CPC de 1939, havia a previsão da ação cominatória, que sobreviveu em razão da previsão original do art. 287¹⁹⁵ do CPC de 1973, mas este somente admitia a fixação de multa por ocasião da sentença e a restringia às prestações de fazer ou de não fazer (excluindo as prestações de dar),

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 229.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 228: *O que pode constituir óbice à atipicidade da tutela específica, ou seja, à possibilidade de sua obtenção para qualquer situação de direito substancial, é a suposição de que ela é privilégio apenas de alguns direitos, como os direitos reais, e também a falta de técnicas processuais capazes de dar à ação a efetividade necessária para alcançar a tutela específica, como acontecia na época em que a forma processual era disposta apenas para atender ao ressarcimento pelo equivalente monetário.*

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 66 e ss.

¹⁹⁵ CPC, Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará na petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645).

e, além disso, não previa a possibilidade de utilização da técnica de antecipação de tutela¹⁹⁶, e, exatamente por isso não tinha idoneidade para prestar tutela inibitória (dado que a tutela inibitória tem na sua própria essência a necessidade da utilização da técnica antecipatória), e, *apesar de ter sido a fonte da tutela das obrigações de fazer e de não fazer, nunca foi tomada como o fundamento normativo-processual da tutela específica inibitória ou preventiva.*¹⁹⁷

Coerente, assim, a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni:

...é correto afirmar que o CPC de 1973 transformou o direito à reparação do dano em direito à obtenção de dinheiro, Isso pelo motivo de que o modelo que foi por ele estruturado para o ressarcimento é completamente inidôneo para a prestação da tutela ressarcitória na forma específica, e assim para atender aos direitos que exigem tal forma de ressarcimento.¹⁹⁸

Logo, necessário era repensar os conceitos de direito processual civil, com fincas na efetividade do instrumento processual, abandonando os conceitos e ideologias forjadas no seio do estado liberal. Passou a doutrina a preocupar-se com a efetividade do processo, melhor dizendo, com a produção de resultados que melhor correspondessem à máxima proteção dos direitos:

O processo deve buscar respostas diversificadas, de acordo com as situações jurídicas de vantagens asseguradas pelo direito material, de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Com a modificação introduzida pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, não só se estendeu a possibilidade da cominação nas obrigações de dar, como admitiu-se a possibilidade de cominação mediante tutela antecipada: Art. 287. 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).

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 66-67.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 444.

¹⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 79, p. 65-76, jul/set, 1995, p. 72.

Claro e evidente é que, se o processo é mero instrumento de realização do direito material, deve ele

...ser disciplinado a fim de que possa ensejar total acesso à justiça, moldar-se ou adotar meios que lhe propiciem maior efetividade, maior celeridade, enfim, deve o processo obedecer às normas emanadas de princípios que norteiam sua finalidade.²⁰⁰

O processo, a um só tempo, cumpre uma das finalidades do Estado (pacificação social) e atende ao interesse privado de composição do litígio. No dizer de José Eduardo Carreira Alvim, *atende a um interesse público, de atuar a lei (direito objetivo), e, de outro, satisfaz o interesse privado de ver tutelado o seu direito (direito subjetivo)*.²⁰¹ Só por isso, se percebe que o processo não é um fim. É um meio, um instrumento, e deve se conduzir com estrita observância dos requisitos formais. Para Enrico Tullio Liebman, *as formas processuais respondem a uma necessidade de ordem, de certeza, de eficiência e a sua escrupulosa observância representa uma garantia de regular e legal desenvolvimento do processo*.²⁰²

A obediência à forma, contudo, não pode ser cega a ponto de inviabilizar a tutela específica, impedindo ações atípicas²⁰³, nem tampouco constituir entrave à celeridade do processo.

No respeitante à duração razoável do processo, afirma Humberto Theodoro Júnior:

²⁰⁰ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, p. 103-110, out/nov, 1995, p. 103.

²⁰¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 19.

²⁰² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1973, v. 1, p. 179.

²⁰³ ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e de não fazer - Direito Material e Processo. *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66: *Vale dizer, a tutela diferenciada deve ser compreendida a partir de uma reaproximação entre direito e processo. Ou ainda, configura-se o instituto processual especificamente em função de dada situação de direito material*".

Quando a Constituição garante o acesso à Justiça, por meio do devido processo legal, não o faz com o propósito de criar regras apenas formais de procedimento em juízo. O que, na verdade, se está garantindo é a tutela jurídica do Estado a todos, de maneira a que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem remédio. O processo, nessa ótica, tem de apresentar-se como via adequada e segura para proporcionar ao titular do direito subjetivo violado pronta e efetiva proteção. O processo devido, destarte, é o processo justo, apto a propiciar àquele que o utiliza uma real e prática tutela.²⁰⁴

A demora na prestação jurisdicional, não raro, inviabiliza a eficácia prática da tutela²⁰⁵ e, normalmente, representa uma grave injustiça para aquele que postula prestação jurisdicional. Daí a necessidade de mecanismos de aceleração do procedimento em juízo.

Sob outro ângulo, o litigante tem constitucionalmente assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem contraditório e ampla defesa. Muitas vezes, porém, entre a necessidade de efetiva tutela ao titular do direito subjetivo e a garantia ao seu opositor das amplas faculdades inerentes ao contraditório, se estabelece uma flagrante contradição, porquanto se tem de aguardar todo o longo iter da ampla defesa, a tutela que afinal vier a ser deferida não corresponderá a qualquer utilidade para o titular do direito subjetivo que estava a clamar por proteção judicial.²⁰⁶

A efetividade do processo, assim, exige não só a segurança jurídica da ampla e irrestrita investigação do fato controvertido (com obediência à forma prescrita em lei), mas também a celeridade necessária à harmonização dos interesses nele envolvidos e, também, a possibilidade de materialização fática da decisão, isto é, resultado útil para a parte.

É fato incontroverso que a tutela específica exige sentenças e meios executivos diferenciados. Andréa Proto Pisani, argumenta que a efetividade da tutela

²⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. 2, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 396.

²⁰⁵ ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e de não fazer - Direito Material e Processo. *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 70: *E, na medida em que se evidencie a possibilidade de dano ou perigo de perecimento do direito, essa situação deve ser, desde logo e especificamente, protegida, o que é, precisamente, a hipótese do art. 461 (do CPC brasileiro), no que diz respeito às obrigações de fazer e não fazer.*

²⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 2, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 396.

específica não depende de ação típica, mas sim das técnicas processuais adequadas a obter esse desiderato, especialmente *esecuzione forzata in forma specifica, tutela inibitoria, as misure coercitive e da tutela sommaria*.²⁰⁷ É exatamente por isso que se diz que a tutela específica é tutela jurisdicional diferenciada.²⁰⁸

A jurisdição deve comprometer-se com o resultado prático de sua própria atividade e, por isso, adquirem relevo e importância tutelas diferenciadas e, bem assim, as técnicas de tutela e os meios executivos postos à disposição do julgador e que devem ser conformados pelo juiz às necessidades do direito material, a fim de dotar o processo de plena eficácia:

No Estado constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer valor. Isso porque ser indiferente ao que ocorre no plano do direito material, é ser incapaz de atender às necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais.²⁰⁹

O escopo da jurisdição constitucional, assim, não é meramente a pacificação social e a solução da lide, mas sim **dar efetividade à tutela dos direitos**.

4.1 A jurisdição no Estado Constitucional impõe um novo conceito de direito de ação

²⁰⁷ PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 832 e ss. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 233-234, discorda parcialmente, ao entendimento de que a tutela inibitória não é uma técnica processual (como é a multa ou outra medida coercitiva), mas sim verdadeira tutela prometida pelo direito material.

²⁰⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n° 713, p. 45-52, mar/1995, p. 51; GUERRA, Marcelo Lima, *Execução indireta*, RT, 1998, pp. 48 a 57.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 241.

Por muito tempo os cientistas do direito se bateram pela autonomia científica do direito processual, procurando analisar suas categorias e institutos completamente destacados do direito material. A ciência do processo desenvolveu-se dentro desta ótica, mas não produziu melhora necessária no campo da eficácia da tutela jurisdicional, justamente por não se importar com as necessidades do direito material envolvido no processo.

Ora, se a finalidade do processo é transformar o direito material em realidade, isto é, se o processo é um instrumento do direito material, não pode ser “pensado” de forma dissociada de sua finalidade. Parece, assim, que o enunciado do art. 75 do Código Civil de 1916²¹⁰ – não reproduzido no texto do CCB de 2002 -, isto é, de que a todo direito corresponde uma ação, que o assegura - permanece mais vivo do que nunca.

Isso não quer dizer que o direito de ação tenha relação de acessoriedade com o direito material. De fato, certo é que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º XXXV), e por isso, afastada está a autotutela e definido que esta deve ser buscada através do processo.

A doutrina tradicional reconhece a existência de duas ações: há o direito subjetivo abstrato de provocar a intervenção da jurisdição para solucionar os conflitos (relação jurídica de direito processual ou **ação processual**²¹¹), que independe de existir ou não direito material da parte que realiza essa provocação; e,

²¹⁰ CCB, Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.

²¹¹ Cabe indistintamente a qualquer pessoa envolvida em um conflito e é destinada simplesmente a permitir o acesso ao judiciário, independentemente de o postulante ter ou não direito material (isto é, ter ou não “razão” no caso).

há o direito material em disputa pelas partes (relação de direito material ou **ação material**²¹²), a ser devidamente tutelado pela jurisdição.

Esse conceito abstrato de ação – completamente desvinculado do direito material – desenvolvido pela escola processual italiana, levou ao desenvolvimento de técnicas processuais igualmente abstratas, isto é, sentenças neutras em relação ao direito material, e meios executivos dele também desvinculados.²¹³

Ora, ser titular de direito material significa ter à sua disposição formas de tutela capazes e suficientes a tutelá-lo diante de ameaças ou violações. A pretensão a essa tutela do direito é uma potencialidade, que não precisa ser exercida para se dizer existente. E, para obtenção fática dessas formas de tutela, deve exercer o direito de ação.

Esse direito de ação

... tem como corolários o direito de influir sobre o convencimento do juiz e o direito às técnicas processuais capazes de permitir a efetiva tutela do direito material. É o direito à *ação adequada*, garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF. O autor tem o direito de exercer a ação que lhe permitiu obter a tutela jurisdicional do direito. Mas isso não quer dizer que a ação adequada seja dependente da existência do direito material, uma vez que todos têm direito à ação adequada à tutela do direito, sejam ou não titulares do direito material reclamado.²¹⁴

É que nem toda **tutela jurisdicional** constitui **tutela jurisdicional do direito**.

No caso de julgamento de improcedência, o Juiz nega a pretensão à tutela jurisdicional do direito manifestada pelo autor, mas mesmo assim há tutela jurisdicional, pois houve resposta ao direito de ação exercido pelo autor. Não se pode olvidar que o direito de ação é abstrato, não tendo ligação com a existência, ou não, do direito material invocado pelo autor.

²¹² Cabe ao titular do direito violado contra o causador da violação, e é destinada a obter a tutela ou proteção desse mesmo direito.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 240.

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 258.

Não obstante isso, também não se pode olvidar a evidente influência da tutela jurisdicional do direito sobre o direito de ação (tutela jurisdicional). De fato, a *ação adequada é a ação conformada a partir da tutela jurisdicional do direito.*²¹⁵ Isto é, da causa de pedir (alegações de direito e da lesão ou ameaça) deve logicamente decorrer a tutela jurisdicional do direito solicitada (adequação). Assim, a *ação adequada deve ser construída no caso concreto, ou seja, a partir da pretensão à tutela jurisdicional do direito e da causa de pedir.*²¹⁶

É imperativo lógico, assim, concluir que a ação, garantida pela constituição, não é meramente o direito a uma sentença de mérito, mas sim concretizada e conformada **a partir da tutela jurisdicional do direito postulado**. Em outras palavras: toda a atividade jurisdicional (extensão da cognição, limites probatórios), bem como a definição da técnica processual adequada e dos meios execução idôneos (com *potencialidade*²¹⁷) à tornar efetivo o direito (isto é, que tornam a ação adequada), dependem essencialmente das necessidades impostas pelo direito material. A adequação da ação (tutela jurisdicional) está intrinsecamente ligada à natureza da tutela jurisdicional do direito

Neste passo, é necessário considerar que, quando o judiciário julga improcedente a pretensão do autor, ele não presta tutela jurisdicional ao direito, uma vez que a decisão se limita a declarar que o autor não tem o direito alegado na

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 258.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 259.

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 289: *O autor deve poder agir através dos meios técnicos adequados à tutela do direito material e, por isso, tem o direito ao procedimento adequado à situação substancial afirmada, ainda que a sentença seja de improcedência. Da mesma forma, tem o direito ao meio executivo idôneo para o caso de vir a ser proferida a sentença de procedência, mas isso não significa que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva lhe garanta a satisfação do direito material, uma vez que o uso do meio executivo adequado nem sempre lhe proporcionará a satisfação do seu direito. Basta pensar na hipótese em que o demandado não tem patrimônio para suportar a execução e, assim, satisfazer o direito de crédito do autor. A efetividade da tutela jurisdicional possui limites relacionados como patrimônio e a liberdade do réu, pois a realização do direito material pode encontrar obstáculos na falta de higidez patrimonial e na impossibilidade de coerção da vontade.*

inicial. A sentença é declaratória negativa e, por isso, não declara que o réu tem o direito, isto é, não presta tutela jurisdicional do direito ao réu:

Se a tutela jurisdicional socorre o réu, quando o Estado a ele reconhece razão e permanece inerte, socorre também o autor, e para tanto deve agir no sentido de tutelar o seu direito. Pode-se, contudo, inverter a perspectiva e simplesmente dizer que o Estado permanece inerte ao reconhecer razão ao réu porque no caso o direito material não exige a tutela do autor, ou não exige tutela porque não há direito. Ou seja, não se trata apenas de tutelar o réu com razão, mas de negar tutela ao autor porque não havia direito digno de tutela. Este é o escopo jurídico fundamental: tutelar os direitos. O que não se dará quando direito não houver, e isto não deve mudar a perspectiva para considerar que houve então tutela ao réu. O processo não visa tutelar quem tem razão, e sim o autor que tenha razão. Isso não implica esquecer as garantias do réu, mas coloca a função jurisdicional num lugar mais adequado às exigências atuais.²¹⁸

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

... O juiz, ao proferir a sentença, qualquer que seja o seu resultado, necessariamente confere tutela jurisdicional ao autor e ao réu; A sentença de improcedência dá tutela jurisdicional ao autor e ao réu. A sentença de procedência presta a tutela jurisdicional do direito solicitada pelo autor e a tutela jurisdicional ao réu.²¹⁹

Calha vincar, também, que o direito de ação não se exaure com o ajuizamento do pedido, mas se estende para a prática de diversos atos processuais no mesmo processo (antecipação de tutela, produção de provas, impugnações, recursos, etc...) ou em processos incidentes (exceções processuais, impugnações ao valor da causa, cautelares, declaratórias incidentais, etc...), pondo em “xeque” a teoria de que *o direito de ação é apenas o direito a uma sentença de mérito*.²²⁰

De fato, considerando o disposto nos arts. 461 e 461-A do CPC, e art. 84 do CDC, o autor já não solicita apenas uma sentença de mérito, mas sim **efetiva prestação da tutela jurisdicional do direito**. Logo, o direito de ação já não se

²¹⁸ MACHADO, Fábio Cardoso. Sobre o escopo jurídico do processo: o problema da tutela dos direitos. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênesis, v. 32, Curitiba: Gênesis, p. 256-265, Abr-jun/2004, p. 260.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 261.

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 262.

exaure em “uma sentença de mérito”, mas também exige a existência de meios executivos adequados, necessários e suficientes à efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente inclusive podendo alterar (reduzir ou aumentar) ou até modificar os meios executivos definidos na anterior sentença, com ou sem requerimento do autor, evidenciando que a atividade do Juiz *não termina com a prolação da sentença de mérito.*²²¹

De igual maneira, nas ações de cumprimento de obrigações de dar (CPC, art. 461-A), e nas ações condenatórias ao pagamento de soma em dinheiro, a partir das modificações introduzidas pela Lei nº 11.232/2005, passaram a ser executadas no próprio processo de conhecimento, em fase processual denominada de “cumprimento da sentença”, levando à inevitável conclusão de que a sentença de mérito não mais põe fim ao processo, pois

...a ação não se exaure com a sentença de procedência e, por isso, o direito de ação não pode ser visto como direito a uma sentença de mérito. O direito de ação é o direito à ação capaz de permitir a obtenção da tutela do direito. Por ser o direito a uma ação “capaz de permitir”, o direito de ação não exige uma sentença de procedência ou que a execução satisfaça o direito material. Trata-se do direito a uma ação que, na hipótese de sentença de procedência, permita o uso dos meios executivos capazes de propiciar a efetiva tutela do direito material.²²²

Daí que o Juiz não julga a ação. Julga a pretensão à tutela jurisdicional do direito, isto é, ao pedido do autor. Logo, *a ação é meio – meio adequado à tutela da situação concreta.*²²³

Esse novo conceito de ação, construído inteiramente por Luiz Guilherme Marinoni, exige que se repense inteiramente as tradicionais classificações das ações

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 263-264.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 265.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 265.

e das sentenças, que já não se mostram coerentes com o perfil constitucional do direito de ação, assunto que será tratado no capítulo seguinte.

4.2 A tutela jurisdicional e a tutela jurisdicional dos direitos

A tutela dos direitos se traduz na necessária proteção e garantia que o Estado deve proporcionar aos cidadãos. Essa tutela é um grande gênero, que admite variadas espécies: tutela *normativa*, tutela *administrativa* e, inclusive, a tutela *jurisdicional*.²²⁴

A tutela jurisdicional, por sua vez, pode ou não constituir tutela dos direitos, dependendo a procedência ou improcedência da ação, pois só há tutela dos direitos se a sentença for de procedência.²²⁵ A tutela jurisdicional, assim, constitui a resposta dada pelo Judiciário ao pedido formulado pelo autor.

Essa resposta pode vir a lume no mundo jurídico sob roupagens diversas, isto é, por técnicas de tutela (isto é, o modo pelo qual o direito processual tutela os diversos direitos postos em conflito), que são as sentenças (constitutiva, declaratória, mandamental, condenatória, e executiva), aí incluídas as tutelas provisórias (antecipação de tutela e cautelar) e os meios executivos (coercitivos e sub-rogatórios):

Porém, quando se pergunta sobre o significado da tutela jurisdicional perante o direito material, de nada adianta saber se foi proferida uma sentença X ou utilizado um meio de execução Y, pois esses são incapazes de refletir o resultado que o processo proporciona no plano do direito material, mas apenas o “modo” (a técnica) pelo qual o direito processual tutela os diversos direitos conflitivos concretos.²²⁶

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.145.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 146.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 146

A tutela jurisdicional dos direitos,

...exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nele consagrado. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem.²²⁷

Se o processo deve responder e corresponder ao direito material, inviável é pensar em tutela dos direitos de forma desconexa com as necessidades do direito material envolvido no feito. Somente analisando-se primeiramente as necessidades do direito material é possível identificar a tutela jurisdicional dos direitos (necessidade do direito material) adequada à sua proteção e, a partir daí, definir as técnicas processuais (técnicas de tutela) idôneas para o caso concreto.²²⁸

Ora, se a tutela jurisdicional dos direitos é variada, as técnicas processuais a ela devem adaptar-se, para lhes dar efetividade. Assim, com fins nos *resultados materiais que o processo deve gerar*²²⁹, para atender as necessidades do direito material, é que deve ser classificada a tutela jurisdicional dos direitos, e não tomar por base a técnica processual a ser utilizada (condenatória, mandamental, etc....) para dar efetividade à necessidade do direito material.

De fato,

As formas de tutela são garantidas pelo direito material, mas não equivalem aos direitos ou às suas necessidades. É possível dizer, considerando-se um desenvolvimento linear lógico,

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 147.

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 148.

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 149.

que as formas de tutela estão em um local mais avançado: é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las.²³⁰

Para exemplificar, é de se tomar o exemplo da tutela jurisdicional do direito de crédito. Segundo Fernando Noronha,

Na relação jurídica obrigacional, a garantia do credor consiste em diversas providências, a que podemos chamar de formas de tutela jurídica do crédito: nessa tutela abrangem-se todos os meios que estão à disposição do credor para fazer reconhecer judicialmente o seu direito e ainda os meios coercitivos indispensáveis para assegurar a realização da prestação a que tem direito ou, quando esta não seja mais realizável, proporcionar-lhe a reparação de todos os danos sofridos.²³¹

Parece óbvio, então, que os *meios de reconhecer judicialmente o direito* (sentenças) e os *meios indispensáveis para assegurar a realização da prestação* (meios de execução) que a parte tem direito, isto é, para assegurar os *resultados materiais que o processo deve gerar*, não se confundem com a tutela jurisdicional dos direitos.

Neste sentido, é de se observar que existem três formas procedimentais previstas no Código de Processo Civil (conhecimento, execução e cautelar), e que, a classificação das ações segundo as sentenças (mandamental, condenatória, etc.), não se aplica a todos eles. Interessante é notar que no processo de execução não há sentença, mas não obstante isso *há tutela jurisdicional do direito*.

É de se ver, neste sentido, que se a parte dispõe de título executivo extrajudicial, não necessita utilizar a ação de conhecimento prevista no art. 461 do CPC, podendo disparar a execução de fazer (CPC, 632) ou de não fazer (CPC, art. 642), onde o juiz, independentemente da alegação ou prova de receio de dano ou justificado receio de ineficácia do provimento final, *fulcrado tão somente na*

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 244.

²³¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 135.

exigibilidade do direito plasmado no título executivo extrajudicial, vai ordenar ao devedor que satisfaça a prestação devida (fazer) ou que desfaça o ato que praticou (não fazer), no prazo que ele, juiz, fixar, inclusive cominando multa para o caso de não acatamento dessa ordem (CPC, art. 645), ou determinar a utilização do meio sub-rogatório necessário a implementar a ordem inicialmente concedida²³², o que produz a mesma eficácia da ação de conhecimento do art. 461, uma vez que, atualmente, os embargos do devedor à execução de título extrajudicial não têm mais efeito suspensivo automático.²³³

Assim, na execução de título extrajudicial, mesmo não existindo sentença, pode o juiz *impedir a prática de ilícito contratual, remover eventual ilícito contratual já praticado, operar o ressarcimento em forma específica* ou em pecúnia, ou, ainda, tutelar o *cumprimento específico da obrigação*. E tudo isso em um procedimento onde não há sentença, demonstrando, à sociedade que as formas de tutela jurisdicional dos direitos não se confundem com as sentenças.

Ademais, nos parece óbvio que uma coisa é ter o direito (v. g., direito à honra, à imagem ou à privacidade) e, outra, é ter uma **forma de tutela adequada à sua proteção**. Está é logicamente, conseqüente à existência do direito e a sua

²³² Não obstante o Art. 645 só faça referência à utilização, na ação de execução de título extrajudicial de fazer ou de não fazer do meio coercitivo previsto no § 4º do Art. 461 (multa), não existem impedimento à utilização, também, dos meios sub-rogatórios previstos no § 5º do mesmo artigo, uma vez que se é permitida a utilização dos meios sub-rogatórios antes da formação do título executivo, não há sentido não admitir referidos meios quando já exista o referido título – ainda que extrajudicial -, fazendo presumir legítima a obrigação nele consubstanciada. Neste sentido, BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p. 152; e, ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 220 e ss.

²³³ Conveniente lembrar que, com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que alterou a redação do artigo 739 do CPC, modificando substancialmente o procedimento dos Embargos do Devedor, excluindo o automático efeito suspensivo, e determinando que a regra é que os Embargos do Devedor não tem efeito suspensivo (CPC, art. 739-A), exceto se o Juiz o conceder uma vez *sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação* (CPC, art. 739-A, § 1º), o que pode ser revisto a qualquer tempo (CPC, art. 739-A, § 2º).

necessidade. Aliás, será definida em razão das necessidades desse mesmo direito.

Daí que

... quando se indaga sobre a efetividade do processo já se identificou a forma de tutela prometida pelo direito material, restando verificar se as técnicas processuais são capazes de propiciar sua efetiva prestação.²³⁴

Uma vez identificado o direito e conhecida suas necessidades, poder-se-á definir quais formas de tutela são necessárias à sua proteção e, a partir daí, traçar as técnicas processuais adequadas a tornar efetiva referida proteção. Essa constatação é assaz importante para a redefinição das classificações das ações e das *sentenças*, bem como de seus conceitos, o que será visto no capítulo seguinte.

4.3 Formas de tutela jurisdicionais dos direitos

Como já visto, a ideologia de abstração das pessoas e dos bens, igualdade formal, autonomia privada e incoercibilidade *do facere*, forjada no cadinho do estado liberal, que buscava a proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado, levou à consideração de que todos os bens de vida poderiam ser reduzidos ao seu valor pecuniário, e daí a tutela ressarcitória em pecúnia foi eleita como única forma de proteção aos direitos pessoais.²³⁵ E, se uma única tutela era possível, um processo único e uniforme era necessário.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 246.

²³⁵ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987. p. 12: *È necessario altresí denunciare, sul terreno delle scelte di metodo, l'accentuato formalismo con cui la dottrina processualistica tradizionale, classificando le tutele in base a criteri esclusivamente inerenti al processo, ha finito per elevare a sistema il primato della tecnica risarcitoria tra i rimedi contro l'atto illecito.*

A quebra do mito de que a tutela ressarcitória em pecúnia era a única idônea a proteger o direito, iniciou quando se percebeu que o ilícito não se confunde com o dano. De fato, ao se comparar o ilícito penal com o ilícito civil, é visível a diferença de interpretação até então dada pelos cientistas do direito: naquele, ocorre o ilícito com a simples violação da norma ou do dever posto na lei, e a sanção para isso é uma pena; neste, entendia-se que ocorria o ilícito com a causação de um dano e a sanção era o ressarcimento. Ora, se a distinção entre o ilícito penal e o civil é dada pela natureza jurídica da norma violada, exigiriam eles um tratamento jurídico comum.²³⁶

Contudo, a invulgar força da ideologia liberal fez construir, neste respeitante, uma interessante interpretação: a diferença de tratamento entre os ilícitos penais e civis era dada não pela natureza da norma jurídica violada, mas centrada exclusivamente no aspecto patrimonial, até porque, nesse interregno temporal, mais importante do que ser, era ter. Conforme ilustra Miguel Maria de Serpa Lopes :

Enquanto no ilícito civil a regra transgredida é inerente à convivência e compatibilidade das atividades dos particulares entre si, no ilícito penal o que está em causa é a conduta a ser observada pelos indivíduos em relação ao todo social. No crime, a figura do criminoso é apreciada como um ente anti-social, ao passo que no Direito Civil o que se tem em vista é o prejuízo patrimonial. Tal a razão pela qual o Direito Civil só se movimenta em defesa do aspecto patrimonial.²³⁷

Caio Mario da Silva Pereira não discrepa:

²³⁶ PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998. p. 3-4: *Si distingue così un illecito penale da un illecito civile e da un illecito amministrativo. È tuttavia diffuso il pensiero che i tre tipi di illecito, penale, civile e amministrativo, pure essendo previsti e disciplinati da regole particolari a ognuno di essi, partecipino di una stessa natura sostanziale e trovino una disciplina fondamentale comune. E ciò anche se vengono rivelate delle differenze non marginali, come quella per cui l'illecito amministrativo, al pari dell'illecito penale, consiste essenzialmente nella violazione di norme o di doveri posti dalla legge e trova sanzioni consistenti prevalentemente in una pena, mentre l'illecito civile corrisponde, nell'aspetto suo tradizionale, alla causazione di un danno e trova la sua sanzione essenzialmente nel risarcimento.*

²³⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8ª., ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 419-420.

Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido.²³⁸

A doutrina, assim, partindo da premissa de que o ilícito civil se equiparava ao dano, definiu a tutela condenatória (reparatória) como única forma de tutela contra o ilícito:

...não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta contra jus, numa palavra, a injúria, fosse qual a fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso.²³⁹

No mesmo sentido, Clóvis Beviláqua concluiu que *todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado*.²⁴⁰

Claro e evidente está o pensamento arraigado de que só há interesse jurídico (isto é, *só repercute na órbita do direito civil*²⁴¹) no ato ilícito quando este causar dano: *a consequência da prática do ato ilícito, devidamente caracterizado, é a obrigação de reparar o dano*.²⁴²

Mesmo os civilistas atuais ainda rendem-se à essa ideologia. Maria Helena Diniz sustenta que *o ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica*,

²³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1, introdução ao direito civil. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 416.

²³⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 313-314.

²⁴⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947. p. 290.

²⁴¹ RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*. v. 4, responsabilidade civil. 19ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19.

²⁴² FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 132.

*violando direito subjetivo individual. Causa dano à outrem, criando o dever de repará-lo.*²⁴³

Nessa linha de raciocínio, impensável era admitir a ocorrência de um ilícito que não causasse dano. Mas é fácil perceber que, com a evolução da sociedade e da tecnologia, e, principalmente dos direitos surgidos em razão dessa evolução, existem direitos cuja violação não gera dano. E negar-se a tutela a eles, importaria em negar a própria existência do direito, como ocorre com os direitos de conteúdo não patrimonial:

Há hipóteses em que a violação da norma, ainda que não produtora de dano, deve ser sancionada através da adequada tutela jurisdicional. Assim, por exemplo, a hipótese de exposição à venda de produto nocivo à saúde do consumidor. Neste caso, a simples exposição à venda constitui ato ilícito, suscetível de repressão através da devida tutela jurisdicional. O exemplo demonstra, com clareza, que o ilícito não se confunde com o dano, e, mais do que isto, que, em determinados casos, há a necessidade de uma tutela autônoma que não é dirigida a evitar o ilícito – já que o ilícito já foi praticado -, mas que também não se volta contra o dano, que pode ou não ter ocorrido, mas que sempre será objeto de uma tutela diferente e própria, a tutela ressarcitória.²⁴⁴

O fato é que o dano constitui elemento distinto do ilícito, uma vez que pode ocorrer ilícito sem que ocorra o dano, assim como existe dano sem que ocorra ato ilícito (como ocorre, por exemplo, nas hipóteses previstas no art. 188 do CCB). Por questão lógica, então, não é o dano que justifica a proteção atribuída pela lei contra o ato ilícito.

Por aí se percebe que a tutela reparatória é insuficiente a dar efetiva tutela aos direitos da personalidade, sendo certo que nesta seara, mais importante do que reparar o dano é evitar ou eliminar o ilícito que o causa. A tutela reparatória pelo equivalente monetário, em regra, não é adequada para eliminar o ilícito, pois

²⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 169.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: RT, 2000, p. 22-23.

...quando se diz que não há ilícito sem dano, identifica-se o ato contra *ius* com aquela que é a sua normal conseqüência e isso ocorre apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre o ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ilícito e o dano subsiste freqüentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico.²⁴⁵

A tutela reparatória é ineficaz à tutela do ilícito sem dano, pois não atende às necessidades do direito material, isto é não impede ou não remove o ilícito. E, mesmo nos casos onde o ilícito cause dano, é ela adequada apenas para remover os danos decorrentes do ilícito, não servindo para remover o ilícito. Por conseqüência, a tutela jurisdicional, para ser efetiva, há de levar em consideração as diversas situações de direito material, isto é, deve ser específica de forma a proteger integralmente o direito reconhecido à parte.

A primeira reação dos operadores do direito, uma vez verificada a impropriedade e a inefetividade da tutela reparatória para proteção contra o ilícito (e não contra o dano), e considerando o princípio da tipicidade das formas que imperava no ordenamento jurídico, foi a utilização dos interditos proibitórios. Conforme Luiz Guilherme Marinoni,

...o uso do interdito proibitório para a tutela dos direitos de marca, de invento, etc. deixava visível a inexistência de tutela adequada aos direitos da personalidade, ou ainda fazia ver que o Código de Processo Civil somente podia responder em parte ao direito à tutela preventiva, o que apenas reafirmava a tendência nitidamente patrimonialista do sistema de tutela dos direitos e, mais do que isso, a própria ideologia que o inspirava.²⁴⁶

A doutrina tentou *improvisar* dentre as técnicas processuais típicas previstas pelo processo civil para obter tutela específica. Esbarrou no princípio da tipicidade das formas.

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: RT, 2000, p. 25.

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 247.

Por tipicidade das formas processuais se entende *as técnicas processuais, capazes de dar corpo à ação autônoma e atípica, são apenas as que estão tipificadas na legislação.*²⁴⁷ Isto é, todas as ações, inclusive as ações atípicas subordinam-se às formas processuais expressamente previstas na legislação processual, seja no respeitante ao procedimento, às sentenças ou aos meios executivos.

Tal princípio foi forjado no seio do estado liberal clássico e refletiu sua ideologia de proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado, no caso, do Judiciário (o juiz não era confiável e seu poder deveria ser nenhum), de forma a garantir que o cidadão não teria sua esfera jurídica atingida por meio executivo não previsto em lei. Gerava a segurança jurídica, *derivada da “certeza do direito” ou da garantia de que somente poderiam ser utilizados os meios executivos tipificados na lei.*²⁴⁸

Além disso, a idéia de um procedimento único era coerente com a ideologia dominante da igualdade formal e atendia aos reclamos da escola sistemática Chiovendiana *de eliminar do processo qualquer mancha do direito material.*²⁴⁹

A tipicidade das formas está fulcrada na igualdade formal e na abstração das pessoas e dos bens, isto é, na percepção de que as necessidades do direito material podem ser reduzidas a um denominador comum (pecúnia) e que, portanto, necessita de um único meio executivo para sua proteção. Ora, isso é ignorar que o moderno direito de ação está intimamente ligado ao caso concreto, isto é, às necessidades do direito material e, como são diversas as necessidades do direito material, diversos e diferenciados devem ser as formas de tutela jurisdicional, especialmente no que tange aos meios executivos.

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 235.

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 239.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 239,

A ação, aqui entendida como ação adequada, exige técnicas processuais capazes de permitir a tutela efetiva do direito material, não havendo, por isso, como submetê-la ao princípio da tipicidade das formas ou a um procedimento único, pois isso elimina a possibilidade de sua vinculação ao direito material e às técnicas processuais adequadas à efetividade da tutela jurisdicional dos direitos.

Referida efetividade da tutela jurisdicional dos direitos tem relação tanto com o direito material quanto com o direito processual, pois é justamente essa aproximação entre o direito processual e o direito material que permite verificar se o processo, como instrumento que é, está cumprindo seus desígnios no plano do direito substancial. Ou, em outras palavras, o direito processual não pode se contentar com um único procedimento ou uma única forma de tutela, pois esta não é indiferente à natureza dos interesses em conflito: a predisposição de procedimentos idôneos a fornecer formas de tutela jurisdicionais adequadas às necessidades dos casos concretos depende da existência, ou do modo da existência, do próprio direito substancial.

De fato,

... para se falar em efetividade da ação preciso partir da premissa, atualmente indiscutível, de que o processo deve responder ao direito material, e chegar na consequência, daí natural, de que o direito de ação, por ser a contrapartida da proibição da tutela privada, é exercido pelo autor para a obtenção da tutela efetiva do direito, e assim inegavelmente exige procedimento e técnicas processuais idôneos.²⁵⁰

Não se pode olvidar, neste passo, que o legislador, ao inserir as tutelas diferenciadas no ordenamento jurídico brasileiro (CDC, art. 84, CPC, arts. 273, 461 e 461-A, entre outros) tinha a nítida intenção de adequar os procedimentos às necessidades do direito material, e com isso dotar o processo de meios mais

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 240.

eficazes para tutela do direito material, constituindo o réquiem da tipicidade das formas processuais e do processo único.

Dissociando-se os conceitos de ilícito e dano, pode-se perceber que o *dever de reparar* (responsabilidade) não se confunde com as *formas de reparação* (resultado no plano do direito material: pelo equivalente ou em forma específica), e se percebe que há atos contrários ao direito que, ainda que não produzam danos, podem e devem ser sancionados pelo processo civil, mediante a utilização das tutelas específicas: inibitória e de remoção do ilícito. O ilícito, mesmo sem repercussão danosa, não deixa de ser ilícito, sendo completamente ilógica a prática de ato contrário ao direito ao simples argumento de que, se não causa dano, é permitido.

Como já dito, o *dever de reparar* (responsabilidade decorrente do ilícito) não se confunde com o ressarcimento, isto é, com as formas que podem ser utilizadas para a reparação (pecúnia ou em forma específica). Ressarcir não tem o sentido apenas de indenizar (tornar indene, pagar em dinheiro o valor equivalente ao dos danos causados), mas também o de restaurar, recompor *in natura* o que foi danificado, mediante a imposição de prestações positivas (fazer) ao agente do ilícito, por parte do Julgador, sob pena coerção (multa ou *astreintes*). A partir do momento em que se amplia o conceito de ressarcimento, não mais pode o devedor escusar-se de reparar na forma específica sob o argumento de “autonomia de vontade” (ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei).

Uma vez afastado o princípio da tipicidade das formas e o mito do procedimento único, e considerando que o processo deve responder e corresponder ao direito material, inviável é pensar em **tutela dos direitos** de forma desconexa

com as necessidades do direito material envolvido no feito. Somente analisando-se primeiramente as necessidades do direito material é possível identificar a **tutela jurisdicional dos direitos:**

São as tutelas jurisdicionais dos direitos que expressam os resultados que o processo produz no plano do direito material. E aí se apresenta uma distinção fundamental entre as duas classificações. A classificação das ações de direito material, como proposta, não é uma classificação que toma em conta o que o direito material exige do processo. Tanto é verdade que propõe o conceito de ação condenatória, o que constitui evidente confissão de que a forma processual está participando de uma classificação que, segundo o que se afirma como premissa, deveria atender apenas as eficácias das ações no plano do direito material. Ao contrário, a classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos se preocupa apenas com os resultados do processo no plano do direito material – assim, por exemplo, com as tutelas ressarcitória e inibitória e não com as ações condenatória e mandamental. O Objetivo da classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos e demonstrar as formas de tutela que o autor tem o direito de obter perante a jurisdição e, como consequência disso, a maneira como a ação e o processo devem se estruturar para permitir a sua prestação. Não é por outro motivo que se diz que a ação processual deve se conformar – ou se fazer adequada – a partir da tutela jurisdicional do direito.²⁵¹

E, com fins neste critério metodológico, classificam-se as tutelas jurisdicionais do direito (*verbi gratia* as tutelas específicas) em inibitória, remoção do ilícito, ressarcitória e contra o inadimplemento contratual.

4.3.1 Tutela inibitória

A tutela inibitória é prestada através de ação de conhecimento autônoma, de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, e tem como fundamento a proteção de *ameaça de lesão*²⁵² (CF, 5, XXXV) a

²⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 298.

²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 247: *.. a tutela inibitória nada tem a ver com a legislação processual, pois é parte integrante do direito material. Ele decorre naturalmente da norma atributiva de direito, pois não há direito que, quando ameaçado de lesão, não detenha uma forma de proteção contra a sua violação.*

direitos, principalmente a direitos fundamentais e/ou invioláveis (demonstrando aí a insuficiência da tutela ressarcitória e a necessidade da tutela inibitória):

Como é intuitivo, a forma ideal de proteção do direito é a que impede a sua violação. Ter direito, ou ter uma posição jurídica protegida, é, antes de tudo, ter direito a uma forma de tutela que seja capaz de impedir ou inibir a violação do direito. Essa forma de tutela é importante, sobretudo, para os direitos não patrimoniais, isto é, para os direitos que não pode ser reparados por um equivalente monetário.²⁵³

De fato, não há como pensar nos direitos fundamentais (personalidade, meio ambiente, etc...) sem uma tutela inibitória. No respeitante aos direitos à integridade moral, de nada adiantaria a CF lhos dizer invioláveis (CF, art. 5º, X), sem que fosse possível impedir sua violação ou a continuidade dessa violação. Há, assim, no ordenamento jurídico um princípio geral de tutela preventiva, segundo Aldo Frignani:

In temá di tutela preventiva invece il unto criciale riguarda la possibilità di evitare o prevenire l' illecito. Se si nega tale possibilità, si frustra una delle funzioni primordiali dell' ordinamento giuridico, quella di prevenire l' illecito e, di conseguenza, l'ê liti (ne cives ad arma veniant); se lo si afferma si intacca il principio della certezza del diritto, ampliando in modo pericoloso la sfera di discrezionalità del giudice. Tuttavia, de iure conditio, una simile conclusione, sembra suffragata, oltre che da un'intima esigenza del diritto, dalle numerose norme sparse in tutto il sistema che consentono forme di tutela giuridica di fronte a 'situazioni premilinari all' violazione della norma e del diritto soggettivo', ao fine di prevenirle. Qualunque soluzione si adotti sul problema della tutela preventiva come principio generale, a noi pare che l' inibitória rappresenti la forma più penetrante di tale tutela.²⁵⁴

Uma vez que perfeitamente separados os conceitos de ilícito e dano, resta óbvio que existem ilícitos que podem não provocar dano. O dano não constitui

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 247.

²⁵⁴ FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano, Giuffrè, 1974, p. 465. Em tradução livre: Em tema de tutela preventiva o ponto crucial resvala na possibilidade de se evitar ou prevenir o ilícito. Se se nega tal possibilidade, se frustra uma das funções primordiais do ordenamento jurídico, qual seja, aquela de prevenir o ilícito, e por conseqüência, o princípio (ne cives ad arma veniant); confirmando-a, nos ferimos a princípio da certeza do direito, ampliando de modo perigoso a esfera da discricionariedade do juiz. Todavia, uma conclusão similar assemelha-se sufragada, por uma íntima exigência do direito e das numerosas, normas esparsas em todos os sistemas que admitem a forma de tutela jurídica, em frente a 'situações preliminares, contra a violação da norma e do direito subjetivo' com o objetivo de prevenir. Qualquer que sejam as soluções que se adotem sobre o problema da tutela preventiva como princípio geral, a nos se apercebe que a inibitória representa a forma mais penetrante de tal tutela.

elemento ou requisito do ilícito, mas sim *conseqüência eventual do ilícito*.²⁵⁵ E, assim sendo, a tutela ressarcitória em pecúnia é absolutamente inidônea a evitar a lesão ao direito:

A prática de ato contrário a uma norma de proteção, ainda que não traga dano, exige uma forma de tutela jurisdicional do direito, e por isso, obviamente, não pode ser indiferente ao processo civil. Não há como admitir, no Estado constitucional, que a única função do processo civil contra o ilícito continue a ser a de dar ressarcimento pelo dano. Num estado preocupado com a proteção dos direitos fundamentais, o processo civil também deve ser utilizado como instrumento capaz de garantir a observância das normas de proteção, para o que a ocorrência de dano não tem importância alguma.²⁵⁶

Considerando que a tutela inibitória se dirige exclusivamente à proteção contra o ilícito, e não contra o dano, seus **pressupostos** são: a) a *ilicitude* (contrariedade ao direito) do ato temido (racionalização do Julgador); e, b) a probabilidade da prática desse *ilícito* (juízo de verossimilhança ou probabilidade).

A tutela inibitória é **voltada para o futuro**, contra a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, e não para o passado, pouco importando, pois, o dano ou sua probabilidade. Daí que o autor não precisa alegar dano e o réu está impedido de discutí-lo (desnecessidade de produção probatória no respeitante ao dano). A discussão cinge-se à probabilidade da ocorrência da ameaça de prática de ato contrário ao direito:

... a restrição da prova em relação a matéria não pertinente à tutela jurisdicional do direito e à sua causa de pedir, além de estar ancorada no direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva, ou seja, no direito à ação adequada à tutela do direito material, visa dar os devidos contornos ao direito ao contraditório, que obviamente não deseja viabilizar a discussão e a produção probatória em torno de questões impertinentes à situação de direito material objeto de tutela.²⁵⁷

²⁵⁵ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 108 e ss.

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 250.

²⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 269.

Também não é necessário examinar o elemento culpa, uma vez que é voltada para o futuro, fulcrada exclusivamente no ilícito e não no culpa do agente, conforme reconhece Cristina Rapisarda:

La ratio dell' autonomia dell' inibitoria dalla colpa va individuata, inoltre, nel carattere non sanzionatorio di tale mezzo di tutela: il soggettivo della colpa perde, infatti, nella disciplina dell' inibitoria, la funzione di salvaguardia dell' altrui di azione, svolta quando la tutela comporta, come nel caso della tutela risarcitoria, l'imposizione al soggetto passivo di uno svantaggio econômico-giuridico, l'autonomia indica si spiega, infine, per la finalità reintegratoria del diritto dedotto in giudizio, che caratterizza la tutela inibitoria, la quale tende a garantire comunque l' attuazione del diritto, prescindendo da ogni valutazione del comportamento dell' obbligato.²⁵⁸

A tutela inibitoria admite as seguintes modalidades, cujo critério definidor é a prova da ameaça: a) **impedir a prática** do ilícito, que é a inibitoria pura, pois se destina a prevenir a prática do ato contrário ao direito, sem que nenhum ato anterior de vulneração do direito fosse praticado. Isto é, não enxerga nenhum ilícito no passado, mas apenas eventuais fatos ou indícios de que o ilícito será cometido no futuro; b) **impedir a repetição** do ilícito (destina a impedir que o ato ilícito que já ocorreu no passado, volte a ocorrer novamente o futuro, havendo uma interrupção entre eles, de modo que se impede a ocorrência de um novo ilícito, independentemente do primeiro); e, c) **impedir a continuação** do agir ilícito (diz respeito à ação ilícita continuada – ex. produção de fumaça poluente - não ao ilícito já esgotado, cujos efeitos perduram no tempo – despejo de lixo tóxico em lugar proibido - quando basta indicar o que já aconteceu, pedindo a remoção do ato que já produziu efeitos, via da tutela de remoção do ilícito).

²⁵⁸ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedan, 1987, p. 89-90. Em tradução livre: A razão da autonomia da inibitoria provém da culpa individualizada, além disso, em face do caráter não sancionatório de tal meio de tutela: o requisito subjetivo da culpa perde, de fato, na disciplina da inibitoria, a função de salvaguardar a liberdade de ação de outrem no momento da decisão quando a tutela comporta, como no caso da tutela ressarcitoria, a imposição ao sujeito passivo de um prejuízo econômico-jurídico. A autonomia indicada se explica, finalmente, pela finalidade reintegratória do direito deduzido em juízo, que caracteriza a tutela inibitoria, o qual tende a garantir de qualquer modo a atuação de direito, prescindindo a avaliação de cada comportamento do obrigado.

4.3.2 Tutela de remoção do ilícito

A tutela pode ser concedida não só para evitar a ocorrência do ilícito, mas para remover os efeitos do ilícito que perduram no tempo (tutela de remoção do ilícito, que também é forma de tutela específica, *pois em vez de remediar o dano, elimina sua fonte*²⁵⁹).

A tutela de remoção do ilícito é destinada a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu (portanto, é uma tutela **voltada ao passado**, pois ataca os efeitos continuados de um agir ilícito que já se esgotou). Tem como **fundamento** a proteção de *lesão a direito* (CF, 5º, XXXV), pois de nada adianta uma regra proibindo a prática de determinado ato, se não houver a possibilidade de removê-lo.

Seu único **pressuposto** é a prática de um ato contrário ao direito (ilícito passado). Não sendo necessário alegar ou discutir dano ou probabilidade de dano:

... A ação de remoção, ainda que posterior à prática do ato contrário ao direito, não obriga o autor a alegar dano e culpa, pois através dela não se objetiva obter ressarcimento, mas somente a remoção dos efeitos concretos do ato ilícito (não danoso). Porém, justamente porque não importa se o ato ilícito provocou dano é que se impede o réu de alegar que por isso não ocorreu ou poderá ocorrer e, por consequência, também ao juiz de indagar ou determinar prova sobre a questão do dano e da culpa.²⁶⁰

Só quando o ilícito coincide cronologicamente com o dano é que precisa invocar a probabilidade de ocorrência de dano, pois quando os efeitos do ilícito se prolongam no tempo, deixando aberta a possibilidade de dano, é que há interesse

²⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 251.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 267.

na sua remoção. Assim, a remoção do ilícito, indiretamente, atua como preventiva do dano, eliminando sua causa.

Nada impede que se cumulem as tutelas. A remoção do ilícito elimina a possibilidade de produção do dano, restabelecendo a situação anterior ao ilícito (ex: determinar a retirada do lixo tóxico, e impondo, eventualmente, sanção administrativa), ao passo que o ressarcimento tem por finalidade corrigir o estrago causado pelo ilícito, com a correção da totalidade dos danos causados, restabelecendo o que deveria existir se o ilícito não tivesse ocorrido (ex: no caso de corte de árvores, determinar o plantio de novas árvores – tutela ressarcitória de forma específica, cumulada com ressarcimento em dinheiro, dado que a ressarcitória em forma específica foi parcial).

4.3.3 Tutela ressarcitória em forma específica

Uma vez que não se consiga inibir ou remover o ato contrário ao direito, e constatando que ele evolui para uma fato danoso, entra em cena a tutela ressarcitória, que se dirige exclusivamente contra o dano.

A **tutela ressarcitória** pode ser **específica** (quando passível de ressarcimento *in natura*) ou pelo **equivalente** (pela conversão do dano em dinheiro): A tutela ressarcitória em pecúnia visa recompor, em dinheiro, o valor da lesão patrimonial (dano emergente, lucros cessantes e danos extrapatrimoniais). A tutela ressarcitória na forma específica *objetiva restabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse sido produzido.*²⁶¹

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 251-252.

A tutela ressarcitória na forma específica, assim, é destinada a atacar os atos contrários ao direito (ilícito), que produzem danos. Isto é, é uma tutela **voltada para o futuro**, destinada recompor ou restaurar *in natura* o dano causado (ex. realizar o conserto do veículo – ou entregar outro em seu lugar²⁶² - ou recolocar a vidraça quebrada, ou replantar árvores, etc...).

Assim, as tutelas ressarcitórias (específica ou em pecúnia) têm como **pressupostos** não somente o ato ilícito, mas também o dano, o nexo de imputação (culpa ou risco) e o nexo da causalidade.

A tutela ressarcitória específica é preferível à tutela pelo equivalente (à critério do lesado²⁶³), menos quando não for possível ou justificável, em vista da excessiva onerosidade²⁶⁴:

A prioridade do ressarcimento na forma específica é imposição que decorre do próprio direito material. Na realidade, se o lesado tem o direito ao ressarcimento, cabe-lhe escolher a forma de reparação, que pode ser na forma específica ou pelo equivalente. Apenas, quando, diante da situação concreta, o ressarcimento na forma específica for impossível ou configurar uma forma excessivamente onerosa, e que o ressarcimento deverá ser pelo equivalente monetário. Isso quer dizer que, nos casos em que a tutela ressarcitória na forma específica for concretamente possível, ela somente será excluída por opção do próprio lesado ou quando o ressarcimento na forma específica, ainda que possível, não for justificável ou racional em vista da sua excessiva onerosidade.²⁶⁵

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 253: *A existência de um poder de obrigar à reparação implica na possibilidade de usar a ação para coagir o infrator a fazer ou a entregar coisa equivalente à destruída.*

²⁶³ Vide Capítulo 8.

²⁶⁴ Se a reparação *in natura* causar ônus despropositado ou onerosidade excessiva ao agente, o ressarcimento deve se operar em pecúnia, dado que o lesado não tem o direito de impor ao causador do dano um ônus economicamente ineficiente ao agente. Tenho que é caso de aplicação do princípio da boa-fé (CC, art. 187). Ex: custo de reparação superior ao valor da própria coisa após reparada. No caso em que o valor da reparação supera o valor da utilidade que por meio dela pode ser obtida, não há como admitir o ressarcimento na forma específica. As cores de cada caso concreto, e os interesses envolvidos (patrimoniais ou não patrimoniais) definirão a incidência da onerosidade ou não, que pode ser alegada em qualquer fase do processo, até na execução. Nos casos em que a reparação específica gerar uma vantagem (lucro) para o lesado, deve ser aplicada a regra *compensatio lucri cum damno*, determinando ao lesado pague ao agente o valor correspondente ao lucro auferido (pequeno risco que leva à pintura do carro inteiro, elevando seu valor de mercado).

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 252.

Afinal, se o devedor pudesse substituir o direito de reparação pelo pagamento em pecúnia, aquele que tem patrimônio tem sua responsabilidade atenuada, ou uma verdadeira *bill of imunity* para praticar atos ilícitos em relação aos outros.

A tutela ressarcitória específica é cumulável com a de ressarcimento em dinheiro quando a tutela específica por parcial.²⁶⁶

4.3.4 Tutela contra o inadimplemento contratual

Em primeira linha de pensamento, é de se lembrar que a tutela do adimplemento das obrigações era um dos campos que mais se ressentia da ineficiência processual ou da ausência de tutela específica, uma vez que, tradicionalmente, somente restava ao credor insatisfeito a conversão da obrigação em perdas e danos (CCB, art. 389), expondo incontornável incongruência da desconexão entre o direito material e o processo:

A negação da tutela específica à obrigação contratual se reveste de evidente contradição, pois admite que as partes se obrigam a contratar, mas, logo após, estão livres para não atender à prestação assumida, como se o adimplemento fosse um “dever livre” ou um puro ato potestivo, e não algo devido.²⁶⁷

De fato, a obrigação nasce de uma declaração de vontade que deve ser cumprida pelo devedor. O perfeito adimplemento da prestação devida é da essência

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 426: ... *Se a ressarcitória na forma específica deve proporcionar um resultado equivalente ao da situação que existiria caso o dano não tivesse acontecido, pode não ser suficiente o restabelecimento da situação que era anterior ao dano, pois o dano primitivo pode ter acarretado outros, como acontece quando se pensa nos “lucros cessantes”. Como o bem protegido deve ser integralmente tutelado, e necessário que se estabeleça uma situação equivalente à que existiria caso o dano não houvesse sido praticado. Se isso não for possível, a tutela ressarcitória na forma específica deverá ser cumulada à tutela ressarcitória pelo equivalente.*

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 253.

do direito à uma prestação, sob pena de torná-lo meramente o direito a um pagamento em pecúnia:

O pagamento do equivalente, como resposta jurisdicional ao não cumprimento da obrigação contratual, supõe a obrigação como um poder do credor sobre o patrimônio do devedor, e não a obrigação como um direito à prestação. Por isso, a inexistência de tutela específica contra o inadimplemento nega a própria natureza da obrigação, cujo fim é o de dar ao credor uma prestação, e não a de lhe conferir um valor em dinheiro.²⁶⁸

A tutela específica das obrigações contratuais de fazer e de não-fazer é destinada a satisfazer o bem de vida devido ao credor (*praestatio vera rei debita*) e não a satisfazer, em pecúnia, o valor equivalente da prestação não cumprida, cujas várias hipóteses são objeto central do presente trabalho.

A tutela específica das obrigações contratuais de dar (coisa certa ou incerta) ou de restituir (coisa certa) exige certos cuidados para sua compreensão, uma vez que existe expressa diferenciação entre direito real e direito pessoal no direito brasileiro.

O titular do direito real tem o direito de reaver a sua coisa, de quem injustamente a detenha (CCB, art. 1228), razão porque a ação que tenha por fundamento um direito real (propriedade ou posse) visa apenas e tão somente reconhecer o direito real e determinar que o titular seja nele investido (imissão de posse, reintegração de posse ou reivindicação de posse), independentemente de execução da sentença, sendo impensável a condenação do réu a entregar a coisa.

O titular do direito pessoal (aí incluído o comprador, em face do art. 1.268), como titular do direito a uma prestação, necessita primeiro a condenação do réu, para depois executá-lo. Havendo cláusula de tradição ficta ou simbólica (cláusula *constituti*) houve a transmissão da propriedade e o adquirente possui direito real, a

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 254.

tutela não é de adimplemento da obrigação, *mas sim de imissão na posse da coisa com base no direito à posse*.²⁶⁹ Não havendo cláusula *constituti*, é caso de tutela de adimplemento de obrigação. Daí que em todos os casos onde o dar (entregar e transferir a propriedade) ou o restituir coisa se funde em direito pessoal, em razão de contrato, necessita de ação judicial onde se abra a oportunidade para discussão do contrato (mesmo nos casos de cláusula resolutória expressa, pois o 461-A tem vantagens evidentes sobre a ação de reintegração de posse – onde a cognição é única e exclusiva do direito à posse -, pois agora estes casos também possuem *executividade lato sensu ou intrínseca*).

Por fim, tem-se a tutela pecuniária, que é a tutela específica para as obrigações de pagamento em dinheiro. Nem toda tutela pecuniária é uma tutela pelo equivalente. Quem se obriga a pagar quantia em dinheiro, a tutela que lhe confere pecúnia não é tutela pelo equivalente, mas tutela do adimplemento em forma específica. Há tutela pecuniária específica (quando a prestação devida é pagar uma soma em dinheiro) e há a tutela de alimentos (decorrentes de ato ilícito: pensão de alimentos a quem o defunto os devia).

Neste passo, importante frisar que a tutela específica contra o inadimplemento não obstaculiza a aplicação das demais formas de tutela jurisdicional do direito, retro mencionadas, à tutela das obrigações.

Ao contrário, as diversas formas de tutela jurisdicional dos direitos podem ser utilizadas concomitantemente para efetiva tutela específica da obrigação.

Serve como exemplo um eventual contrato firmado por conhecido atleta com uma também notória marca de produtos esportivos, onde o atleta assume a situação de “garoto propaganda” da referida marca. No contrato, provavelmente, constam

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 255

cláusulas onde o atleta se obriga à variadas prestações **de fazer** (participar de eventos promovidos pela marca, participar de campanhas de marketing, usar artigos da marca nas suas aparições sociais ou profissionais, etc..) e de **não-fazer** (abster-se de usar produtos esportivos ou realizar campanhas de marketing de outras marcas, em resumo, a *exclusividade*). Neste caso, conforme a conduta (ou ameaça de conduta) adotada pelo atleta, haverá se der eleita a tutela jurisdicional do direito que melhor proteja os direitos da companhia de material esportivo. Assim, se o atleta se recusa a participar de uma campanha de marketing, pode ser utilizada a tutela específica contra o inadimplemento para constrangê-lo, mediante técnica mandamental, a cumprir sua prestação e, eventualmente, uma tutela ressarcitória para reparar os danos causados pela demora. Se o atleta ameaça participar de uma campanha de marketing de empresa concorrente, a credora não só pode usar a tutela inibitória para impedir que o atleta grave a campanha, ou que a campanha seja levada ao ar, bem como pode utilizar a tutela de remoção do ilícito, caso a campanha já esteja sendo veiculada, cumulando-a com tutela do incumprimento (buscando cominação de pena para o caso de novas violações) e com tutela ressarcitória (na hipótese de se verificarem danos).

Esse exemplo demonstra, à saciedade que a tutela jurisdicional do direito é dependente da necessidade do direito material, e não se confunde, de maneira nenhuma, com as técnicas processuais (especialmente as sentenças) utilizadas para efetivação dessas mesmas necessidades.

E, *last but not least*, nem se diga que em razão da eficácia relativa das relações jurídicas obrigacionais (*res inter alios acta tertio nec nocet producec nec*) eventuais terceiros em relação ao referido contrato não estariam obrigados a

respeitá-los. O princípio da eficácia relativa dos contratos de há muito foi relativizado. Conforme anotam Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón:

Mas lo cierto es que el contrato, una vez realizado, penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él. Como consecuencia de esta penetración y de esta instalación del contrato en el mundo de la realidad jurídica acontece que todo el comercio jurídico tiene que contar con los contratos ya realizados. Los contratos que se van realizando contemplan y se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes. El contrato, como fenómeno que se instala en el mundo de la realidad jurídica, no es jamás indiferente para los terceros...

E, mais adiante:

Em realidad, y dado que, como decía Ihering, todo negocio jurídico produce un efecto reflejo para los terceros de modo involuntario (porque al igual que ocurre en el mundo físico o natural, todo hecho jurídico no se puede aislar en el mundo jurídico, sino que se relaciona con todo su entramado), es claro que los terceros han de respetar la situación jurídica creada por el contrato, absteniéndose de la celebración de otro contrato con aquél incompatible porque lesiona las posibilidades de su cumplimiento. Pero ese está condicionado a que los terceros lo conozcan antes.²⁷⁰

Óbvio é que o contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes. Neste sentido, Fernando Noronha busca apoio na regra geral da responsabilidade civil extracontratual (CCB, art. 186) para responsabilização do terceiro que contribui para a quebra do contrato:

Efetivamente, se um contrato deve ser considerado como fato social, como temos insistido, então a sua real existência há de impor-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes. Assim é que não só a violação do contrato por terceiro pode gerar responsabilidade civil deste (como quando terceiro destrói a coisa que devia ser prestada, ou na figura da indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio), como também terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados (o instituto da fraude contra terceiros é exemplo típico disso).²⁷¹

²⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis e GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, 6ª ed. Madrid: Tecnos. 1993, v. II, p. 123.

²⁷¹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119.

Por seu turno, Antonio Junqueira de Azevedo²⁷², utilizando-se da cláusula geral de boa-fé, do princípio da função do contrato, e do disposto no artigo 942 do CCB²⁷³, argumenta que qualquer contrato tem importância para a sociedade, e por tal razão, os terceiros que não são partes no contrato, não podem se comportar como se o contrato não existisse, podendo suportar a responsabilidade decorrente da quebra contratual. Conclusão inarredável é que o judiciário pode impor ordens à terceiros (relativizando o princípio da eficácia relativa dos contratos), para possibilitar a tutela específica das obrigações contratuais.

4.4 Técnicas processuais disponíveis

Com visto nos itens anteriores, uma vez identificado o direito e conhecida suas necessidades, pode-se definir quais **formas de tutela jurisdicional do direito** são necessárias à sua proteção (inibitória, remoção do ilícito, ressarcitória em forma específica ou tutela contra o inadimplemento) e, a partir daí, traçar as **técnicas processuais** adequadas a tornar efetiva referida proteção. Logo, as sentenças (como técnicas processuais que são) não se confundem com a tutela jurisdicional, e, por isso, necessário é repensar suas funções e seus conceitos.

Tradicionalmente existem duas classificações das sentenças: a trinária e a quinária.

²⁷² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribuiu para inadimplemento contratual. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, nº 750, p. 113-120, abr/98.

²⁷³ CCB, Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Humberto Theodoro Júnior é adepto da classificação trinária das sentenças (declaratória, constitutiva e condenatória), ao argumento de que o que realmente importa é a *espécie de tutela jurisdicional concedida* à parte. Exatamente por isso, as sentenças mandamentais e executivas apenas *realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra*. Só divergem na execução e respectivo procedimento.²⁷⁴ Cândido Rangel Dinamarco, também adota a classificação trinária das sentenças, argumentando que as sentenças mandamentais estão contidas nas sentenças condenatórias, estabelecendo que a diferença esteja apenas no *fator comando ou mandamento* contido nas sentenças mandamentais.²⁷⁵ Não obstante isso, admite a subclasse das sentenças executivas *lato sensu*, quando a sentença condenatória comportar execução dentro do mesmo processo.²⁷⁶

Para Pontes de Miranda, como a finalidade do processo é a *realização do direito material*, as ações e as sentenças devem ser classificadas para atender à *eficácia das ações segundo o direito material*.²⁷⁷ E, por isso, adota a classificação quinária²⁷⁸, que assim podem ser resumidas:

...a ação declarativa é ação a respeito de ser ou não-ser a relação jurídica; de regra, a ação constitutiva prende-se á pretensão constitutiva, res deducta, quando se exerce a pretensão à tutela jurídica. Quando a ação constitutiva é ligada ao direito, imediatamente, não há, no plano da res in iudicium deducta, pretensão constitutiva (há-a no plano do direito subjetivo à tutela jurídica, que é a especialização, pelo exercício da pretensão à tutela jurídica em pretensão constitutiva); A ação de condenação supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado contra o direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser

²⁷⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol I, 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 468-470.

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 243.

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 246.

²⁷⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, São Paulo: RT, 1970, p. 126.

²⁷⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, São Paulo: RT, 1970, p. 117-122.

condenados (com-damnare); a ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs ação mandamental; a ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nele devia estar, e não está.²⁷⁹

A doutrina pontiana foi seguida por Ovídio A. Baptista da Silva, o qual, utilizando como critério de classificação das sentenças a *pretensão material do autor*, também adota a classificação quinária²⁸⁰.

O critério trinário leva em conta o pedido formulado. A classificação quinária leva em consideração a pretensão de direito material deduzida pelo autor:

...a classificação das sentenças em condenatórias, constitutivas e declaratórias se liga ao tipo de *pedido que se formula*. E, por outro lado, quando se pensa em sentença mandamental ou executiva *lato sensu* está-se enfocando precipuamente o tipo de eficácia que emana desta sentença. Mas não terá sido pedida pela parte uma sentença com tal eficácia? Não se pode, é claro, dizer que a eficácia da sentença (o modo por meio do qual produzirá alterações no mundo empírico) integre o mérito da causa, como se pode afirmar que a condenação, a constituição de relação jurídica ou a declaração, na verdade, consistem no próprio mérito da ação.

Todavia, grosso modo, pode-se afirmar, sem medo de incorrer em grosseira imprecisão terminológica e, muito menos, de esbarrar em princípios rígidos e fundamentais do processo, que, quando se propõe uma ação mandamental ou executiva *lato sensu*, se pleiteia exata e precisamente o *tipo de eficácia que as caracteriza*, e, portanto, nesse sentido mais largo, pode-se dizer que também se classificam as sentenças em mandamentais e executivas *lato sensu* em função do pedido formulado.²⁸¹

Assim, pelo critério da **eficácia que as caracteriza**, as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* constituem categorias autônomas. Certo é que possuem como característica comum a possibilidade de produzir seus efeitos

²⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, São Paulo: RT, 1970, p. 122.

²⁸⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de direito processual civil*. vol. I, 5ª ed. ver., e atual., São Paulo: RT, 2000, p. 112: *...conforme a pretensão material do autor vitorioso seja dirigida a obter a simples declaração de existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica; ou tenha por fim sua constituição, modificação ou extinção; ou colime a simples condenação do demandado a cumprir uma obrigação; ou finalmente tenha por objeto obter, desde logo, a realização do direito litigioso no processo de conhecimento, mediante um ato de execução praticado pelo juízo, ou através de um simples mandado ou ordem que o magistrado emita, como porção do conteúdo do ato sentencial.*

²⁸¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à segunda fase da Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2002, p. 226-228.

fora do processo independentemente do processo de execução, mas diferenciam-se pela eficácia.

Na visão tradicional, a sentença executiva *lato sensu*, se refere à transferência ou passagem para a *esfera jurídica de alguém o que nela devia estar e não está*²⁸², independentemente de execução da sentença. Aí está a diferença com a condenatória, que exige a execução da sentença contra o patrimônio. De igual modo, a sentença mandamental é caracterizada pela expedição de uma ordem, de um comando, também independentemente de execução da sentença contra o patrimônio.

Demais disso, as sentenças executivas *lato sensu* distinguem-se das mandamentais

... porque seu conteúdo principal não é uma ordem para o réu cumprir, mas a autorização para o órgão judicial executar (satisfazer o direito independentemente da vontade do devedor), dentro do próprio processo em que proferidas (exemplos: ações de despejo, reintegração de posse, demarcação, divisão, prestação de contas).²⁸³

Claro e evidente é que referidas classificações, assim como os conceitos dela decorrentes levam em consideração unicamente critérios processuais, isto é, de eficácia processual das sentenças.

Obvio é que **a classificação das sentenças pela ótica exclusivamente processual é insuficiente**, porquanto a finalidade do processo é instrumental e, exatamente por isso não pode se distanciar do direito material, uma vez que o próprio pedido imediato (tutela jurisdicional pretendida: declarar, condenar, constituir, mandar, executar) traduz a estrita vinculação do ato jurisdicional à satisfação do direito material deduzido em Juízo.

²⁸² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, São Paulo: RT, 1970, p. 122.

²⁸³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. II, 4ª edição, São Paulo: RT, 2001, pp. 277/278.

Ponto pacífico é que se a tutela jurisdicional deve ser a mais efetiva possível. As sentenças se diferenciam justamente para prestar adequada e efetiva prestação da tutela jurisdicional ao direito material, e não ao direito processual.

Neste ponto, é de se observar que, embora Pontes de Miranda o tenha enunciado que *o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material*²⁸⁴, sua classificação das ações é fundada em categorias processuais, revelando a incoerência de seus conceitos (pois as classifica ora em razão do seu conteúdo – declaratória -, do comportamento do réu – condenatória -, ou ato judicial – mandamental -), uma vez que *a eficácia de uma ação de direito material não pode ser balizada pelas formas processuais de proteção dos direitos*.²⁸⁵ De fato, pensando na tutela condenatória, o dano não é eficácia do direito material, mas sim fundamento da tutela ressarcitória. A eficácia é ressarcitória e a forma processual de sua proteção é condenatória. Evidente, assim, que a classificação de Pontes de Miranda vinculou as eficácias do direito material a critérios exclusivamente processuais.

Do mesmo modo, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, não obstante aceite a idéia de que a ação está intimamente ligada ao *resultado de mérito*, isto é, deve ser relacionada aos *efeitos jurídicos e aos conteúdos variáveis das diversas formas de tutela jurisdicional*, dando *resposta ao objeto variável da demanda jurisdicional*²⁸⁶, classificou as formas de tutela jurisdicional em condenar, declarar, constituir, mandar ou executar. Óbvio é que classificou as tutelas jurisdicionais não pela eficácia das mesmas no plano do direito material, mas de acordo com a forma pelas quais as

²⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, São Paulo: RT, 1970, p. 32.

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 296.

²⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela Jurisdicional. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênesis, n.º. 34, p. 665-689, out/dez, 2004, p. 679-680.

sentenças satisfazem as pretensões processuais. É uma classificação de sentenças, e não de tutelas.

Luiz Guilherme Marinoni explica:

O significado de tutela somente pode ser encontrado quando se pergunta o que a sentença satisfaz, ou melhor, o que a sentença presta como forma de tutela do direito. A sentença mandamental, por exemplo, pode prestar tutela inibitória ou tutela ressarcitória, na forma específica, pois o juiz pode ordenar sob pena de multa para alguém não violar um direito ou para alguém reparar um dano na forma específica. Ora, é evidente que a sentença mandamental não constitui uma forma de tutela do direito, até porque, se fosse assim, teríamos uma única forma de tutela produzindo resultados substanciais completamente diferentes. Na verdade, a técnica processual estaria sendo chamada de tutela jurisdicional, esquecendo-se os resultados do processo no plano do direito material – esses, sim, as formas de tutela. Formas de tutela, como é pouco mais do que óbvio, são as tutelas inibitória e ressarcitória na forma específica (por exemplo) e não as sentenças.²⁸⁷

Importante vincar que **as formas de tutelas jurisdicionais dos direitos** são disciplinadas e determinadas pelo direito material, e não pelo processo. As sentenças e os meios de execução, assim como os provimentos antecipatórios e cautelares, são **técnicas processuais** que servem para dar **resposta adequada** às necessidades do direito material deduzido. Logo, as tutela jurisdicionais dos direitos não se confundem com a sentença (nem com as demais técnicas ou “provimentos” processuais), uma vez que esta é destinada a conformar-se de acordo com as necessidades do direito material, e não ao contrário.

Neste sentido, Guilherme Rizzo Amaral argumenta:

Ora, a formulação de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira é a de que ‘ a eficácia se apresenta apenas como uma forma da tutela jurisdicional, outorgada a quem tenha razão, seja o autor, seja o réu (sentença declaratória negativa). Está, portanto, no plano processual, mas não atrelada diretamente á ação processual senão aos provimentos jurisdicionais. Esta idéia é consentânea, embora não o afirme expressamente o seu autor, à da técnica de tutela, exposta por Luiz Guilherme Marinoni. Para este último, quando ‘se percebe, contudo, a necessidade de distinguir os meios (que permitem a prestação da tutela) do fim a ser obtido (o resultado no plano do direito material), apresenta-se como adequada a distinção entre tutela jurisdicional *stricto sensu* e técnicas de tutela jurisdicional.’ Assim, classifica Luiz Guilherme Marinoni as sentenças (condenatória, mandamental etc.), como técnicas de tutela.

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 301.

Estas técnicas de tutela, uma vez adotadas no plano processual, terão como objetivo buscar a produção de um resultado, este no plano material.

E conclui:

Enquanto Carlos Alberto está preocupado com os “provimentos jurisdicionais” entendemos que a identificação da tutela jurisdicional deve ser encontrada no plano do direito material, ou melhor, no plano das formas de tutela dos direitos e dos resultados que as técnicas processuais devem proporcionar para que o processo possa responder à sua missão perante o direito material.²⁸⁸

Daí, a necessidade de classificação das sentenças, como técnicas de tutela, sob um outro prisma, um outro critério, que leve em consideração a **resposta dada às necessidades do direito material deduzido**.

Neste passo, não é possível olvidar que existem duas grandes categorias de sentenças: as sentenças satisfativas (que por si só bastam para materializar o direito da parte) e as sentenças não satisfativas (que exigem meios executivos para materializar o direito da parte). As sentenças declaratórias e constitutivas são suficientes a satisfazer a pretensão da parte, independentemente de atos materiais futuros para sua transposição do plano processual para o plano material, isto é, para sua efetivação, logo, são satisfativas. A sentença condenatória não satisfaz, por si só, o direito reconhecido da parte, necessitando de uma execução futura, em outra fase do procedimento, atuando sobre o patrimônio do devedor. As sentenças mandamental e executiva, satisfazem os direitos declarados na sentença, por atos materiais realizados no mesmo processo, logo, não são, só por si, satisfativas.

Neste contexto, Clayton Maranhão, fiel à doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, classifica os provimentos jurisdicionais da seguinte forma:

²⁸⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ação de direito material. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênese, n.º. 33, p. 533-547, jul/set, 2004, p. 542.

i) o provimento judicial mandamental é assim classificado porque assistido por um meio de coerção indireta na mesma relação processual (além da sanção criminal); ii) o provimento judicial condenatório assim o é porque desassistido de qualquer meio sancionatório na mesma relação processual, diferindo os meios “executivos” para outra; iii) o provimento judicial executivo lato sensu assim o é porque assistido com meios sub-rogatórios ou coativos diretos na mesma relação processual, (além da sanção criminal); iv) os provimentos judiciais meramente declaratórios e os provimentos judiciais constitutivos assim o são porque desassistidos, sempre, de qualquer sanção processual, diferindo uma da outra somente quanto à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica (potestatividade, sujeição), possível somente pela técnica constitutiva.²⁸⁹

Outro critério não é utilizado no presente trabalho. A classificação, assim, faz-se em consideração à forma da resposta dada às necessidades do direito material deduzido, isto é, tomando em consideração a sua suficiência para atender ao direito material e, caso contrário, ao meio executivo empregado para tal desiderato.

4.4.1 Sentenças

4.4.1.1 Sentença declaratória

A sentença declaratória se relaciona com a declaração da existência ou inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica, dada uma situação de incerteza ou dúvida objetiva (CPC, art.4º), excepcionalmente, à falsidade de documento. Exige, também a incidência da norma jurídica abstrata sobre um fato concreto e específico, não sendo possível utilizá-la para definir o alcance e interpretação de norma abstrata.²⁹⁰

²⁸⁹ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde (Arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2003, p. 161-162.

²⁹⁰ PISANI, Andrea Proto. *Appunti Sulla Giustizia Civile*. Bari: Cacucci, 1982, p. 92-94.

Nestes casos, a mera declaração já satisfaz o direito da parte, prescindindo de meios executivos (por exemplo, declara a falsidade de um documento, ou a inexistência de relação jurídica cambiária).

4.4.1.2 Sentença constitutiva

Sentença Constitutiva é aquela que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica. Quando extingue (anula, rescinde, resolve, etc...) uma relação jurídica, é denominada de constitutiva negativa ou desconstitutiva. O interesse da parte se exaure na constituição ou desconstituição, de modo que a sentença constitutiva é satisfativa, não necessitando de meios de execução.

4.4.1.3 Sentença Condenatória

Condenatória é a sentença que impõe um pagamento, oportunizando ao autor pedir a execução no caso de incumprimento. Dado disposto nos arts. 461 e 461-A do CPC, à sentença condenatória restou apenas a tutela pelo equivalente e a tutela da obrigação de pagar pecúnia.²⁹¹ Em face da previsão do art. 475-J, introduzido no CPC pela Lei nº 11.232/05, a sentença condenatória somente se liga aos meios executivos referentes à expropriação de bens do devedor e sua transformação em dinheiro e, por isso:

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 270.

Atualmente, a sentença condenatória não está predisposta à tutela específica que necessita da imposição de não fazer, de fazer ou de entrega de coisa. A sentença condenatória, porque tem por objeto dinheiro, pode prestar a tutela pelo equivalente monetário ao valor da lesão ou da obrigação inadimplida ou a tutela específica da obrigação de pagar dinheiro. Mas não serve à tutela específica que depende do cumprimento de obrigação contratual de fazer ou de entregar coisa, especialmente à tutela específica dos direitos que exigem da jurisdição a implementação de deveres legais de não fazer, de fazer e de reparar um dano – como acontece nos casos em que se pede tutela inibitória (p. ex., imposição de não fazer para inibir a violação de direito da personalidade ou imposição de fazer para inibir a continuação de poluição ambiental), tutela de remoção do ilícito (p. ex., determinação de meio executivo para apreender produto nocivo à saúde do consumidor) e tutela ressarcitória na forma específica (p. ex., imposição de fazer para compelir o infrator a limpar um rio ou a plantar árvores em face da derrubada indevida de outras tantas).²⁹²

Logo, considerando a ligação direta da condenação em pecúnia ao meio de execução por quantia certa, tem-se que atualmente só é condenatória a sentença que impõe a obrigação de pagar em dinheiro.

4.4.1.4 Sentença Mandamental

Sentença mandamental é aquela que pretende constranger o devedor ao cumprimento voluntário de uma ordem emanada do Judiciário, mediante a ameaça de uma multa especialmente cominada para essa finalidade, ou, eventualmente, o cometimento do crime de desobediência.

A sentença que ordena sob pena de multa não é satisfativa, bem como não contém medida executiva suficiente à satisfação do direito, pois aceita e reconhece a circunstância de que necessita da manifestação de vontade do réu. É mandamental, assim, a sentença que utiliza meios executivos de coerção²⁹³, qual seja, a cominação de multa para o devedor ou ameaça de prisão.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 271.

²⁹³ Para MEDINA, José Miguel Garcia. Breves notas sobre a tutela mandamental e o art. 14, inc. V e parágrafo único, do CPC. *Revista Jurídica*, São Paulo: Notadez, n° 337, p. 21-35, nov. 2005: *Assim, quando o juiz ordena, a medida coercitiva está in re ipsa, ante aquela previsão do Código Penal, sendo desnecessária a cominação de multa para que se esteja diante de uma decisão mandamental. A multa, assim, tem caráter acessório e eventual.*

4.4.1.5 Sentença Executiva

O § 5º do 461 do CPC, afirma que o juiz pode se valer da *medida executiva que for necessária* para efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente. Isto é, o Juiz pode determinar a realização de medidas executivas sub-rogatórias, que substituindo a vontade do devedor, podem resultar no cumprimento da decisão judicial. Desta maneira, não depende o judiciário, para concretização do resultado do processo, da atuação da vontade do réu.

Logo, quando o Juiz utiliza meio executivo sub-rogatório, estamos diante de sentença executiva, conforme reconhece Ada Pellegrini Grinover:

...a sentença do art. 461, quando aplicadas as medidas sub-rogatórias previstas em seu § 5º, é de natureza condenatória, mas atípica, pois os atos executórios são praticados no próprio processo de conhecimento. O que nada mais é do que reconhecer a existência de sentenças condenatórias imediatamente executivas, ou, em outras palavras, de sentenças executivas lato sensu.²⁹⁴

A sentença que ordena sob pena de multa não é satisfativa, bem como não contém medida executiva suficiente à satisfação do direito, pois aceita e reconhece a circunstância de que necessita da manifestação de vontade do réu. Não se confunde, assim, com a sentença que *impõe meio executivo que basta para a*

Não se afasta a possibilidade de se estabelecer também multa para o caso de descumprimento da ordem, mas o conteúdo da decisão que fixa tal multa, segundo pensamos, não é mandamental, a não ser que se admita a “refundação” do conceito de sentença mandamental. Não adotamos tal critério de diferenciação, uma vez que, a nós parece, nas sentenças executivas também à uma ordem, diferenciando-se apenas para meio executivo empregado.

²⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 79, p. 65-76, jul/set, 1995, p. 73.

*realização da tutela do direito, como é o caso da sentença que, por exemplo, determina a busca e apreensão de produto noviço à saúde do consumidor.*²⁹⁵

De fato,

...como o demandado se subordina aos atos jurisdicionais de execução, nada podendo fazer para evitá-los, a imposição de meio executivo capaz de realizar o direito material configura uma sentença diferente da que não se serve de um meio executivo suficiente para a realização do direito material, mas sim de um meio de pressão da vontade do réu, como a multa.²⁹⁶

Para Ovídio Baptista A. da Silva parece indiscutível *que a ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, do art. 461, pode ser tudo, menos uma ação condenatória, com execução diferida*²⁹⁷. E, mais adiante, considera *que as ações do art. 461 ou serão executivas (...); ou serão mandamentais*²⁹⁸, tudo dependendo da natureza das providências ordenadas pelo juiz, com base nos poderes que lhe conferem os §§ 4º e 5º, do art. 461.

Kazuo Watanabe também considera que a sentença mandamental é aquela que ordena mediante imposição de medida coercitiva indireta e, que é executiva lato sensu aquela que utiliza meios de atuação capazes de satisfazer a pretensão diretamente:

...valeu-se o legislador, no art. 461, da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do mandamental e do executivo lato sensu, para conferir a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer ou não fazer, de modo que a execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançado através do provimento mandamental ou do provimento executivo lato sensu, ou da conjugação dos dois. Através do provimento mandamental é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração de crime de desobediência, portanto mediante

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 274.

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 274.

²⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. *Inovações do Código de Processo Civil*, org. José Carlos Teixeira Giurgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 176.

²⁹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. *Inovações do Código de Processo Civil*, org. José Carlos Teixeira Giurgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 176.

imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo da execução específica, que pode ser alcançada através de meios de atuação que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não se limitam ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo *lato sensu*, permitindo este último que os atos de execução do comando judicial sejam postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução.²⁹⁹

Daí, considerando a resposta dada (coerção ou sub-rogação) a conclusão inarredável de que a sentença que utiliza **meio executivo bastante** é denominada de executiva e a sentença que **ordena sob pena de multa** é denominada de mandamental.³⁰⁰

4.4.2 Momento processual de concessão da tutela

4.1.2.1 Tutela antecipada

A tutela definitiva é demorada e morosa, uma vez que é necessário certo lapso temporal para cumprimento dos requisitos formais do procedimento, especialmente para garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Essa circunstância impõe que o autor não possa dispor imediatamente do bem de vida pretendido, e, não raro, torna impossível a satisfação *in natura* da pretensão, uma vez decorrido o lapso temporal necessário à cognição plena.

Uma vez que se verifiquem situações onde haja o risco de perecimento da prestação *in natura* ou de perigo de dano de difícil ou incerta reparação, imperioso é a adoção de medidas adequadas a afastar o perigo. São as tutelas de urgência ou

²⁹⁹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 275.

provisórias, que podem se verificar em sede de antecipação de tutela ou em sede cautelar.

A urgência aqui mencionada é *lato sensu*, abrangendo não só situações de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, mas também o perigo que coloque em risco a prestação jurisdicional, a fruição da prestação do direito material envolvida no litígio ou os meios de execução dessa mesma decisão.

Havendo situação de urgência, imperioso é que o poder jurisdicional disponha de meios para assegurar a utilidade do provimento final ou, então, possa antecipar o resultado desse provimento final, uma vez que, se isso não for possível e perecer o direito da parte em razão da demora no provimento jurisdicional, os direitos não foram eficazmente tutelados – resultando absolutamente ineficaz o provimento final -, restando comprometida a própria função jurisdicional. Por isso, se entende que a antecipação de tutela é da essência das tutelas preventivas:

A tutela antecipatória final, tal como por nós concebida, é a única alternativa para a efetividade da tutela jurisdicional preventiva. Aliás, para que se compreenda a necessidade da tutela antecipatória final, basta imaginar a contradição que existiria em se admitir a tutela antecipatória – após a ouvida do réu – quando o procedimento ainda deve seguir para a fase instrutória, e não admitir a tutela antecipatória quando a instrução não é necessária e o caso é de julgamento antecipatório da lide.

A tutela antecipatória final, embora possa ser concedida no momento em que é proferida a sentença, tecnicamente constitui uma decisão interlocutória, que deve ser proferida antes da sentença. Ou seja em uma peça única o juiz poderá proferir a decisão interlocutória – concedendo a tutela antecipatória – e a sentença propriamente dita. É cedida mediante decisão interlocutória, porque o recurso de agravo, que agora deve ser endereçado ao tribunal, tem por fim justamente evitar que as decisões gerem danos irreparáveis. O recurso de apelação, como óbvio, é completamente inadequado para atacar a tutela antecipatória.³⁰¹

A tutela provisória ou de urgência é – por sua própria definição – fulcrada em cognição sumária, não se baseando em Juízo de certeza, mas sim em Juízo de verossimilhança (de probabilidade ou de aparência). Essa cognição sumária, no

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63.

dizer de Kazuo Watanabe, *é uma cognição superficial, menos aprofundada*³⁰² em comparação com a cognição exauriente.

Exatamente por não se fulcrar em juízo de certeza, mas de aparência, a tutela antecipada não goza de definitividade, isto é, não produzindo coisa julgada material, sendo concedida à título precário (precariedade, resultante da possibilidade de revogação a qualquer tempo) e por prazo determinado (temporariedade), isto até o julgamento definitivo.

A tutela de urgência é delimitada, também, pela necessidade, isto é, ela não só é deferida em razão da necessidade, como somente perdura enquanto persistirem as circunstâncias fáticas que autorizaram o seu deferimento. Uma vez modificadas as circunstâncias fáticas, pode a tutela provisória ser revogada ou modificada. E, por isso mesmo, não produz coisa julgada material. Neste passo, é oportuno transcrever o posicionamento de Ovídio Araújo Baptista da Silva:

... todos eles perceberam a existência de um direito substancial à segurança, mas não souberam outorgar-lhe um instrumento processual que correspondesse a essa forma especial de tutela jurisdicional não-satisfativa do direito acautelado, o que somente é possível por meio de uma sentença que contenha mais ordem do que julgamento, mais império que cognição, enfim, onde o magistrado mais ordene do que julgue. o que gera dificuldades à doutrina estabelecida é a exigência, inerente à tutela cautelar, de conceber um provimento que seja, ao mesmo tempo, jurisdicional, incapaz de produzir coisa julgada e definitivo no sentido de corresponder a uma particular espécie de tutela jurisdicional que se completa com uma sentença que encerra a relação processual, como qualquer sentença de mérito e, mesmo assim, não declare a existência do direito assegurado, de modo que se forme sobre este ponto coisa julgada material.³⁰³

O mesmo raciocínio se aplica à tutela antecipada. São de Teori Albino Zavascki as seguintes considerações:

³⁰² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 95.

³⁰³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 93.

...há um limite temporal fixado pelo critério da finalidade dessa espécie de tutela. Considerando que a tutela provisória tem por escopo afastar ou superar obstáculos porventura opostos à efetividade da prestação jurisdicional, seu limite temporal é o atingimento de seu objetivo.³⁰⁴

Na redação original do CPC de 1973, o legislador destinou um livro específico para o processo cautelar, onde, antes de estabelecer diversos procedimentos cautelares específicos, atribuiu ao Juiz o poder geral de cautela, isto é, o *imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas para evitar o dano à parte, provocado ou ameaça do pelo adversário*. A interpretação desse instituto sempre foi controvertida na doutrina, especialmente no que respeita ao alcance e conteúdo de tais medidas provisórias adequadas³⁰⁵.

A discussão que se punha, era se as providências eram meramente cautelares, isto é, meramente assecuratórias do direito, ou se poderiam antecipar a tutela final pretendida, e, neste último particular, tanto a doutrina quanto a jurisprudência acabaram por admitir a figura das *medidas cautelares satisfativas*.

Com a reforma processual de 1994, que deu nova redação ao art. 273 do CPC, abriu-se a oportunidade para o Juiz – uma vez preenchidos os requisitos legais – antecipar os efeitos da tutela final, independentemente do procedimento cautelar, pois sua concessão se dá no bojo do próprio processo de conhecimento (independe, assim, de processo autônomo), por intermédio de decisão interlocutória, mediante o preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 273 do CPC.

Isso, conforme Teori Albino Zavascki, *foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para a obtenção de*

³⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35.

³⁰⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII, t. I, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 136-137.

*medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo*³⁰⁶. Constituiu o réquiem da medida cautelar satisfativa, pois as providências antecipatórias podem ser buscadas no bojo do processo de conhecimento, e não mais necessitam do procedimento cautelar (mas ainda é possível admitir isso, como no caso da cautelar para suspensão dos efeitos de sentença rescindenda, pois, por disposição expressa, tal pedido não tem cabimento na ação rescisória).

A tutela antecipatória consiste na antecipação dos efeitos da sentença, quando presente a verossimilhança do direito invocado, aliada ao receio de dano (273, I), ou o abuso do direito de defesa (273, II) ou à parcela incontroversa da demanda. A tutela antecipatória não é instrumental (não visa garantir o resultado da demanda), mas, ao contrário, tem natureza de verdadeira antecipação da sentença, coincidindo a sua natureza com a natureza da própria tutela final. Daí que se fala em tutela inibitória antecipada (para impedir violação de direito), tutela antecipada para remoção do ilícito (no caso de ocorrer o ilícito, mas não o dano), tutela antecipada para evitar que outros danos sejam causados em razão da demora na reparação do dano ou no atendimento do dever ou da obrigação de adimplemento (ex: pensão decorrente de ato ilícito);

Mas, como diferenciar o provimento cautelar do provimento antecipatório?

Quanto à espécie do perigo, Galeno Lacerda classifica as tutelas de urgência em medidas de *segurança quanto à prova, segurança quanto aos bens (execução) e segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional*³⁰⁷.

³⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 45.

³⁰⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII, t. I, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 15.

Havendo risco à prova da existência do direito a ser tutelado, o adequado será antecipar a produção de prova (mas aí não há antecipação da tutela final. Assegura-se o direito, sem satisfazê-lo. É caso típico de medida cautelar). Havendo risco à futura execução do direito a ser declarado na sentença, o adequado será uma medida tendente a garantir o resultado útil do processo, mas, também, não antecipa quaisquer efeitos da tutela final. Assegura-se o direito, sem satisfazê-lo. Também é caso típico de medida cautelar. Por fim, há casos em que o risco se refere unicamente à demora no acesso à satisfação do direito a ser concedido na tutela final, em razão do receio de sofrer dano iminente e grave, de difícil ou incerta reparação, ou simplesmente pelo abuso do direito de defesa pela parte contrária (denominado por Luiz Guilherme Marinoni de *técnica de distribuição do ônus do tempo do processo*³⁰⁸). Nestes casos, não só se tutela o direito, como também há satisfação do mesmo direito, coincidindo os objetos da tutela provisória e da tutela final. Nesta última hipótese, é caso de tutela antecipada.

Em resumo, tutela cautelar visa exclusivamente à garantia do resultado útil do processo principal, seja garantindo a futura declaração do direito ou sua execução, sem, contudo, satisfazê-lo, não havendo coincidência de objeto entre o provimento cautelar e a tutela final. A tutela antecipada busca a fruição imediata e antecipada do bem de vida pretendido com a tutela final, havendo uma coincidência entre os objetos da antecipação de tutela e da sentença final.

Contudo, o § 3º do art. 461 estabelece que

§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.,

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 45.

A primeira dúvida que assalta o espírito do intérprete é se existe ou não alguma diferença entre a *medida liminar* prevista no § 3º do art. 461, e a antecipação de tutela do art. 273.

Para antecipação de tutela, exige o CPC, no art. 273, a apresentação de prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado e que se comprove o perigo de dano de difícil reparação e que a providência requerida não é irreversível. Já no § 3º art. 461, para antecipação de tutela, exige a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio da ineficácia do provimento final.

Ora, falar em relevância do fundamento é falar em verossimilhança. Também a situação de perigo é exigida em ambas as hipóteses. É por isso que Kazuo Watanabe argumenta que os requisitos legais exigidos pelo § 3º do art. 461 *estão mais para a tutela antecipatória do art. 273 do que para o processo cautelar. É que estamos diante de tutela antecipatória e não de tutela cautelar.*³⁰⁹

É portanto, antecipação de tutela, optando o legislador por ser redundante, deixando claro que o importante mecanismo de aceleração da atividade jurisdicional também se aplica às ações que buscavam a tutela específica das obrigações. De fato, no propósito de proporcionar ao autor precisamente o que lhe adviria do cumprimento normal de obrigação *está inserido o suprimir da dimensão temporal de duração do processo, no sentido e com a função de que, se houver o risco de ineficácia da medida, se somente afinal vier a ser concedida, essa deverá ser concedida imediatamente.*³¹⁰

³⁰⁹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica. *A reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47.

³¹⁰ ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e de não fazer - Direito Material e Processo. *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. (Coord) Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 72.

Permite o legislador, assim, a antecipação de tutela já prevista de forma genérica no art. 273 do CPC, mas reforçada no respeitante à tutela específica.

Especialmente no que pertine à tutela específica das obrigações de não fazer, argumenta José Carlos Barbosa Moreira:

...tem sempre em vista o futuro, é essencialmente preventiva (...) Ela pressupõe, no caso de prestação instantânea, que a lesão ainda não haja ocorrido; nos de prestação permanente e de trato sucessivo, ou que não haja ocorrido, ou pelo menos, que ainda esteja em ato, ou seja possível a reiteração. A outorga de tutela ao credor estará justificada, no primeiro, pelo perigo de lesão, apurável à vista das circunstâncias, que indicam achar-se o devedor na iminência de praticar o ato proibido (exemplo: o atleta que se obrigou a não participar de determinada competição esportiva começa a treinar para ela e consente que se anuncie a sua participação, ou dá entrevista em que a anuncia ele mesmo); nos outros, pelo mesmo perigo ou pelo fato de, iniciada a lesão, ou praticada uma ou mais vezes, fazerem crer as circunstâncias, respectivamente, que ela se prolongará ou se repetirá. Ali, pedirá sempre o credor uma providência judicial tendente a impedir que a ofensa se consume; aqui, dependendo da situação concreta, uma providência tendente a impedi-la, a fazê-la cessar ou a evitar-lhe a repetição.³¹¹

De fato, em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer (e especialmente nestas), o tempo do processo é fatal para o exercício específico do direito, tornando ineficaz a tutela se não for conferida provisoriamente. A tutela específica é, por si só, emergencial, uma vez que procura a satisfação *in natura* do direito, sob pena de ineficácia do provimento final. Daí a absoluta necessidade de um procedimento capaz de antecipar provisoriamente a tutela, *cujo objetivo é satisfazer uma pretensão material que, de outro modo, estaria comprometida pela natural demora na conclusão do processo*³¹².

De fato, em se tratando de tutelas preventivas, isto é, que buscam evitar ou impedir o ilícito (inibitória) ou então remover os seus efeitos (remoção do ilícito), a antecipação de tutela visa dar efetividade às referidas tutelas que seria nenhuma se

³¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de Direito Processual*. 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 34.

³¹² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 41.

só concedida ao final do processo, pois *como a prática de uma conduta proibida pode trazer danos imediatos, não há como esperar o término do processo para se obter a apreciação da afirmativa de violação da norma, restando a técnica antecipatória como única alternativa para a tempestividade da tutela jurisdicional.*³¹³

Pode ser necessária também nos casos de ressarcimento em forma específica, para evitar agravamento do dano (poluição de rio), e mesmo no ressarcimento pelo equivalente, nos casos de verbas alimentares *para suprir uma necessidade primária, seja relativa à saúde, ao sustento pessoal ou dos filhos.*³¹⁴

A antecipação da tutela específica exige, dois requisitos: a) relevância dos fundamentos da demanda; e, b) justificado receio da ineficácia do provimento final.

A relevância dos fundamentos da demanda se traduz na verossimilhança da alegação e o justificado receio de ineficácia do provimento final pode ser traduzido como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, havendo, portanto, sinonímia com o art. 273.

No respeitante à *prova inequívoca* da relevância dos fundamentos, exigida no art. 273, mas não constante no art. 461, Nelson Nery Junior argumenta:

Para o adiantamento da tutela de mérito na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court* (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória de obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) prova inequívoca; b) o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) ou o periculum in mora (CPC 273, I) ou o abuso do direito de defesa do réu (CPC 273 II).³¹⁵

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 276-277.

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 218-219.

³¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 4ª ed., ver., e ampl., São Paulo: RT, 1999, p.911.

Não é possível aceitar esse argumento. Ora, *prova inequívoca* se confunde com o conceito de verossimilhança. Luiz Guilherme Marinoni, neste respeito, argumenta que a doutrina e a jurisprudência tem centrado a discussão nas idéias de verdade e de probabilidade, *como se a verossimilhança, assim como a verdade, não fossem apenas qualificativos da convicção*³¹⁶. Ao prestar a tutela final, o juiz deve estar convencido da verdade, e para antecipar a tutela, deve estar convencido da verossimilhança. Por isso, a convicção não pode ser destacada do direito material envolvido, pois *para se entender a convicção é preciso saber sobre qual objeto ela deve incidir*³¹⁷, e por isso:

A “verossimilhança” depende do conteúdo do direito material da “alegação”, o qual deve ser identificado com base na tutela pretendida e nos fundamentos invocados para a sua obtenção. De modo que o direito de obter a antecipação da tutela não se contenta com a mera constatação de “verossimilhança”, como se a “alegação” fosse destituída de conteúdo – a verossimilhança somente pode ser compreendida a partir das diferentes necessidades do direito material (tipos de tutela e variedade dos seus pressupostos).³¹⁸

Logo, *prova inequívoca da verossimilhança ou relevância dos fundamentos* se traduzem simplesmente nas alegações e provas que se mostrarem suficientes a formar o convencimento do magistrado. Nada Mais.

Insta não olvidar que a tutela pode ser antecipada em qualquer momento processual, inclusive em grau de recurso. A decisão que concede a tutela antecipada é interlocutória, não importa a fase processual e o *locus* processual (pode ser concedida, inclusive na sentença ou em sede recursal), não produzindo coisa julgada material.

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 279.

³¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 279.

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 278.

Pode ser concedida *initio litis* e *inaudita altera pars*, se presentes na inicial todos os seus requisitos, ou após a apresentação da resposta do réu (quando esse lapso temporal não prejudicar a eficácia da medida requerida), quando o juiz pode decidir com mais segurança, pois tem em mãos os argumentos e provas pré-constituídas de ambas as partes.

Pode o juiz, inclusive, designar data para audiência de justificação prévia, se lhe parecer que as provas são insuficientes, oportunizando ao réu dela participar. Essa justificação se traduz na oitiva de testemunhas que são apresentadas pelo autor. O réu será citado não para oferecer defesa³¹⁹, mas para comparecer à audiência de justificação.

No respeitante à amplitude da participação do réu na audiência de justificação, diz Adroaldo Furtado Fabrício:

A doutrina tem convergido para o entendimento de que ao demandado é lícito fazer-se representar por advogado na audiência e dela participar ativamente, seja reinquirindo as testemunhas do autor, seja contraditando-as quando ocorra algum dos correspondentes motivos legais. Não lhe é reconhecida, porém, a faculdade de arrolar testemunhas, pois isso seria incompatível com a índole da justificação. Esta – repito – serve à produção *initio litis* da prova de requisitos exigidos a uma das partes, e nesse sentido caracteriza-se pela unilateralidade. Se admitida à parte contrária a produção de sua própria prova testemunhal, ainda nessa fase, o contraditório se instauraria no nível da produção de provas, antes mesmo de se haverem definido, no plano das postulações, os limites da controvérsia. Por outras palavras, estaria o réu provando antes de alegar, o que seria um absurdo, desde que as provas servem para convencer o juiz da veracidade do alegado. Já a reinquirição e a contradita não se orientam no sentido de fazer prova favorável ao réu (prova das alegações do réu), mas no de impedir ou dificultar a formação de convencimento judicial favorável às alegações do autor.³²⁰

³¹⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII, t. III, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 563: *...cuida-se de autêntica e completa citação, que deve atender a todas as formalidades e requisitos pertinentes – inclusive e principalmente no que se refere à advertência sobre as conseqüências legais da revelia e ao prazo para a resposta, com explícito registro de que este há de correr de futura intimação.*

³²⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII, t. III, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 564.

Contudo, é de se ver que pode o réu, querendo, antecipar a sua defesa, isto é, apresentar sua contestação e seus documentos antes da realização da audiência de justificação e, inclusive, arrolar suas testemunhas. Neste caso, indubitavelmente, o contraditório deverá ser pleno.

Aplica-se o art. 273 subsidiariamente à antecipação da tutela específica, de forma que o procedimento a ser aplicado é o mesmo da antecipação de tutela genérica, inclusive no que pertine à modificação, redução ou ampliação. Aliás, qualquer decisão referente à antecipação da tutela específica (deferimento, indeferimento, ou modificação), deve ser necessariamente motivada, por imperativo constitucional.

Ao intérprete mais apressado pode parecer que o silêncio do § 3º, do art. 461, afastou a possibilidade de antecipação da tutela específica na hipótese de abuso de direito ou manifesto propósito protelatório (CPC, art. 273, II). Tal não é correto, uma vez que se pode utilizar referido dispositivo subsidiariamente para efeitos de antecipação da tutela específica, uma vez que é regra geral e se aplica a todos os processos de conhecimento. O § 3º do art. 461 do CPC, fornece uma proteção a mais, e não a menos³²¹.

Dada essa aplicação subsidiária do art. 273 à antecipação da tutela específica, tem-se que a mesma também pode ser deferida com base no abuso do direito de defesa (defesa indireta infundada) e da parcela incontroversa da demanda (art. 273, II e § 6º, CPC), que não se ligam à urgência, mas sim à distribuição do

³²¹ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p.150: *Ante o sistema geral implantado pelo art. 273 do CPC, não teria justificativa alguma o veto a tal hipótese de antecipação. Nem teria sentido algum supor que o dispositivo do art. 461 do CPC, exatamente aquele que consagra mecanismos que privilegiam a tutela específica e célere das prestações de fazer e não fazer, tenha pretendido também, e paradoxalmente, retirar dela uma via de antecipação assegurada a todas as demais.*

ônus do tempo entre as partes do processo.³²² Neste sentido, importante não olvidar que incontroverso não é apenas aquilo que não foi contestado. O § 6º do art. 273 *deve ser interpretado no sentido de que o autor tem o direito de obter a imediata tutela do direito que está evidenciado, ou maduro ou pronto para o julgamento, mesmo que o processo tenha de caminhar adiante para permitir a elucidação da outra parcela da demanda.*³²³

Outra questão é a restrição do § 2º, do art. 273 (*não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*). Argumenta-se que o princípio do contraditório restaria seriamente arranhado pela irreversibilidade da medida. Tal dispositivo deve ser interpretado de acordo com o princípio constitucional da proporcionalidade (*o juiz deve sopesar os benefícios da concessão imediata da tutela e os malefícios de sua não-concessão, deixando para o segundo plano sua reversibilidade*³²⁴), uma vez que não é possível aceitar-se o sacrifício de um direito provável do autor em respeito a um direito improvável do réu.

A antecipação de tutela põe em confronto a efetividade da tutela ao direito do autor e a intangibilidade da situação jurídica do réu, antes da sentença. Neste particular, Luiz Guilherme Marinoni argumenta:

Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável. (...) Não só a lógica, mas também o direito à adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o

³²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 31.

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 278.

³²⁴ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p. 112.

direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado.³²⁵

E conclui:

O princípio da proporcionalidade não pode desconsiderar a necessidade da ponderação do valor jurídico dos bens em confronto, pois, embora o direito do autor deva ser provável, o valor jurídico dos bens em jogo é elemento de grande importância para o juiz decidir se antecipa a tutela nos casos em que há risco de prejuízo irreversível ao réu.³²⁶

Por fim, é de se vincar que o risco da efetivação da medida é do autor³²⁷, e exatamente por isso a exigência – a critério do Julgador – de caução ao deferimento da antecipação, destinada a garantir eventual reparação dos prejuízos causados ao réu, na hipótese de improcedência.

4.4.2.2 Tutela final

No art. 5º da CF, não só o Estado proíbe a autotutela (*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*, diz o inc. LIV), como se reserva o poder-dever de prestar tutela jurisdicional a toda e qualquer *lesão ou ameaça de direito* (inc. XXXV), onde *aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* (inc. LV).

³²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela antecipatória na reforma processual*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 79.

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela antecipatória na reforma processual*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 81.

³²⁷ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p. 150. *Em qualquer caso, o cumprimento da medida antecipatório correrá por conta e risco do requerente, sendo que, se procedente a ação, caberá definir apenas a razoabilidade ou não dos gastos despendidos com a execução, a serem indenizados pelo réu. Improcedente a demanda, poderá o réu postular o retorno ao status quo ante, além das perdas e danos que porventura lhe tenham sido infligidos.*

Os envolvidos no processo terão iguais oportunidades e condições de defesa e de uso dos instrumentos processuais postos à disposição pelo ordenamento jurídico. Uma vez decidida a lide, e esgotados os recursos cabíveis (preclusão lógica, temporal ou consumativa), a decisão adquire imutabilidade, inclusive em relação à lei superveniente (“*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, consoante o inc. XXXVI, do art. 5º, da CF).

A tutela material, que é o bem de vida procurado pelo autor, é concedido, em princípio, após a cognição exauriente, isto é, ao final do procedimento, pela sentença. Daí que a regra é que a tutela será final;

É a *tutela jurisdicional padrão*³²⁸, que assume as características de cognição exauriente e definitividade ou imutabilidade.

O procedimento comum ordinário é o procedimento padrão, pois ele torna possível *acabar para sempre com o litígio entre as partes*, uma vez que possibilita às partes *maior extensão no desenvolvimento de suas pretensões e o melhor modo possível seus sistemas de defesa*³²⁹.

Contudo, não consegue prestar efetiva tutela a todos os direitos. Sensível à necessidade específica de alguns direitos materiais, o próprio legislador estabeleceu procedimentos especiais, inclusive com restrições de algumas exceções de direito material, mas sem afastar a cognição plena e exauriente, bem assim, com as modificações introduzidas nos arts. 273, 461, 461-A e 475, introduziu o processo sincrético no ordenamento jurídico brasileiro.

Importante lembrar que não há direito ao procedimento ordinário. Para Ovídio Baptista A. da Silva, *é falsa a idéia de que nossa Carta teve o propósito*

³²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 18.

³²⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 84.

*deliberado de livrar o direito processual brasileiro, de qualquer categoria ou espécie, das formas de tutela jurisdicional que não sejam plenárias quanto aos limites das defesas, porventura reconhecidas aos demandados*³³⁰. Garante apenas que a solução da lide se torne imutável após garantir a participação dos litigantes no feito, isto é, após a formação do contraditório.

A cognição exauriente deve ser analisada em conjunto com a efetividade do processo, a qual está intimamente ligada às necessidades do direito material envolvido na lide, e à sua instrumentalidade, o que não é novidade no Código de Processo Civil (fixação de prazos e preclusões, limitação do número de testemunhas ou de matérias de defesa).

A decisão proferida em processo com cognição plena e exauriente assume caráter de imutabilidade e definitividade. Certo é que a cognição plena e a coisa julgada material, no dizer de Teori Albino Zavascki, *constituem elementos indispensáveis à própria razão de ser da tutela jurisdicional, que é a manutenção da paz social mediante decisões justas, havendo uma relação necessária entre o nível de cognição e a justiça das decisões: quanto mais aprofundado aquele, maior será o grau de probabilidade de acerto da sentença*³³¹.

Em resumo, a tutela final é plena e exauriente, perseguindo a decisão mais justa possível e com fincas na efetividade e definitividade, isto é, na pacificação social.

³³⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A plenitude da defesa no processo civil. *As garantias do cidadão na justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 150.

³³¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 22-23.

4.4.3 Meios de execução disponíveis

Conforme já visto, o processo é um instrumento para a concreção dos direitos, para tornar efetivo o direito material. Logo, a predisposição de procedimentos idôneos a fornecer formas de tutela jurisdicionais adequadas às necessidades dos casos concretos depende da existência, ou do modo da existência, do próprio direito substancial, isto é, a definição da tutela adequada (resultado a ser proporcionado pelo processo no plano do direito material) e das técnicas processuais adequadas a produzir essa tutela, depende das necessidades do direito material objeto do feito.

Neste sentido, o art. 461 do CPC estabelece a possibilidade de imposição, ao devedor, de multas e medidas sub-rogatórias que, sem ação de execução, podem viabilizar a realização do direito independentemente da vontade do demandado (meios sub-rogatórios), e aquelas que, objetivando a tutela do direito, exercem pressão sobre a vontade do réu (meios de coerção).

Em regra, há o interesse do credor no adimplimento *in natura* da prestação o que, em geral, exige a participação espontânea do devedor, principalmente em se tratando de obrigações de fazer e de não fazer. O desafio é encontrar formas de influir sobre sua vontade (coerção) ou de substituir sua vontade (sub-rogação) com fins ao adimplimento.

Meios de coerção são atos *com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com a participação do obrigado, e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se decida a prestar*

o que deve³³². Por intermédio dos meios coercitivos, a tutela executiva se realiza por intermédio do devedor, que é levado a praticar os atos mediante coerção indireta por parte do judiciário, que o ameaça de sanções cominadas para essa finalidade.

Já os meios de sub-rogação são aqueles *com que os órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado*³³³. São expedientes utilizados pelo poder judiciário para substituir a vontade do devedor e realizar diretamente a prestação não cumprida ou para impedir que o devedor faça aquilo que se obrigou a não fazer.³³⁴ Por intermédio dos meios sub-rogatórios, a execução se realiza exclusivamente pelos órgãos jurisdicionais, que substituem a atuação do devedor, e praticam atos que produzem resultados práticos equivalentes à atuação deste.

A imposição de multa (assim como a pena de prisão em alguns casos), se limita a forçar o réu a adimplir (mas não garantem a realização do direito independentemente de sua vontade) e por isso, denominada de execução ou coerção indireta (para os fins do presente trabalho, simplesmente **meios de coerção**). As medidas executivas que permitem a realização do direito de forma forçada (sem que importe a vontade ou atuação do réu) e por isso, diz-se coerção direta ou execução direta³³⁵ ou por sub-rogação (para os fins do presente trabalho, simplesmente **meios de sub-rogação**).

³³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ªed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 288.

³³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ªed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 289.

³³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958, v. 1, p. 166.

³³⁵ Segundo GUERRA, Marcelo Lima. *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2006, A execução é direta, quando se utiliza medidas executivas sub-rogatórias e indireta quando se vale de medidas coercitivas.

Pelo disposto no art. 461 e seus parágrafos, do CPC, o juiz pode lançar mãos de quaisquer meios de coerção ou de sub-rogação para efetividade da tutela do direito material, inclusive modificando-os (diminuindo ou aumentando) ou alterando-os na fase de execução (pois é nessa fase que a adequação dos meios executivos será testada).

Em verdade, o art. 461 do CPC apenas disponibiliza técnicas capazes de permitir a prestação de tutela jurisdicional de modo efetivo e adequado. É exatamente por isso que se entende que o mesmo é uma cláusula processual aberta, pois o legislador não delimita quais técnicas disponibiliza, mas, ao contrário, permite ao juiz criar, definir a modalidade executiva capaz de, no caso concreto, dar ao autor o resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não-fazer. É o julgador que irá dar, em cada caso concreto, dimensão, sentido e conteúdo a uma técnica processual não expressamente prevista pelo legislador, tendente a permitir a tutela específica do direito deduzido em Juízo. O legislador criou uma moldura, uma regra aberta, que dá a possibilidade de criação do procedimento que seja apto a dar conta das necessidades reveladas em cada caso concreto. Nenhum dos operadores jurídicos está mais preso, todos podem estabelecer a situação do caso concreto e estabelecer o procedimento adequado às necessidades do caso concreto.

O art. 461 do CPC estabelece uma ação onde conhecimento e execução se misturam, viabilizando a tutela do direito na ação inicialmente aforada, sem a necessidade de uma ação de execução. Não obstante o texto fale em obrigações, não se pode restringir o seu sentido a apenas o conceito técnico de obrigação, mas também de direitos (como, por exemplo, os direitos da personalidade).

O meio de coerção escolhido pelo legislador brasileiro está consubstanciado no § 4º, do art. 461, qual seja a multa ou pena pecuniária. O direito brasileiro optou pela sanção cominatória de caráter pecuniário, para atuar sobre a vontade do devedor, visando compeli-lo a cumprir a ordem judicial. Seus aspectos principais serão tratados mais adiante.

No art. 461 do CPC, o legislador estabeleceu que na *ação de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer* o autor poderá requerer a *tutela específica da obrigação* ou *providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*. E, somente em último caso, a conversão da obrigação em perdas e danos (§ 1º).

Interpretando o caput do art. 461, José Eduardo Carreira Alvim, identificou aí uma *tutela específica* e uma *tutela assecuratória* (subsidiária)³³⁶, que seria aquela que proporciona resultado prático equivalente ao do adimplemento³³⁷. Tanto a tutela específica quanto a tutela assecuratória podem ser antecipadas. Não se pode fazer interpretação literal, pois ambas as formas constituem conseqüência lógica da procedência do pedido³³⁸.

A tutela assecuratória é subsidiária (uma vez que a preferência legal recai sobre a tutela específica) e daí não pode ser concedida de ofício, dependendo de requerimento. José Eduardo Carreira Alvim, neste particular, argumenta:

Se o juiz antecipar a tutela específica e tornar efetiva in limine a medida, não há problema, pois as obrigações se cumprem, normalmente, pela forma pactuada; concedida, antes ou depois da sentença, o devedor terá cumprido justamente aquilo a que se obrigou. Destarte,

³³⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 83.

³³⁷ MACHADO, Antônio Cláudio Costa. *A reforma do processo civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 32.

³³⁸ MACHADO, Antônio Cláudio Costa. *A reforma do processo civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34.

se ordenou, liminarmente, ao réu, a reconstrução de um aqueduto (tutela específica) e, na sentença, confirmou essa medida, cumpriu-se o art. 461, § 3º. Se for antecipada uma tutela assecuratória, muitas vezes não haverá – tudo depende do caso concreto – possibilidade de, na sentença, vir o juiz a outorgar a tutela específica da obrigação, sob pena de intolerável *bis in idem*. Assim, se em vez de ordenar ao réu a reconstrução de um aqueduto (tutela específica), ordena-lhe, em liminar, a perfuração de um poço artesiano (tutela assecuratória), assegurando, dessa forma, ao autor, o abastecimento d'água e, evitando o perecimento da sua safra, não poderá o juiz, na sentença de procedência do pedido, outorgar ao autor a tutela específica da obrigação, o que equivaleria impor ao réu a obrigação de reconstruir o viaduto, depois de já haver perfurado o poço. A sentença terá, portanto, de confirmar essa decisão, outorgando a tutela assecuratória, como se fosse a tutela originalmente devida.³³⁹

De qualquer modo, tanto para a efetivação da tutela específica, quanto para efetivação da tutela assecuratória, podem ser utilizados quaisquer meios executivos, pois não existe ordem pré-estabelecida entre eles. *A opção entre uma ou outras das modalidades --- ou mesmo a utilização conjunta de ambas as espécies de medidas -- só pode ser determinada através de um juízo de proporcionalidade que leve em consideração as circunstâncias concretas de cada caso*³⁴⁰

De fato, não há dúvidas que em boa parte dos casos a cominação de multa será eficaz e adequada a constranger o devedor a cumprir a prestação, mesmo que o efeito do cumprimento obrigacional possa ser obtido por algum dos meios subrogatórios (como é o caso, por exemplo, nas obrigações de emitir declaração de vontade ou que a obrigação possa ser desempenhada por terceiras pessoas), uma vez que esses outros modos são normalmente mais longos, mais custosos e mais desgastantes. Contudo, em outros casos, as condições financeiras do devedor podem simplesmente retirar de todo a eficácia da multa³⁴¹.

³³⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 86.

³⁴⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2006.

³⁴¹ JUNIOR, Antonio Janyr Dall'Agnol. Tutela das obrigações de fazer e de não-fazer (art. 461 do CPC). *Revista Jurídica*. São Paulo: Notadez, nº 338, p. 39 – 49, dezembro de 2005: *Bem sucedido que tenha sido o autor, é a multa a medida instigadora de maior eficácia, naturalmente desde que tenha o devedor condições financeiras de resposta (não é por outra razão, aliás, que entrega a lei ao julgador a consideração para com a suficiência e a compatibilidade, porquanto, de nada adiantaria uma cominação desta espécie, quando a possibilidade de coação fosse nenhuma)*.

Assim, a preferência será daquela modalidade executiva que, no caso concreto, se apresentar mais vantajosa, útil e adequada:

...como é óbvio, o autor deve optar pelo meio executivo idôneo à tutela do direito material. Contudo, diante da eventualidade de dois meios capazes de propiciar a tutela do direito, necessariamente deve utilizar o que cause menor restrição possível ao réu.³⁴²

Somente as circunstâncias do caso concreto é que poderão indicar qual (ou quais) medida executiva será mais adequada, mais suave e menos gravosa para o devedor e, ao mesmo tempo, apta a tornar efetivo o direito material reclamado pelo autor.

4.4.3.1 Meios de coerção

4.4.3.1.1 A multa

O meio de coação (ou coerção) escolhido pelo legislador brasileiro está consubstanciado no § 4º, do art. 461, qual seja a multa ou pena pecuniária. A multa é forma indireta de execução, e não meio sub-rogatório, pois incide sobre a vontade do agente, não se substituindo a vontade.

A multa, também denominada astreinte, na lição de Enrico Túllio Liebman, significa:

...a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou qualquer outra unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente. Caracteriza-se astreinte pelo exagero da quantia em que se faz a condenação que não corresponde ao prejuízo real causado ao credor pelo inadimplemento, nem depende da

³⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 292.

existência de tal prejuízo. É antes uma pena por caráter cominatório para o caso em que o obrigado não cumprir a obrigação no prazo fixado pelo juiz.³⁴³

A multa é um meio executivo e tem finalidade coercitiva e não punitiva. *Além de não ter o fim de punir o réu, não visa ressarcir o autor pelo dano.*³⁴⁴ Assim, a multa, consiste numa sanção processual imposta como meio de coação psicológica, destinado a vencer a resistência do obrigado, para que cumpra o preceito³⁴⁵. Sua função é atuar sobre a vontade do obrigado, para que o mesmo cumpra a prestação determinada pelo judiciário³⁴⁶, e para tal desiderato (obter o cumprimento da ordem judicial), ela deve ter valor tal que lhe atribua força coercitiva (*agride a carteira para forçar a vontade*³⁴⁷), sob pena de não ser apta à sua finalidade.

4.4.3.1.1.1 A distinção entre multa e perdas e danos: conseqüências

Importante frisar que a multa não tem finalidade reparatória, não se destina a reparar o prejuízo causado ao credor em razão da mora ou do inadimplemento, mas sim de simples meio de intimidação. Tem natureza jurídica diversa das perdas e danos. Estas constituem a sanção estabelecida pelo legislador pelo incumprimento

³⁴³ LIEBMAN, Enrico Túllio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, 2ª edição. 376p.

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 272.

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e de não fazer), *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênese, nº. 1, p. 85-95, jan/abr, 1996, p. 92.

³⁴⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VI, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 775.

³⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória na vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 193: *A idéia, portanto, é ameaçar o devedor ao pagamento de uma prestação pecuniária que, por seu elevado montante, representaria grave prejuízo a este. Assim, diante da opção entre cumprir a ordem judicial ou sofrer um gravame imposto com a ameaça, o “devedor”, diante da desvantagem que representa o pagamento da prestação pecuniária, voluntariamente opta pela primeira conduta (adimplemento da ordem). Nas palavras de Jean Carbonier, “se agride a carteira para forçar a vontade”.*

culposo da obrigação, isto é, estão situadas no plano do direito material. A multa, por sua vez constitui punição processual pela desobediência á ordem ou comando jurisdicional:

...a multa tem finalidade terapêutica (é sanção), não constituindo um fim em si mesma, enquanto as perdas e danos têm a finalidade reparatória. Daí por que esta depende, muitas vezes, de opção do autor; aquela pode ser fixada ex officio.³⁴⁸

Ora, a multa não se traduz em um prejuízo imediato para o réu, é ela uma mera potencialidade e representa um ameaça de prejuízo mediato. Se o devedor quiser escapar da multa, basta adotar a conduta que lhe foi ordenada pelo Juiz. Logo, considerando que ela pode ou não incidir, dependendo da conduta a ser adotada pelo próprio réu, não se confunde com as perdas e danos.

Exatamente por não ter a mesma natureza jurídica com as perdas e danos, a multa: a) pode ser deferida de ofício pelo juiz; b) pode ser cumulada com a imposição da obrigação de pagar perdas e danos³⁴⁹; c) não está limitada ao valor da obrigação (ao contrário do que ocorre com a cláusula penal), uma vez que deve ser fixada em valor capaz de influir sobre a vontade do devedor, e daí a **capacidade patrimonial** dele também deve ser levada em conta no momento da fixação, e não somente o valor da obrigação.

³⁴⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 116.

³⁴⁹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47: *...A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva. Nesse sentido deve ser interpretado o § 2º do art. 461.*

4.4.3.1.1.2 A distinção entre multa e cláusula penal: conseqüências

A conversão da prestação incumprida em perdas e danos, faz-se da forma estabelecida no art. 402³⁵⁰ do Código Civil, envolvendo o dano emergente, o lucro cessante e o dano extrapatrimonial que resultarem por efeito direto e imediato desse descumprimento (CCB, art. 403³⁵¹), mediante a verificação da exata extensão do dano (CC, art. 944³⁵²).

A cláusula penal (*stipulatio penae*) é um pacto secundário e acessório em que se estipula pena ou multa para a parte que se subtrair ao cumprimento da obrigação, de qualquer cláusula, ou que apenas retardar o seu cumprimento³⁵³ ou, na dicção da Caio Mario da Silva Pereira, é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infrigente de uma obrigação³⁵⁴. A cláusula penal não precisa ter nome específico basta que crie uma sanção, uma pena ou punição, para incidir na hipótese de descumprimento de obrigação.

De modo geral, é fixada em dinheiro, mas nada impede que seja fixada outra modalidade de prestação³⁵⁵, como, por exemplo, uma coisa indivisível, ou, até, a abstenção de um fato ou perda de uma determinada vantagem (desconto), como

³⁵⁰ CCB, Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

³⁵¹ CCB, Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

³⁵² CCB, Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

³⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28º ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

³⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II, Teoria geral das obrigações. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 100.

³⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 382-383: *Embora geralmente seja fixado em dinheiro, algumas vezes toma outra forma, como a entrega de uma coisa, a abstenção de um fato ou a perda de algum benefício, como, pro exemplo, de um desconto.*

uma benfeitoria ou melhoramento ³⁵⁶. É importante lembrar que a cláusula penal também deve ter objeto lícito, não se admitindo cláusulas penais contra a legalidade ou moralidade, como ocorre, por exemplo, no celebra caso do Mercador de Veneza³⁵⁷.

Importante é que tem que ser expressamente pactuada entre as partes (CCB, art. 409³⁵⁸). Ela não se presume³⁵⁹. Tal exigência se faz em razão das funções que a cláusula penal exerce dentro do programa obrigacional: a) funciona como meio de coerção a fim de induzir o devedor a cumprir a obrigação (intimidação); estimula o contraente ao cumprimento da obrigação, mediante ameaça de pagar a pena; e, b) fixa antecipadamente o valor das perdas e danos devidos à parte inocente no caso de inexecução por parte de um dos contratantes. Neste caso, constitui verdadeira pré-liquidação contratual do valor das perdas e danos³⁶⁰. Funciona como ressarcimento das perdas e danos, não interessando em quanto elas montaram

³⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28º ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197.

³⁵⁷ Na peça *O Mercador de Veneza*, William Shakespeare, traz uma famosa celeuma jurídica: a libra de carne - *the pound of flesh* - cobrada por Shylock em garantia ao empréstimo efetuado a Antonio. É a história do amor de Bassânio, um veneziano pobre, e Pórcia, uma jovem e bela dama de Belmonte, que, além de rica, encontra-se impossibilitada de escolher seus pretendentes. A trama tem início com o pedido de Bassânio ao amigo Antonio, rico mercador de Veneza, para que este lhe empreste três mil ducados pelo período de três meses de forma que aquele possa fazer a corte a Pórcia em igualdade de condições com os demais pretendentes. Antonio, sem capital naquele instante, recorre ao judeu Shylock que, vislumbrando em tal situação uma oportunidade para dar cabo ao ódio que nutre por Antonio, concorda em emprestar-lhe o dinheiro sem juros, arquitetando sua sinistra vingança. Pede, em garantia do empréstimo, o direito de cortar uma libra de carne - *a pound of flesh* - de qualquer parte do corpo de Antonio que lhe fosse de seu agrado. A trama se desenvolve, e a desgraça se abate sobre Antonio: todos os seus navios perderam-se em águas oceânicas e este se encontra impossibilitado de quitar sua dívida com Shylock, o qual exigia sua libra de carne, e culmina com a grande cena do julgamento, em um tribunal presidido pelo próprio *doge*.

³⁵⁸ CCB, Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

³⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II, Teoria geral das obrigações. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 104: *Não se afeiçoaria bem aos princípios que resultasse implícita ou presumida, já que traz em si um objetivo penal, e nenhuma pena é de aplicar-se por inferência, senão por disposição explícita.*

³⁶⁰ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 189: *A sua função é pré-liquidar danos. Insiste-se em considerá-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula penal accidental.*

(CCB, art. 416³⁶¹). É um caso de indenização sem prejuízo, eis que o Código presume a ocorrência dos mesmos. Tal presunção é *iuris et de iure*³⁶², menos na hipótese de cláusula expressa admitindo a indenização suplementar, quando então a presunção se transforma em *iuris tantum*, arcando o interessado com o ônus da prova do *quid* e do *quantum* das perdas e danos.

A cláusula penal pode garantir a *inexecução completa da obrigação*, isto é, para o caso de nada ser cumprido, ou *alguma cláusula especial*, isto é, inexecução parcial (parte ou cláusula), ou para punir *simplesmente a mora*, isto é, o injusto atraso no cumprimento da obrigação. Na primeira hipótese, a cláusula penal é classificada como compensatória, isto é, compensa o incumprimento total, substituindo tudo o que o credor poderia haver da prestação não cumprida e, por isso, converte-se em alternativa a benefício do credor (CCB, art. 410³⁶³), isto é, exige o cumprimento da obrigação ou a indenização pelas perdas e danos previamente fixadas na cláusula penal. Se ele escolhe a pena, exclui o cumprimento, pois com o recebimento da multa ela obtém total ressarcimento. A pena pecuniária substitui o valor da condenação do devedor às perdas e danos; Nos demais casos, é classificada como moratória (CCB, art. 411³⁶⁴), pois assegura tão somente a demora (atraso) no cumprimento da obrigação, e por isso, o credor pode demandar cumulativamente a obrigação principal e a multa, porque a pena visa a demora e

³⁶¹ CCB, Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado; se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

³⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II, Teoria geral das obrigações. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 108, Com apoio de Giorgi, Orozimbo Nonato e Von Thur.; No mesmo sentido: WALD, Arnoldo, *Obrigações e Contratos*. São Paulo: RT, 12ª ed., 1995, vol. II, p. 159.

³⁶³ CCB, Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

³⁶⁴ CCB, Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

não a satisfação das perdas e danos; representa, tão somente, a compensação do credor pela espera.

Assim, considerando que as perdas e danos constituem a punição posta pelo ordenamento jurídico ao devedor remisso (CCB, art. 389 e 394), com função marcadamente reparatória, ao passo que a cláusula penal é o substitutivo contratual dessas mesmas perdas e danos (CCB, art. 416) e, por isso não se confundem com a multa judicialmente fixada para cumprimento da obrigação (punição pelo descumprimento da ordem judicial, tendo mera natureza punitiva, e não ressarcitória, e por isso não tem limite e é provisória, cessando com o cumprimento da obrigação), e isso deixa claro o § 2º, do art. 461, quando declara que *a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)*. Logo, se a natureza jurídica é distinta tem-se que as referidas verbas podem e devem ser cumuladas, isto é, a existência de cláusula penal pactuada no contrato não perime a possibilidade de o Juiz fixar astreinte para o caso de cumprimento específico da obrigação, o que vai variar são as conseqüências jurídicas de uma e de outra, de acordo com a função que desempenham no programa obrigacional e no processo:

Nada impede que o juiz fixe multa para induzir a parte ao cumprimento do comando judicial, mesmo quando não haja nenhuma previsão de multa contratual. Mais ainda – reitere-se -, o juiz pode fazer isso até de ofício. Então, seria paradoxal que, só porque já existe a previsão de multa contratual, o juiz ficasse de mão atadas para estabelecer outra, jurisdicional. Portanto, é perfeitamente possível que o juiz, diante da insuficiência do mecanismo da tutela material, acresça outro, de natureza processual. Assim, o que ocorre não é propriamente a majoração da multa contratual, mas o acréscimo de outra, de índole processual.³⁶⁵

Assim, se houver pacto de cláusula penal na obrigação que embasa pedido de tutela específica com base no art. 461 do CPC, é necessário esclarecer que

³⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 246-247.

variam as conseqüências jurídicas conforme a natureza da cláusula penal pactuada.

Três são as hipóteses:

Como primeira hipótese, nas obrigações convencionais sem pacto de cláusula penal, é lícito ao credor exigir, de forma cumulativa: a) a tutela específica de cumprimento da prestação; b) a multa cominatória fixada judicialmente para tal desiderato e, c) a indenização pelas perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento da prestação (mora) ou, se a prestação não for cumprida, indenização do valor equivalente da prestação e as perdas e danos resultantes do incumprimento.

Como segunda hipótese, nas obrigações convencionais com pacto de cláusula penal compensatória, é lícito ao credor exigir, de forma cumulativa: a) a tutela específica de cumprimento da prestação; b) a multa cominatória fixada judicialmente para tal desiderato e, c) a indenização pelas perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento da prestação (mora) ou, se a prestação não for cumprida, indenização do valor equivalente da prestação e as perdas e danos resultantes do incumprimento. Nessa última hipótese, pode o credor optar por substituir a alegação e prova das perdas e danos pelo incumprimento absoluto, por exigir o valor da cláusula penal compensatória fixada para este mister. É de bom alvitre lembrar que o credor pode preferir pedir em Juízo, diretamente, o valor da cláusula penal compensatória pactuada, renunciando a tutela específica.

Como terceira e última hipótese, nas obrigações convencionais com pacto de cláusula penal moratória, é lícito ao credor exigir, de forma cumulativa: a) a tutela específica de cumprimento da prestação; b) a multa cominatória fixada judicialmente para tal desiderato e, c) o valor da cláusula penal pactuada para o caso de mora, não lhe sendo lícito pedir perdas e danos neste respeitante. Só poderá pedir perdas

e danos em duas situações: se houver pacto expresso neste sentido (mas sujeita-se a alegar e provar quais perdas e danos teve) ou se houver incumprimento absoluto, quando as perdas e danos não mais se referem à mora, mas sim ao incumprimento da prestação principal.

Por óbvio é que, nos deveres de conduta (prestações ou abstenções de fato) estabelecidos *ex vi legis*, e impostos por decisão judicial, a multa cominatória será cumulada com as perdas e danos, conforme já vincado.

4.4.3.1.1.3 A quantificação da multa

A cominação de multa pode ser fixada a requerimento da parte ou de ofício pelo Juiz em qualquer fase do procedimento (§ 2º, do art. 461 c/c art. 287), demonstrando que é dever do judiciário agir para assegurar a plena eficácia da tutela específica.

Seu valor deve ser fixado pelo Juiz, que deverá estabelecê-lo em valor suficiente e compatível com a obrigação, isto é, buscando um valor adequado a compelir o devedor a cumprir a obrigação³⁶⁶. A multa deve ser estabelecida em valor razoável, guardando proporcionalidade com o valor da obrigação e com o valor das perdas e danos, além da condição econômica da parte a quem é dirigida³⁶⁷, sob pena de se tornar inócua.

³⁶⁶ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, p. 103-110, out/nov, 1995, p. 108.

³⁶⁷ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde (Arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2003, p. 171: *A fixação do valor da multa deve levar em conta parâmetros que sejam eficazes em pressionar o fornecedor a adimplir a obrigação, obedecendo e respeitando a ordem judicial. A condição econômica do fornecedor é um ponto de partida e a condição humana do consumidor deve ser o ponto de chegada.*

Na forma do § 4º, do art. 461, a multa cominatória deverá ser *suficiente ou compatível com a obrigação*. Embora exista cizânia doutrinária se a suficiência e compatibilidade é conjuntiva ou disjuntiva, tem-se que a multa somente atingirá sua finalidade de for bem fixada, em valor *suficiente* a intimidar o devedor. Essa suficiência só é atingida de o valor for *compatível* com a situação econômica do mesmo. Logo, tem-se que o legislador utilizou os vernáculos *suficiência* e *compatibilidade* não como requisitos díspares, mas sentido de permitir ao Juiz fixar um valor *adequado* à atingir a finalidade da multa: constranger o devedor a cumprir voluntariamente a prestação.

De fato, a multa deve ser útil, isto é, adequada, no caso concreto, a atuar sobre a vontade do devedor. *Só ficará descartado o emprego da multa quando esta revelar-se absolutamente inócua ou descabida, em virtude das circunstâncias.*³⁶⁸ Se eventualmente ela - no curso do feito ou de início –se relevar inapta a tal finalidade, o juiz deve adotar outros meios adequados a tornar efetiva a sua ordem:

Se o juiz concede uma liminar antecipatória, para que um acidentado seja internado num hospital que se recusa a recebê-lo, deve adotar as providências para que a internação se faça incontinenti, pois a fixação de prazo, com cominação de multa, em tal situação, revela-se incompatível com a obrigação, não guardando peculiaridade com o caso concreto. Da mesma forma, se o juiz determina, em liminar, a inscrição de um candidato num concurso que será realizado no dia seguinte, não há como fixar prazo para o cumprimento do preceito, com a cominação de multa, porque a medida restará ineficaz com a realização do certame. Por fim, no âmbito da defesa do consumidor, nenhum juiz, ao deferir uma liminar para a retirada de um produto estragado do comércio, pensaria em fixar prazo com multa diária para o cumprimento da ordem. Em todos esses casos, é evidente que a multa não é compatível com a obrigação.

Mas, noutros casos, o que sucede é que a cominação de multa não se revela suficiente para assegurar o cumprimento do preceito. Tal pode acontecer em todos os casos em que a sanção pecuniária se revele impotente para vencer a resistência do devedor. É que, dependendo do proveito que lhe proporcione a própria inércia, pode o réu preferir pagar a multa diária a cumprir o preceito. Assim, se o juiz ordena, liminarmente, o fechamento de uma casa noturna bem localizada (onde se lava dinheiro), pode o seu proprietário preferir pagar a multa diária a cumprir o preceito, mudando seu negócio para outro lugar. A capacidade

³⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 236.

econômica do réu – seja porque possa pagá-la (é milionário), seja porque não possa (é miserável) – pode tornar a multa insuficiente para alcançar seu objetivo.³⁶⁹

A multa se aplica a todas as obrigações de dar, de fazer ou de não fazer, não importando, quanto a essas, se fungíveis ou infungíveis, bastando que, a critério do juiz, tenha utilidade para influir sobre a vontade do devedor: *o único critério a ser buscado pelo julgador é o da necessidade, utilidade e adequação da medida imposta no caso concreto, na perspectiva dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.*³⁷⁰

Ao impor a multa e fixar seu valor, o juiz deve, também, estabelecer um prazo razoável para cumprimento, o qual será definido em razão da obrigação a ser cumprida. Deve o Juiz, nesta seara, agir com extrema prudência, a fim de não estabelecer um prazo curto, que obstaculize o cumprimento, nem tampouco fixar um prazo muito logo, que inviabilize a eficácia prática da prestação³⁷¹.

A afirmação de que a multa não tem limites não é absoluta. Por óbvio é que a mesma deve guardar certa proporcionalidade (*suficiente e compatível com a obrigação*, na dicção do § 4º, do 461 do CPC, podendo o modificá-la na execução, na forma do 644, parágrafo único) com o valor da prestação incumprida e com o dano experimentado pelo credor.

³⁶⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 174-175.

³⁷⁰ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde (Arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2003, p. 172.

³⁷¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 131: *A fixação do prazo é importante, e deve vir determinada de acordo com a realidade do fato ou do serviço esperado. Não se vá fixar um lapso de quinze dias para a demolição de um prédio que ameaça precipitar-se sobre a casa de um vizinho, e nem se ordenar que se constitua um veículo destruído em uma semana, ou que se desinfete uma moradia em um par de horas.*

4.4.3.1.1.4 Revisão e execução da multa

A multa poderá ser fixada em qualquer fase do procedimento (§ 2º, do art. 461 c/c art. 287), na fase postulatória, na fase instrutória, na fase decisória, na fase recursal e, inclusive em execução de sentença (CPC, art. 644), também poderá ser modificada, diminuída ou alterada conforme as circunstâncias, inclusive na fase executiva. A multa fixada é dotada de variabilidade, isto é, pode ser revisada (aumentada, diminuída ou suprimida pelo Juiz) mesmo quando concedida na tutela final. Ela é simples medida executiva e não transita em julgado, não integrando o mérito do litígio.³⁷²

A execução da multa dar-se-á no mesmo processo, mediante prévia liquidação, na forma de execução por quantia certa³⁷³.

Tratando-se de multa fixada em antecipação de tutela, há o entendimento de que a mesma só pode ser executada (isto é, só se torna exigível), após o trânsito em julgado da sentença que confirmar a antecipação de tutela concedida³⁷⁴. Tal entendimento simplesmente frustra completamente a eficácia do provimento mandamental:

Admitir a possibilidade de concessão da antecipação de tutela, sob a pena de incidência de multa diária, sem que a multa possa ser exigida imediatamente, ao que nos parece, contraria

³⁷² MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde (Arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2003, p. 175-176: *...a multa coercitiva, no direito brasileiro, submete-se ao regime de modificação, podendo ser diminuída ou aumentada a qualquer tempo. A multa, por decorrência disso, não integra um capítulo da sentença, nem se submete aos limites objetivos da coisa julgada material. No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. Tutelas relativa aos deveres de fazer e de não fazer. São Paulo: RT, 2001, p. 245; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de execução. 20. ed., São Paulo: Leud, 2000, p. 260.*

³⁷³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 256; no mesmo sentido: ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, p. 103-110, out/nov, 1995, p. 109.

³⁷⁴ DINAMARCO, Cândido. *A reforma do CPC*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, n. 116, p. 158; e GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 79, p. 65-76, jul/set, 1995, p. 71.

finalidade deste instituto e o regime a que se submete. Isto porque se o sistema permite antecipar os efeitos da tutela final perseguida pelo autor e, por conseguinte, a execução da tal medida no caso de seu descumprimento, por coerência, também deve permitir a exigibilidade imediata da multa fixada para garantir a efetividade da decisão antecipatória.

Seria ilógico, para dizer o mínimo, conferir ao juiz o poder de conceder a antecipação de tutela e ao mesmo tempo negar-lhe um meio de execução para efetivá-la. Melhor dizendo, embora seja condenável a generalidade com que foi instaurada a antecipação da tutela pelo texto do artigo 273 do Código de Processo Civil, sob inspiração da instrumentalidade em seu sentido político, do mesmo modo seria condenável inutilizar quase que totalmente a tutela antecipada ao fazer do trânsito em julgado uma condição suspensiva à execução da multa periódica, uma vez que o texto do artigo 273 deixaria de ter explicação no sistema processual.³⁷⁵

Mais se vê a inadequação do entendimento de que a multa fixada em tutela antecipada não pode ser executada antes do trânsito em julgado da sentença, quando se lembra que o art. 461, § 5º, do CPC coloca, ao lado da multa, meios de sub-rogação que objetivam igualmente compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Não há dúvida, porém, de que todos eles (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, etc.) podem ser efetivados desde logo, de modo que não se há de dar tratamento distinto à multa.

Por isso, Eduardo Talamini, entende que pode ser imediatamente executada, mesmo que de forma provisória (CPC, art. 588 c/c art. 273, § 3º)³⁷⁶.

4.4.3.1.1.5 Incidência da multa

Não obstante o § 4º do art. 461 do CPC referia apenas e tão somente à *multa diária*, seria incoerente que outras formas de incidência da multa (e valor fixo ou de forma progressiva) estivessem excluídos. De fato, o que importa na imposição da

³⁷⁵ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes. *Revista Jurídica*, São Paulo: Notadez, nº 338, p. 23-38, dez, 2005.

³⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 254.

multa é sua *suficiência e compatibilidade*, isto é, sua *adequação* à finalidade de constranger o devedor a adimplir cumpridamente a prestação que lhe foi ordenada:

Por outro lado, embora o § 4º do art. 461 aluda a “multa diária”, é inquestionável que ela pode ser fixada para incidir em um único momento, objetivando evitar a prática ou a repetição de determinado ato. Isso pela simples razão de que a multa não serve apenas para constranger alguém a fazer ou a parar de fazer, mas também a não repetir ou a não praticar um ato. A multa deve ser empregada de modo mais adequado à tutela do direito, podendo incidir na forma diária, em valor fixo e ainda de maneira progressiva, mediante a previsão da progressão do seu valor com base no passar dos dias de inadimplemento da decisão judicial.
³⁷⁷

Daí que, sensível às necessidades do caso concreto³⁷⁸, o juiz pode impor a multa para incidir de forma cumulativa, isto é, diária (de modo que, a cada dia que passe sem o adimplemento, o valor da multa se acumule), de forma fixa (de modo que basta o não cumprimento no prazo para que a multa incida na sua integralidade, e isso deve ser utilizado naqueles casos em que a prestação deve ser cumprida em momento ou em prazo certo, sob pena de perder a utilidade para o credor³⁷⁹, como, por exemplo, o direito de exclusividade na cobertura fotográfica de uma cerimônia de formatura) ou de forma progressiva, isto é, quando a cada dia o valor da multa se multiplica exponencialmente.

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 273.

³⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2002. p. 18: *...a multa diária constitui mecanismo de coerção apto a induzir o cumprimento de obrigação positiva, vale dizer, a realização de uma atividade a ser desenvolvida: a multa recai imediatamente, acumulando-se dia após dia e somente cessa com o adimplemento. Por outro lado, na hipótese de obrigação negativa, na qual a pretensão tem por escopo a omissão do réu, ou seja, a não atuação, a multa fixa é a apropriada.*

³⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 237: *Para tais situações, é necessária, em caráter preventivo, a imposição de multa de valor fixo, que incidirá somente uma vez, se e quando houver a violação. Nessa hipótese, o que se prestará a influenciar a conduta do réu não será a perspectiva do aumento progressivo da coerção patrimonial em virtude da incidência diária, mas a ameaça da incidência única. Portanto, a cominação haverá de ser estabelecida em valor significativo... E mais adiante, não se pode dizer, porém, que a multa diária nunca tenha serventia para a tutela dos deveres de não fazer. Considerem-se os deveres de não fazer violáveis por ato de caráter contínuo (ex.: ofensa ao nome ou a marca comercial). Nessa hipótese, o emprego da multa diária será útil, para dissuadir o devedor de continuar praticando a conduta de que se deve abster.*

Assim, uma vez fixada a multa, a sua incidência ocorre a partir do momento em que flui *in albis* o prazo razoável fixado pelo Juiz para seu cumprimento.

Se imposta a multa de forma fixa, uma vez verificado o vencimento do prazo sem o cumprimento, a multa incide de forma integral, e considerando que, no mais das vezes, nestas hipóteses ocorre o esvaziamento da utilidade da prestação para o credor, o caminho é a conversão da prestação em perdas e danos, de forma cumulada com a multa.

Uma vez iniciada a vigência da multa (cumulativa ou progressiva), ela vigorará até que for útil e idônea a constranger o devedor a cumprir a ordem judicial. Daí que, se já não é possível cumprir a prestação *in natura*, ou se requerida a conversão para perdas e danos, cessa a exigibilidade da multa, isto é, cessa a incidência da multa quando se constatar a inviabilidade do cumprimento específico³⁸⁰.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior:

Imagine-se a situação em que após o inadimplemento a prestação se tornou impossível. Não teria sentido, obviamente, impor multa coercitiva a um devedor que não mais tem como cumprir a prestação. Só restaria ao credor, em semelhante situação, reclamar a compensação das perdas e danos, se a impossibilidade se dever à culpa do devedor. Pode-se pensar também na inadequação da multa quando o devedor estiver comprovadamente insolvente;³⁸¹

Mesmo que remanesça possível a prestação *in natura* e não requerida a conversão em perdas e danos, não se admite que a multa incida *ad perpetuam*. De fato, o Superior Tribunal de Justiça³⁸² já declarou que o seu montante acumulado

³⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 249

³⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n° 15, p. 16-37, jan-fev/2000.

³⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 422.966/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 23.09.2003, DJ de 01.03.2004, p. 186: *Civil e processual civil. Cláusula penal e astreintes. Distinção. Art. 920, CC/1916. Aplicação na execução de sentença. Possibilidade. Precedentes. Enriquecimento sem causa. Recurso desacolhido. I - Na linha da jurisprudência desta Corte, não se confunde a cláusula penal, instituto de direito material vinculado a um negócio jurídico, em que há acordo de vontades, com as astreintes, instrumento de direito processual, somente cabíveis na execução, que visa a compelir o devedor ao cumprimento*

não pode ultrapassar o valor total da obrigação, sob pena de locupletamento ilícito³⁸³. Tal conclusão é contestada por Eduardo Talamini, ao argumento de que esse entendimento pode *premiar a recalcitrância do réu*, uma vez que podem existir situações fáticas onde a multa cominada, mesmo alcançando cifras superiores ao valor da obrigação, não é suficiente a coagir o devedor, ante ao seu poderio econômico.³⁸⁴

4.4.3.1.2 A prisão penal por desobediência

No Brasil, o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, somente permite a pena de prisão por dívida em caráter excepcional, ao devedor de alimentos e ao depositário infiel.

Analisando o dispositivo consubstanciado com o mesmo teor na Constituição de 1967, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda construiu interessante interpretação:

O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não pagamento de dívidas (...) e não a prisão como meio para impedir que o que tem posse imediata de algum bem se furte à entrega dele. (...) A prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação.⁴⁰

de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento. II - A regra da vedação do enriquecimento sem causa permite a aplicação do art. 920, CC/1916, nos embargos à execução de sentença transitada em julgado, para limitar a multa decendial ao montante da obrigação principal, sobretudo se o título exeqüendo não mencionou o período de incidência da multa. III - Sendo o processo "instrumento ético de efetivação das garantias constitucionais" e instrumento de que se utiliza o Estado para fazer a entrega da prestação jurisdicional, não se pode utilizá-lo com fins de obter-se pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante.

³⁸³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. III, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 69; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, n. 4.2.2, p. 190.

³⁸⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 252.

⁴⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XII, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 449-450;

Em outras palavras, o que está proibido é a prisão civil por dívida pecuniária, e não a imposição de prisão civil pela desobediência à ordem judicial. Com esse prisma, Luiz Guilherme Marinoni é conclusivo:

Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a prestação penal, mas a pressionar o obrigado ao adimplemento. Ora, se o Estado está obrigado a prestar tutela jurisdicional adequada a todos os casos conflitivos concretos, está igualmente obrigado a usar os meios necessários para que as suas ordens, (o seu poder), não fiquem à mercê do obrigado. Não diga que esta prisão ofende direitos fundamentais da pessoa humana, pois, se tal fosse verdade, não se compreenderia a razão para a admissão do emprego deste instrumento nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha. Na verdade, a concepção de processo como instrumento posto à disposição das partes é que encobre a evidencia de que o Estado não pode ser indiferente à efetividade da Tutela jurisdicional e à observância do ordenamento jurídico. Se o processo é, de fato, instrumento para a realização do poder estatal, não há como negar a aplicação da prisão, quando estão em jogo a efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento do ordenamento jurídico. É por isso, aliás, que a Constituição não veda este tipo de prisão, mas apenas a prisão por dividas.⁴¹

Na mesma linha de pensamento, Alexandre Freitas Câmara:

Pode o juiz, com o fim de assegurar a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, ou o resultado prático equivalente, determinar a prisão do devedor que se recusa a cumprir a prestação? Pensamos que sim. Tal prisão é possível e deve ser determinada quando imprescindível para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional. Note-se que a vedação constitucional é de prisão por dívida – salvo nas hipóteses notoriamente conhecidas do depositário infiel e do devedor inescusável de prestação alimentícia – e não de prisão por descumprimento de ordem judicial. Tal restrição de liberdade, todavia, por ser excepcional, deverá ser determinada apenas em casos extremos. O § 5º do art. 461 implica a adoção de um remédio jurídico de natureza assemelhada à da injunction do sistema da common law e da ação inibitória do direito italiano.⁴²

Para Kazuo Watanabe, no caso é permitida a prisão em flagrante do réu remisso, pelo executor da ordem, e defende a adoção da prisão civil nos casos de desobediência à ordem judicial:

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 123.

⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lineamentos do novo processo civil*. belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 75.

O provimento mandamental, isoladamente considerado, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. Há a imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência. Os executores da ordem judicial poderão, inclusive lavrar a prisão em flagrante, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência. É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição de prisão civil por ato de desprezo à dignidade da Justiça ou atos que embaracem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito. O preceito constitucional foi contornado na alienação fiduciária em garantia para a transformação do alienante fiduciário (que na verdade tem uma dívida civil), em depositário em favor do alienatário fiduciário (credor), propiciando a prisão civil. Mas não se tem preocupado muito em impor sanções de natureza penal para aquele que desobedecer à ordem legítima do juiz. O sistema alemão e austríaco permitem a importância da sanção limitativa da liberdade, em caso de desobediência à ordem do juiz, além da previsão de pena pecuniária, que é devida ao Estado, e não ao credor. Também o modelo anglo-saxão, através do instituto do contempt of court, admite a prisão, além da multa, esta devida à outra parte, e não ao Estado.⁴⁴

E acrescenta:

Não faltarão pessoas, certamente, que procurarão combater semelhante solução e também a ampliação dos poderes do juiz para a obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para o atingimento do resultado prático equivalente. Não se pode esquecer que o nosso sistema admite soluções tão ou mais draconianas para a tutela de direitos patrimoniais, como a ação de despejo, cuja sentença é executada inclusive com a remoção de pessoas, sejam adultas ou crianças, possuam ou não outro imóvel para habitação. E semelhante demanda é tradicional em nosso sistema e aceita por todos como a solução natural e de excelente efetividade. Por que, então, não aceitar que, para a tutela de direitos não patrimoniais, (...) possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer? Com a remoção de pessoas, certamente é atingida a liberdade humana. Mas esta é protegida enquanto estiver em conformidade com o direito. Da mesma forma que na ação de despejo é ela desconsiderada para a tutela do direito patrimonial assegurada pela sentença, também na tutela das obrigações de fazer ou não fazer, enquanto for prática e jurisprudência possível a tutela específica ou a obtenção do resultado equivalente, a liberdade pessoal, se desconforme ao direito, é desconsiderada, admitindo a atuação a do comando judicial através dos meios de atuação determinada pelo juiz e executado por seus auxiliares ou pro terceiros.

Para Eduardo Talamini o juiz não pode impor a pena de prisão civil, mas o descumprimento à ordem judicial irá caracterizar o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, admitindo inclusive prisão em flagrante por ordem do

⁴⁴ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45-47.

Juiz Cível, mas o caso vai originar um processo penal, que irá tramitar perante a jurisdição penal, sendo necessário que ordem endereçada ao remisso contenha expressamente a advertência de cominação da pena de prisão imediata, no caso de descumprimento³⁸⁵.

José Miguel Garcia Medina argumenta que Constituição veda não somente a pena de prisão civil por dívida, mas também a aplicação da prisão civil como meio coercitivo, pois neste caso *a prisão civil estaria ocorrendo por causa da dívida*³⁸⁶, admitindo, entretanto, a possibilidade de caracterização do crime de desobediência³⁸⁷.

Entretanto, é de se ver que o crime de desobediência (CP, art. 330) é inefetivo para tal desiderato, eis que o juiz civil não pode decretar a prisão em flagrante do agente recalcitrante, conforme já decidiu ao STJ³⁸⁸, imune aos reclamos da melhor doutrina, incumbindo a ele apenas representar ao Ministério Público pela instauração da ação penal³⁸⁹.

Na verdade, a sanção penal constitui *ameaça longínqua*, sujeita aos

³⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. Prisão Civil e penal e “execução indireta” (garantia do art. 5º, LXVII da Constituição Federal). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 92, p. 37-51, out/dez, 1998, p. 49.

³⁸⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil. Teoria geral. Princípios fundamentais*. 2ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo; RT, 2004, p. 461.

³⁸⁷ Tal opinião é corrente na doutrina: FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da urgência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 359; ASSIS, Araken de. Contempt of court. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, nº 318, abr 2004, p. 7-23.

³⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC Nº 4031/DF, Rel. Ministro José Dantas, 5ª Turma, julgado em 18.12.1995, DJ 26.02.1996 p. 4029: *Ordem judicial. Cumprimento. Desobediência. Acertada orientação da turma no sentido de que: "Habeas Corpus". Descabimento para discussão de merito de mandado de segurança. Nesse particular cabe a entidade interessada valer-se dos recursos que lhe são postos a disposição pelo estatuto processual civil. possibilidade de prisão em decorrência de descumprimento de ordem judicial. No exercício da jurisdição cível, não tem o juiz poderes para expedir ordem de prisão fora das hipóteses de depositário infiel e de devedor de alimentos (art. 5., LXVII, CF). Precedentes do STJ: Resp 21.021, RHC 2.789. "Habeas Corpus" deferido.*

³⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 9228/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 01.09.1998, DJ 14.06.1999 p. 191: *Mandado de Segurança. Desobediência a ordem judicial. Ofício ao Ministério Público. Contempt of court. Não constitui ato ilegal a decisão do Juiz que, diante da indevida recusa para incluir em folha de pagamento a pensão mensal de indenização por ato ilícito, deferida em sentença com trânsito em julgado, determina a expedição de ofício ao Ministério Público, com informações, para as providências cabíveis contra o representante legal da ré. Recurso ordinário improvido.*

percalços da tipificação, a pena é baixa (de 15 dias a 6 meses) e, por isso, com brevíssimo lapso prescricional (dois anos), e é de competência do Juizado Especial Criminal, que permite transação. Araken de Assis propugna pela criação de tipo penal particular e específico, cominando pena elevada e inafiançável, atribuindo competência ao Juiz Cível para decretar a prisão do desobediente, repassando o processo à jurisdição penal posteriormente.³⁹⁰

Não obstante é indiscutível eficácia da medida (*decretada a prisão, o dinheiro aparece*) e, frente aos princípios constitucionais em jogo, *a coerção racional e proporcionada não é incompatível com as garantias liberais do Estado de Direito*.³⁹¹

Neste passo, não é possível olvidar que a Constituição Federal de 1988 abrangeu no seu seio diversos direitos fundamentais, como forma de proteção em relação ao Estado e aos outros cidadãos. Referidos direitos fundamentais, normalmente, colidem entre si, pois muitas vezes é possível verificar a incidência, em um mesmo caso, de dois – ou mais - direitos fundamentais, isto é, o exercício de um direito fundamental por parte de um titular, colide com o exercício de direito fundamento de outro titular. Princípios e direitos previstos na Constituição entram muitas vezes em linha de colisão, por abrigarem valores contrapostos e igualmente relevantes³⁹², como por exemplo: livre iniciativa e proteção do consumidor, de direito de propriedade e função social da propriedade, segurança pública e liberdades individuais, direitos da personalidade e liberdade de expressão, ou, então, porque não?, do direito à liberdade do devedor é direito à ida ou à saúde do credor.

³⁹⁰ ASSIS, Araken de. Contempt of court. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, nº 318, abr 2004, p. 7-23.

³⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 13-14.

³⁹² HÄBERLE, Peter.. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

Há casos em que a Constituição, antevendo conflitos entre direitos fundamentais, expressamente restringe um direito fundamental, não havendo dúvidas no respeitante à limitação de um direito fundamental por outro direito fundamental, como é certo no caso da prisão civil, onde o próprio dispositivo expressamente prevê duas exceções. Mas isso não quer dizer que inexistam outros limites. Há, também, limites implícitos ou imanentes, isto é, embora não tenham sido prescritos nem direta nem indiretamente pelo legislador constituinte, há limites que são legítimos, porque imanentes ao sistema de direitos fundamentais e à Constituição como um todo:

Em outros termos, a restrição de direitos fundamentais operada pelo legislador ordinário, antecipando-se a futuros conflitos (conflitos em potencial), pode ser justificada invocando-se a teoria dos limites imanentes; o legislador poderá argumentar que, embora não tenham sido prescritos nem direta nem indiretamente pelo legislador constituinte, os limites que está fixando são legítimos, porque imanentes ao sistema de direitos fundamentais e à Constituição como um todo.³⁹³

Daí que a técnica da subsunção (premissa maior incidindo sobre a premissa menor, resulta na conclusão, isto é, o intérprete escolhe uma regra jurídica – excluindo todas as outras -, aplicando-a ao caso concreto, de maneira unidirecional) é inadequada para a solução de conflitos de direitos fundamentais, pois estes tutelam direitos potencialmente conflitantes. De fato, a partir do momento em se percebeu que *não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações para qual incidem, e que, assim, caberia ao interprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem*

³⁹³ STEINMETZ, Wilson Antonio, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 60-61.

*desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização*³⁹⁴, passou-se a utilizar a técnica legislativa de cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados (boa-fé, preço vil, ordem pública), autorizando ao julgador preencher de conteúdo a regra aberta em cada caso concreto. A lei fornece uma moldura, que o Judiciário adapta e integra em cada caso específico.

Nessa linha, tomaram vulto os princípios, *normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*³⁹⁵ como valores ou fins públicos a serem preservados e observados, destituídos de regras de conduta, incumbindo ao julgador definir, em cada caso concreto, a regra de conduta a ser seguida.

É nestes casos de colisão, uma vez não mais possível aplicar o critério da subsunção, é que surge a ponderação, técnica de interpretação multidirecional, aplicada a *hard cases*, que leva em consideração todos os aspectos e regras incidentes ao caso tornando possível, com a invocação do *princípio da proporcionalidade*, para solução de conflito entre bens constitucionalmente protegidos.³⁹⁶

O princípio da proporcionalidade, neste contexto, vem justamente buscar essa “concordância prática” entre bens constitucionalmente protegidos e conflitantes. É que, nestes casos, como lembra Karl Larenz, a única forma de garantir que a *paz*

³⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de direito privado*, São Paulo: RT, nº 18, p. 105-143, abr-jun. 2004, p. 107.

³⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da Teoria dos direitos fundamentais*. <www.professormarinoni/artigos>. Acesso em 14/04/2005. p. 37.

³⁹⁶ Para uma visão sucinta da origem e aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo, *vide*: SCHOLER, Heinrich. O princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet.: *Interesse Público*, n. 2, São Paulo: Notadez, 1999, pp. 93-107.

jurídica se restabeleça é fazer com que um ou outro direito ceda até certo ponto perante o direito adverso.³⁹⁷

Referida a ponderação se realiza em três etapas: A) Identificação de todas as normas incidentes no caso concreto e os eventuais conflitos entre elas; B) exame dos fatos e circunstâncias do caso concreto e sua interação com os elementos normativos (é na situação concreta que os princípios e regras preenchem o seu conteúdo de real sentido); C) análise conjunta dos diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto, sob a ótica da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa, e portanto, o grupo de normas a preponderar naquele caso específico, bem assim qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada (qual a intensidade da preponderação), por meio da adequação, da necessidade e da ponderação em sentido estrito.

Um meio é adequado *quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado*³⁹⁸. É necessário quando não pode ser substituído por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz, ou melhor, quando poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.³⁹⁹ Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito equivale ao postulado da ponderação. Robert Alexy define tal subprincípio da seguinte forma: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores há de se revelar os fundamentos justificadores*

³⁹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575.

³⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

³⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

dessa intervenção. Essa é a famosa Lei da Ponderação de Robert Alexy.⁴⁰⁰ Segundo o referido autor tedesco, os princípios são *mandados de otimização*, ou seja, são normas que exigem que algo seja realizado da melhor forma possível, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas.⁴⁰¹

Diante disso, tenho que não se pode pura e simplesmente argumentar que não é possível a prisão civil fora dos casos expressamente elencados no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, eis que o princípio constitucional da proteção à liberdade do devedor pode colidir, no feito, com outro princípio constitucional de proteção ao credor (por exemplo: direito à vida, direito à saúde, etc...). Daí que

...o sacrifício da liberdade só será possível se o bem jurídico a se proteger for de tal relevância que o justifique, pois deverá haver compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados, e esta análise só pode ser feita no caso concreto, pelo intérprete.⁴⁰²

Em conclusão, o Juiz pode decretar a prisão civil do réu, ao levar em conta os princípios e valores constitucionais que estão em jogo no caso concreto.

4.4.3.2 Meios de sub-rogação

Nas hipóteses onde a coação se revela inútil ou inadequada ou insuficiente a influir sobre a vontade do devedor, pode o juiz lançar mãos dos meios sub-rogatórios

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 161.

⁴⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 86.

⁴⁰² VARGAS, Jorge de Oliveira. A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênesis, nº. 3, p. 797-799, set/dez, 1996, p. 798.

para substituir a vontade do devedor e obter o cumprimento direto da obrigação ou resultado prático equivalente.

O § 5º, do art. 461, do Código de Processo Civil, estabelece que *para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.*

O rol das medidas sub-rogatórias é exemplificativo, pois o *parágrafo utiliza a expressão “tais como” para esclarecer que os meios executivos nele arrolados constituem apenas exemplos.*⁴⁰³ Para Cândido Rangel Dinamarco

O § 5º do art. 461 preconiza “medidas necessárias”, passando em seguida à mera exemplificação e esmerando-se em evitar uma enumeração taxativa das medidas que serão admissíveis. Na exemplificação, tipifica algumas medidas cabíveis, “tais como” a busca-e-apreensão, remoção de pessoas e coisas etc., mas não enuncia com isso algum suposto rol exaustivo de condutas permitidas ao juiz. Na cláusula “medidas necessárias tais como” reside autêntica norma de encerramento --- daí decorre que não só se admitirão aquelas medidas nominadas no dispositivo mas qualquer outra, atípica, que seja necessária para debelar a resistência.⁴⁰⁴

Como se vê, o legislador estabeleceu uma verdadeira cláusula aberta ou uma *norma de encerramento*⁴⁰⁵, ao permitir que o Juiz estabeleça, inclusive de ofício, no caso concreto, o meio sub-rogatório mais eficaz á propiciar a tutela específica ou

⁴⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 274.

⁴⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, Execução de liminar em mandado de segurança. Desobediência. Meios de efetivação da liminar, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 200, p. 309-325, abr/jun, 1995, p. 319.

⁴⁰⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2006: *Com efeito, esse dispositivo legal, na interpretação que se afigura correta e por isso mesmo predominante, em linhas gerais, na mais recente doutrina brasileira, confere ao juiz poderes para, em caráter subsidiário e complementar à lei, fixar os meios executivos mais adequados aos direitos a serem tutelados in executivis. Verifica-se, portanto, que o § 5º do art. 461 do CPC funciona como verdadeira norma de encerramento do sistema de tutela executiva, da mesma maneira que o é, com relação à tutela cautelar, o art. 798 do CPC.*

obter resultado prático equivalente, Como é impossível prever todas as hipóteses, o legislador confiou na criatividade dos Juízos a invenção de outros meios sub-rogatórios⁴⁰⁶.

Meios sub-rogatórios se constituem em procedimentos adotados pelo Juiz para produzir (com ou sem a participação do devedor) resultado igual ou correspondente à prestação devida. Cândido Rangel Dinamarco as denomina de *medidas de apoio*⁴⁰⁷, não constituem no cumprimento da prestação, mas sim medidas de garantia da decisão judicial (medidas meio), pois, em regra, permitem a efetivação da tutela específica ou, então, a obtenção de resultado equivalente ao cumprimento espontâneo por parte do devedor (medidas fim ou assecuratórias). A diferença entre a *tutela específica* (medidas-meio) e a *tutela assecuratória* (medidas fim) consiste no fato de que naquela ocorrer a satisfação da *exata prestação devida* (reparar o veículo⁴⁰⁸) e nesta, obtém-se *resultado equivalente*, embora sem atender exatamente a prestação devida⁴⁰⁹ (substituir veículo reparado por outro), não importando a pessoa que torna efetiva a tutela.

⁴⁰⁶ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 75; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 263; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 71-73.

⁴⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 159.

⁴⁰⁸ Outro exemplo candente de tutela específica por meio sub-rogatório é o da substituição da emissão de declarações de vontade do devedor pela declaração judicial constante na sentença (a sentença substitui a escritura de transferência de imóvel não assinada pelo devedor, como ocorre na adjudicação compulsória), conforme admitido pelos arts. 466-A e 466-B, do CPC.

⁴⁰⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147: *Nas disposições que tratam da matéria há a 'tutela específica' e a 'tutela assecuratória' ou 'alternativa'. A primeira visa a satisfação in natura, ou na forma como prevista no contrato, enquanto a segunda busca a satisfação no equivalente da obrigação originária ou prestação combinada, ou igual à que usufruiria se houvesse sido cumprido voluntariamente o contrato; a outra dirige-se a alcançar o equivalente ao que se conseguiria se tivesse havido o cumprimento.*

O Juiz pode lançar mãos dos meios sub-rogatórios a requerimento da parte ou de ofício, em qualquer fase do procedimento, inclusive em sede de execução de sentença.⁴¹⁰

Contudo, Humberto Theodoro Junior, argumenta que embora o rol seja exemplificativo, o poder do Juiz na utilização de meios sub-rogatórios não é ilimitado e, por isso, *expedientes condenados pela ordem jurídica, como a prisão civil por dívida, obviamente não se incluem nos meios de coerção utilizáveis na espécie.*⁴¹¹ Certo assim é que o Juiz se encontra limitados pelos direitos fundamentais e, também devem ser observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de modo a não proporcionar ao réu *sacrifício maior do que o necessário.*⁴¹²

Importante é lembrar que alguns meios sub-rogatórios podem se revestir de características de verdadeira cautelar, sem qualquer problema. José Eduardo Carreira Alvim exemplifica:

a) o provimento que determina a matrícula do aluno é tutela específica liminar; o que determina a simples reserva da vaga é tutela cautelar; b) a outorga de escritura definitiva de compra e venda é tutela específica liminar; o seqüestro do imóvel prometido à venda é cautelar; c) a emissão de título de sócio de uma sociedade desportiva é tutela específica liminar; a reserva do título para a posterior emissão é tutela cautelar; d) a suspensão da exibição de um filme ou peça teatral por ofensa a direito de autor é tutela específica liminar; o depósito dos valores do produto da venda de bilhetes é cautelar; e) o escoramento definitivo de um muro é tutela específica liminar; a colocação de suportes provisórios para evitar desabamento é cautelar; f) a demolição de um muro é tutela específica liminar; a colocação de suportes é tutela cautelar; g) o fechamento de uma fábrica poluente é tutela específica; a suspensão temporária do seu funcionamento é cautelar; h) a demolição de um prédio é tutela específica liminar; o isolamento do local para evitar acidentes é tutela cautelar.⁴¹³

⁴¹⁰ DINAMARCO, Cândido. *A reforma do CPC*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, n. 116, p. 159; ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, p. 103-110, out/nov, 1995, p. 108.

⁴¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 3, nº 15, p. 16-37, jan-fev/2000. No mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 296-298.

⁴¹² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 265

⁴¹³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 187.

Evidente, pois, que eventualmente a antecipação de tutela específica (CPC, art. 461) pode revestir-se de caráter nitidamente cautelar, pois meramente garante ou resguarda a eficácia do provimento final. Logo, pode existir mais de uma técnica de tutela provisória para efetividade da ação de cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, tanto no bojo do processo de conhecimento, quanto no bojo de processo cautelar autônomo.

Embora as prestações em análise se traduzam em condutas humanas de fazer ou de não fazer alguma coisa, a busca e apreensão e o depósito de coisa não estão descartados, uma vez que pode a prestação de fazer estar ligada a um dar (pintar um quadro, por exemplo), bem como o fazer pode necessitar de uma coisa para ser realizado (por exemplo, um trator para fazer uma terraplanagem). Assim também a remoção de coisas ou de pessoas (por exemplo, a exclusividade de fotografia em determinado evento), a nomeação de interventor⁴¹⁴, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, bem como o auxílio de força policial⁴¹⁵, ou mediante interdição de estabelecimentos ou de equipamentos⁴¹⁶.

⁴¹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2006: *Com efeito, em todas aquelas situações (e em qualquer outra a elas assemelhada), a decretação da intervenção judicial, consistente na atribuição de poderes específicos a terceiro para cumprir, em substituição ao devedor, aqueles atos complexos (e/ou de trato sucessivo) necessários à satisfação específica do direito do credor. Assim, por exemplo, na hipótese mencionada supra, em que o direito a ser satisfeito in executivis consiste na implantação, em folha de pagamento do credor-servidor público, determinadas vantagens reconhecidas judicialmente, o juiz pode, diante da persistência do devedor-pessoa jurídica de direito público em não satisfazer espontaneamente esse direito, nomear terceiros com poderes específicos para praticar todas as operações práticas e atos administrativos, necessários para concretizar aquela implantação.*

⁴¹⁵ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, p. 103-110, out/nov, 1995, p. 109: *Todas as medidas de apoio previstas no § 5º, do artigo examinado, podem e devem ser tomadas no processo de conhecimento, visando forçar o cumprimento da tutela específica pelo réu. Exemplificativamente, se é movida ação para que uma fábrica não polua o ambiente, pode o magistrado mandar cessar essas atividades, até mesmo usando da força policial. Se for necessário o desfazimento de uma obra, o juiz pode, no processo de conhecimento, mandar demoli-la.*

⁴¹⁶ JUNIOR, Antonio Janyr Dall'Agnol. Tutela das obrigações de fazer e de não-fazer (art. 461 do CPC). *Revista Jurídica*. São Paulo, RT, nº 338, p. 39 – 49, dezembro de 2005.

5 A relação jurídica obrigacional

5.1 Conceito e conteúdo

A palavra *obrigação* tem múltiplo significado, dificultando sua delimitação na seara jurídica. Não é incomum sua utilização, não só por leigos, mas também por profissionais do direito, para designar outros fenômenos jurídicos, tais como o *dever jurídico*⁴¹⁷, o *estado de sujeição*⁴¹⁸, um *ônus jurídico*⁴¹⁹, ou, ainda, os aspectos positivo (crédito) ou negativo (débito) da relação jurídica obrigacional.

No sentido técnico jurídico, relação jurídica obrigacional, ou simplesmente obrigação, é descrita por Clóvis Beviláqua como a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém, que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.⁴²⁰

⁴¹⁷ Isto é, a imposição legal de conduta a todas as pessoas, sob pena de sanção. Se não for observada a conduta, o lesado poderá exigir reparação. Abrange não somente os direitos creditórios, mas os direitos reais, familiares, de personalidade, constitucional, administrativo, penal, tributário, etc... Logo, tem-se o dever jurídico de respeitar os limites de velocidade impostos pela lei, e não obrigação.

⁴¹⁸ Isto é, quando alguém está subordinado a uma criação, modificação ou extinção em sua esfera jurídica por outrem, auxiliado ou não pela autoridade pública. Em síntese, quando alguém está sujeito ao exercício de direito potestativo por parte de outrem.

⁴¹⁹ Necessidade de observar determinado comportamento para obtenção ou conservação de vantagem. Assim, o réu tem o ônus jurídico de contestar, e não a obrigação de contestar.

⁴²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. t. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, p. 6. No mesmo sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21: *Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal. De crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível. A definição clássica vem das Institutas, no direito, no direito romano: "Obligatio es juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura" (obrigação é o vínculo jurídico que nos adstringe necessariamente a alguém, para solver alguma coisa, em consonância com o direito civil).*

Referido conceito é simples, e não contempla, no seu bojo, a correta identificação do fenômeno obrigacional. Mais completo, é o conceito de Washington de Barros Monteiro, para quem obrigação:

É a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal, econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplimento através de seu patrimônio⁴²¹.

Didaticamente, Washington de Barros Monteiro justifica seu conceito⁴²²: É *relação jurídica* pois, uma vez estabelecida pela força da vontade das partes ou da lei, impõe seu cumprimento, formando um vínculo provido de sanção, isto é, de exigibilidade. Tem *caráter transitório*, pois não destinado a jungir as partes *ad eternum*, extinguindo-se com o cumprimento, inexistindo obrigação perpétua. É *estabelecida* entre credor e devedor, pois sua eficácia é relativa, atuando ativa e passivamente (beneficiando ou prejudicando) apenas e tão somente em relação às pessoas vinculadas à relação jurídica obrigacional (ou seus sucessores, tanto à título universal, quanto à título singular), não atingindo terceiros estranhos, que não participaram do vínculo. Prestação *econômica* significa que o objeto da prestação *pessoal* de dar, fazer ou não fazer, há de ser sempre suscetível de aferição monetária, isto é, de conversibilidade em pecúnia, dada a característica de possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos, tornando a pecúnia o denominador comum de todas as obrigações. E, por fim, a *responsabilidade* derivada das obrigações é sempre patrimonial, isto é, o prejudicado tem, como

⁴²¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28º ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 8.

⁴²² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28º ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 8-11.

garantia das obrigações, todos os bens patrimoniais do devedor (CCB, art. 391⁴²³), com exceção dos bens declarados impenhoráveis (art. 591 do CPC⁴²⁴).

Em resumo, relação jurídica obrigacional, no sentido técnico-jurídico, são fatos, atos ou abstenções pessoais, conversíveis em pecúnia, prometidos (negocial) ou devidos em razão de lei (extranegocial), por uma pessoa em proveito de outra, em vínculo jurídico com eficácia relativa.

5.2 Elementos da relação jurídica obrigacional

A relação jurídica obrigacional, para ser perfeita, deve reunir três elementos essenciais: pessoas (elemento subjetivo), objeto (elemento objetivo ou material) e o vínculo jurídico.

Para preenchimento do elemento subjetivo, *mister* a presença mínima de duas pessoas (ou partes, eis que em cada pólo pode residir mais de uma pessoa): um para ocupar o pólo ativo (o credor) e outro para ocupar o pólo passivo (devedor). Qualquer pessoa física (capaz ou incapaz) ou jurídica pode ocupar a posição jurídica de credor ou de devedor de uma obrigação. Aliás, mesmo o nascituro⁴²⁵ ou pessoa futura⁴²⁶ pode ostentar a qualidade de credor ou devedor de obrigação. É que o titular do direito subjetivo (crédito ou do débito) não necessita ser identificado no

⁴²³ CCB, Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

⁴²⁴ CPC, Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

⁴²⁵ CCB, Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁴²⁶ Nesse sentido, CCB, Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal. Vide, também, CCB, Art. 546. A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

momento da constituição da obrigação, senão no momento de sua execução, de seu cumprimento, conforme reconhece Maria Julita Ledesma Martínes:

Sobre este mesmo tema de la indeterminación de los sujetos de la obligación recayendo sobre ciertas personas o existiendo a su provecho, puede tener titulares activos o pasivos indeterminados. Técnicamente nada impide que un deudor o un acreedor sea indeterminado. Basta con que en el momento de la ejecución haya una persona para efectuar o exigir el pago y por consecuencia que el acreedor sea determinado al vencimiento. Pero la obligación en provecho de personas indeterminadas o contra ellas presenta defectos que restringen su empleo. Ante todo, mientras una persona es indeterminada, es imposible entender con ella para modificar o extinguir la obligación. A continuación, para que esta obligación sea reconocida, desde antes de la determinación del beneficiario, hace falta que razones de seguridad fuercen a considerar como teniendo ya un valor jurídico a la pretensión o a la promesa (seguro en provecho de un tercero indeterminado, título al portador).⁴²⁷

E por isso que se diz que o sujeito da relação jurídica obrigacional pode ser apenas determinável, identificando-se apenas no ato do pagamento ou execução⁴²⁸ (como ocorre, *verbi gratia*, nos títulos ao portador⁴²⁹, loterias lícitas, promessa de recompensa⁴³⁰, máquinas automáticas, etc...).

Essencial é que esses sujeitos sejam qualitativamente diferentes, pois se as qualidades de credor e devedor recaírem na mesma pessoa, ocorrerá extinção da obrigação por confusão (CCB, art. 381⁴³¹).

⁴²⁷ MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 154.

⁴²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23: *Algumas vezes o sujeito da obrigação, ativo ou passivo, não é desde logo determinado. No entanto, a fonte da obrigação deve fornecer os elementos ou dados necessários pra a sua determinação. Assim, por exemplo, no contrato de doação o donatário pode não ser desde logo determinado, mas devera ser determinável no momento de seu cumprimento (quando se oferece, p. ex., um troféu ao vencedor de um concurso ou ao melhor aluno de uma classe etc.).*

⁴²⁹ CCB, Art. 905. O possuidor de título ao portador tem direito à prestação nele indicada, mediante a sua simples apresentação ao devedor. Parágrafo único. A prestação é devida ainda que o título tenha entrado em circulação contra a vontade do emitente.

⁴³⁰ CCB, Art. 854. Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido. Art. 855. Quem quer que, nos termos do artigo antecedente, fizer o serviço, ou satisfizer a condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada.

⁴³¹ CCB, Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor. A confusão

É fácil de entender. A confusão é a reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor e devedor. A obrigação pressupõe duas pessoas: um para ocupar o pólo ativo (credor) e outro para ocupar o pólo passivo (devedor). Reunindo-se as qualidades de credor e devedor na mesma pessoa, se estabelece um conflito, pois ninguém pode ser obrigado a si próprio. Há um *impedimentum praestandi*, pois o direito de crédito

pressupõe essencialmente um sujeito ativo e outro passivo em pessoas distintas, das quais uma exerça o direito e a outra seja obrigada a uma prestação. Ora, é inconcebível que essa relação possa subsistir quando desaparece a dualidade fundamental dos sujeitos. Ela deixa necessariamente de ser possível; estabelece-se um conflito, uma contradição jurídica entre o poder e o dever, por se acharem reunidos em um só indivíduo, pois que ninguém pode ser obrigado a si próprio.⁴³²

Na verdade, não é a obrigação que deixa de existir, e sim é a ação do credor que fica obstada pela impossibilidade em que se encontra este de exercê-la utilmente contra si mesmo⁴³³. O efeito da confusão se opera automaticamente, independente de declaração de vontade⁴³⁴. Não se pode olvidar, neste passo, que a confusão extingue a obrigação quando se opera em relação a devedor e credor principais (isto é, com *schuld* e *haftung*), pois se se referir a devedor acessório (que participa da relação jurídica apenas com a responsabilidade pelo pagamento –

⁴³² MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. T. I. 4ª Ed. aum. e atual. por DIAS, José de Aguiar. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 682.

⁴³³ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. vol. XV, 12ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1985. p. 131-132: *Em rigor, não é a dívida que se extingue, mas, sim, o credor que não pode agir contra si mesmo como devedor. É o que os juristas romanos exprimiram neste notável brocardo: confusio eximit personam ad obligationem, patius quam extinguit obligationem* (Cfr. LACERDA DE ALMEIDA, *Efeito das Obrigações*, pág. 325). Daí o acerto da afirmativa dos doutores: a confusão não opera a extinção da dívida agindo sobre a obrigação e sim sobre o sujeito ativo e passivo, na impossibilidade do exercício simultâneo da ação creditória e da prestação.

⁴³⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t XXV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, § 3.009, p. 44.

haftung -, como é o caso do fiador ou avalista), não extingue a dívida principal, pois fica extinta apenas a garantia fidejussória⁴³⁵.

O elemento material, a seu turno, refere-se ao objeto da relação jurídica obrigacional.

Em primeira linha de raciocínio, o objeto da obrigação é sempre um ato humano, um comportamento pessoal do devedor: positivo (*dare* ou *facere*) ou negativo (*non facere*). O objeto da *prestação*, isto é, o bem de vida pretendido ou resultante da prestação, é objeto meramente mediato da obrigação⁴³⁶ e, segundo a doutrina tradicional, sem relevo para a classificação das obrigações, eis que para esse efeito, imediatamente, interessa a conduta humana e pessoal do devedor de dar, fazer ou não fazer algum ato ou ato. Contudo, segundo Luigi Mengoni, a prestação, isto é, o comportamento do devedor não constitui o conteúdo da

⁴³⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 127: *Não se trata propriamente de confusão, visto que esta pressupõe a renúncia de qualidades opostas. Mas, como ninguém pode ser fiador de si mesmo, a garantia desaparece*; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*; 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 493: *Mas, na hipótese de o fiador receber o crédito, ou adquirir o crédito através de cessão, é evidente que não poderá garantir uma obrigação devida a si mesmo. Desaparece a fiança, mantendo-se a obrigação principal, da qual ele é credor. Expõe, com clareza João Franzen de Lima: “A extinção da garantia acessória não acarreta a da obrigação principal. Assim, por exemplo, se o fiador herdar o direito creditório, pelo qual se responsabilizara, deixa de ser fiador, mas a dívida subsiste. Da mesma forma, se o fiador se tornar devedor da obrigação que afiançara, extingue-se a garantia, mas não a dívida principal, de que passa a ser devedor*; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 340: *A obrigação principal, contraída pelo devedor, permanece se a confusão operar-se nas pessoas do credor e do fiador. Extingue-se a fiança, porque ninguém pode ser fiador de si próprio, mas não a obrigação*; No mesmo sentido, BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. t. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, p. 211; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II, Teoria geral das obrigações. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 171.

⁴³⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 18: *Antes de mais nada, urge não confundir objeto da obrigação com objeto do contrato. Distinguiu-os Beudant, com a habitual clareza: a) objeto da obrigação é aquilo que o devedor se compromete a fornecer, aquilo que o credor tem direito a exigir, em suma, a prestação devida; objeto do contrato constitui a operação que as partes visaram a realizar, o interesse que o ato jurídico tem por fim regular; b) objeto da obrigação é isolado, concreto, singular, o do contrato, idêntico em todas as estipulações da mesma espécie. c) objeto da obrigação vem a ser mais específico, individuado, o do contrato, mais amplo e genérico*; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 25: *A prestação (dar, fazer e não fazer) é o objeto imediato (próximo, direito) da obrigação. Na compra e venda, como vimos, o vendedor se obriga a entregar, que é modalidade de obrigação de dar, a coisa alienada. A obrigação de entregar (de dar coisa certa) constitui o objeto imediato da aludida obrigação. Para saber qual o objeto mediato (distante, indireto) da obrigação, basta indagar: dar, fazer ou não fazer o quê? No citado exemplo da compra e venda, se o vendedor se obrigou a entregar um veículo, este será o objeto mediato da obrigação, podendo ser também chamado de “objeto da prestação”. ... Não se confunde, pois, o ato da prestação, a que o obrigado vinculado, com a coisa material, sobre o qual aquele ato incide.*

obrigação, enquanto esta no é idônea - só por si – a satisfazer o interesse do credor. Este é interessado somente na produção do resultado que defluido comportamento do devedor. O comportamento devido pelo devedor teria assim um valor meramente instrumental com referência à produção do resultado. Por conseqüência, segundo Luigi Mengoni, o objeto do direito do credor não está constituído pelo comportamento do devedor, senão pelo resultado deste, o que permite admitir o cumprimento por terceiro.⁴³⁷

Esse objeto (imediatos e mediato), deve ser:

a) lícito, isto é, conforme o direito, à moral, aos bons costumes e à ordem pública, sob pena de nulidade do negócio jurídico, a teor do disposto no art. 104, inc. II, e no art. 166, inc. II, do Código Civil;

b) possível, pois *ad impossibilia nulla obligatio*⁴³⁸ ou *nemo potest ad impossibile obligari*⁴³⁹. Exatamente por isso é que, por força do disposto no art. 104, inc. II, e no art. 166, inc. II, do Código Civil, é nulo o negócio jurídico com objeto física (quando contrariada as leis da natureza, ultrapassadas as forças humanas, ou quando irreal sua existência) ou juridicamente (quando se refira a objetos expressamente proibidos por lei) impossível.

Importante vincar, neste passo, que a impossibilidade deve ser real e absoluta para invalidar a obrigação⁴⁴⁰. Simples dificuldades ou maiores dispêndios, ou sendo relativa (circunscrita a um período de tempo, ou a uma parte da obrigação) a

⁴³⁷ MENGONI, Luigi. *L'oggetto dell'obbligazione*. Itália: Ius, 1952, p. 156.

⁴³⁸ Em tradução livre pelo autor: a impossibilidade anula a obrigação.

⁴³⁹ Em tradução livre pelo autor: ninguém pode se obrigar ao impossível.

⁴⁴⁰ ALTERINI, Atilio Anibal; CABANA, López.. Curso de Obligaciones. T I, 4ª ed. 3ª Reimpressão. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 1993, p. 98: .. *hay imposibilidad física cuando materialmente no es factible de realizar, como e el clásico ejemplo de 'tocar el cielo con las manos'*. *Pero tal imposibilidad, para tener virtualidad, debe ser absoluta, esto es, debe existir con relación a cualquier sujeto y no respecto del propio deudor; así, quien no tenga habilidad manual, puede sin embargo obligarse a construir un mueble, de manera que si no logra que un tercero lo construya, queda sometido – en principio – al pago de indemnización.*

impossibilidade, não nulifica ou invalida a obrigação, conforme enunciado no art. 106 do Código Civil. E não só isso, essa impossibilidade absoluta deve ser inicial, isto é, desde o início da relação jurídica obrigacional, conforme reconhece Manuel Albaladejo García:

...la imposibilidad dela prestación puede ser objetiva o absoluta (cuando ésta es imposible en sí misma), y subjetiva o relativa (cuando es imposible para el obligado: por ejemplo, cantar un mudo); originaria (cuando existe imposibilidad desde antes del momento en el que deba nacer la obligación) o subsiguiente (cuando el deudor se obliga a algo que sólo después deviene imposible). Pues bien, el requisito de la posibilidad sólo falta si la prestación es imposible originariamente. De ser así, la obligación no llega a existir (a nacer) por inidoneidad de la prestación que no puede ejecutarse. Pero si ésta, aunque devenga subsiguientemente imposible, fue posible en un principio, entonces la obligación nace, porque pudo recaer sobre tal prestación, que, al no poder realizarse, dará lugar a que – precisamente en base al vínculo obligatorio nacido – el acreedor pueda exigir al deudor daños y perjuicios, cuando proceda (así, cuando, por ejemplo, la prestación se hizo imposible por culpa de este).⁴⁴¹

De fato, se essa impossibilidade for inicial, o caso é de nulidade da relação jurídica, em razão da inidoneidade do objeto (CCB, art. 166, II)⁴⁴². Se for superveniente, aí conforme a origem dessa impossibilidade, isto é, se for imputável ou não ao devedor, variação efeitos jurídicos (resolução da obrigação sem perdas e danos ou com perdas e danos, ou, ainda, abrindo porta para a tutela específica, na hipótese de ser possível obter o cumprimento por terceiro).

c) determinado ou no mínimo determinável, isto é, perfeitamente individuada ou que permita a individualização no momento do cumprimento da prestação⁴⁴³. Os contratos aleatórios (CCB, art. 459), ou no caso de parceria agrícola (o parceiro somente saberá o montante da prestação no momento da colheita), ou nos caso dos

⁴⁴¹ GARCÍA, Manuel Albaladejo. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 21.

⁴⁴² JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22: *A impossibilidade que aqui focamos é a superveniente, a que se verifica no vencimento. Opõe-se-lhe a impossibilidade originária, que ocorre no momento da constituição da obrigação, e que não tem influência no regime da inexecução, mas apenas na validade ou invalidade da relação creditícia; com efeito, a impossibilidade originária e objectiva determina em regra a nulidade do vínculo.*

⁴⁴³ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. vol. II, Trad. Luiz Martinez Calcerrada. Madrid: Reista de Derecho Privado, 1967, p. 14.

tradicionais exemplos da compra de direitos de herança ignorada ou das riquezas de navio afundado, permitem a individualização no momento do cumprimento, e por isso perfeitamente válidas, eis que o objeto é determinável no momento do cumprimento. O que o Código Civil nulifica no art. 104, inc. II, c/c art. 166, inc. II, é a total indeterminação, como, por exemplo: dar algum café, ou um monte de dinheiro, pacto de *fazer algo* ou *não-fazer algo*⁴⁴⁴; e, por fim,

d) conversível em pecúnia. Segundo a doutrina tradicional é imprescindível que o objeto tenha apreciação econômica, isto é, seja suscetível de conversão em pecúnia, sob pena de não constituir obrigação jurídica, uma vez que, despidido de valor pecuniário, inexistente a possibilidade de avaliação dos danos, deixando de interessar ao mundo jurídico⁴⁴⁵. Tanto assim o é que os danos extrapatrimoniais só passaram a interessar ao direito das obrigações após se admitir a sua conversão em pecúnia, admitindo a doutrina a figura da *patrimonialidade indireta*⁴⁴⁶, isto é, prestações que se referem a interesses socialmente dignos de tutela jurídica, *eis que o simples estabelecimento de um equivalente pecuniário, ou a fixação de uma*

⁴⁴⁴ MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 172.

⁴⁴⁵ GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1977, p. 202: *El último de los caracteres necesarios para que una prestación pueda ser objeto de obligaciones es el de ser valuable en dinero. Carácter tan indispensable como los precedentes. Porque si su falta no siempre hace ilusorio el derecho del acreedor, a veces lo transforma en un derecho distinto de los derechos patrimoniales; por ejemplo, los cónyuges – según el artículo 130 del C. C. Italiano de 1865 – se encuentran obligados a la cohabitación, a la fidelidad y a la asistencia; pero como estas prestaciones no son valuables en dinero, no puede decirse que en rigor, constituyan obligaciones en el sentido jurídico de la palabra, sino derechos personales. Y la consecuencia práctica importantísima que de esta observación debemos deducir, es que a los derechos no valuables en dinero no se les puede aplicar con seguridad las reglas de las obligaciones, y señaladamente aquellas que imponen la reparación del daño en caso de incumplimiento.*

⁴⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 28: *Na realidade, a patrimonialidade tem sido considerada da essência da prestação, mesmo quando corresponda a interesse moral. Nesse caso, deve a prestação ser suscetível de avaliação econômica, como no caso, por exemplo, da indenização pelo fato da morte, ou do sofrimento, em que avulta o caráter compensatório do ressarcimento. Inexistindo, porém, a referida economicidade, o juiz atribuirá, em caso de reparação de danos, um equivalente (patrimonialidade por via indireta, que justifica, pois, a indenizabilidade do dano moral).*

*cláusula penal, não dignificam um interesse.*⁴⁴⁷ Além do mais, a possibilidade de tutelar especificamente os diversos interesses que podem levar uma pessoa a contratar uma determinada prestação (que não são necessariamente econômicos, podendo ser religiosos, científicos ou sentimentais⁴⁴⁸), inclusive com a utilização de meios de coerção e de sub-rogação, torna desnecessário exigir a patrimonialidade da prestação para se ter uma obrigação juridicamente completa. Para tal desiderato, basta que o interesse do credor na prestação do devedor seja sério e digno de tutela⁴⁴⁹.

E, em terceiro e último lugar, surge o elemento *espiritual*, também denominado de vínculo jurídico, *que sujeita o devedor a determinada prestação em favor do credor*⁴⁵⁰ e, se não cumprida, pode o credor valer-se do Estado (por intermédio do Poder Judiciário) para transformar em realidade referida prestação.

O vínculo jurídico, sob o ponto de vista do credor, a relação jurídica obrigacional tem como fim imediato uma prestação (*debitum* ou *schuld*), e como fim mediato, a sujeição do patrimônio do devedor (*obligatio* ou *haftung*); Sob o ponto de vista do devedor, a relação jurídica obrigacional tem como fim imediato o dever de

⁴⁴⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

⁴⁴⁸ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. vol. II, Trad. Luiz Martinez Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, p. 14: *una cosa es el interés, necesario para que exista un derecho de crédito, que puede ser religioso (obligación de celebrar una misa), humanitario (obligación de mantener un orfanato), científico (obligación de realizar un estudio o investigación), sentimental (entregar unas flores), etc., y otra cosa distinta es la valoración económica a la que debe ser sometida siempre la prestación.*

⁴⁴⁹ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6ª Ed. Madrid; Tecnos, 1993, p. 35: *El Derecho moderno admite la ejecución específica sin necesidad de trasladar a dinero la obligación, por lo que con esta base se ha negado que la prestación haya de ser necesariamente patrimonial. Basta que responda a un interés serio y digno de tutela, aunque no tenga valor económico. Sin embargo se ha señalado que un facere incoercible, es decir, que no pueda ser obligado el deudor a ejecutarlo contra su voluntad, que no tuviese posible traducción económica para indemnizar al acreedor por el incumplimiento, es algo que queda fuera del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la prestación en si misma puede no tener valor patrimonial siempre que vaya acompañada de medios o instrumentos a través de los cuales se logre una satisfacción económica por su incumplimiento.*

⁴⁵⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28º ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23.

prestar (*debitum* ou *schuld*) espontaneamente, e a mediata sujeição do devedor na ordem patrimonial (*obligatio* ou *haftung*). Daí o entendimento de que

... o vínculo jurídico compõe-se de dois elementos: débito e responsabilidade. O primeiro é também chamado de vínculo espiritual, abstrato ou imaterial devido ao comportamento que a lei sugere ao devedor, como um dever ínsito em sua consciência, no sentido de satisfazer pontualmente a obrigação, honrando seus compromissos. Une o devedor ao credor, exigindo, pois, que aquele cumpre pontualmente a obrigação. O segundo, também denominado vínculo material, confere a credor não satisfeito o direito de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, submetendo àquele os bens do devedor.⁴⁵¹

Ambos - *schuld* (dever prestar) e *haftung* (sujeição àquele dever prestar) são aspectos do mesmo fenômeno, igualmente indispensáveis⁴⁵². Para satisfazer o crédito, não basta o *debitum*, é indispensável a *obligatio*, que possibilita a realização da prestação, independentemente da vontade do devedor (isto é, *deve e responde*)⁴⁵³. Uma vez constituída a obrigação, o devedor tem o dever de prestar. Entretanto, é a responsabilidade, que sujeita a pessoa do devedor ou de terceiro à agressão patrimonial do credor, em caso de inexecução.

Os dois elementos (*schuld* e *haftung*) coexistem normalmente na obrigação e é interessante saber identificá-los e separá-los, eis que ocorrem conseqüências de inestimável importância para as pessoas integrantes da relação jurídica obrigacional. Assim, por exemplo, se um avalista ou fiador (que tem *haftung*, mas não tem *schuld*)

⁴⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

⁴⁵² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28º ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 25.

⁴⁵³ BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Madri, Editora Revista de Derecho Privado, 1969, p. 355: *En derecho moderno, gracias ala elasticidad de los medios de ejecución forzosa, los dos aspectos de la obligación: débito y responsabilidad, tienden a corresponderse, a conjugarse orgánicamente y a adecuarse perfectamente: la responsabilidad tiende a ser – hasta donde sea posible – deida y adecuada al débito, no excesiva, ni deficiente*. No mesmo sentido: SILVA, Rafael Peteffi da. Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 137: *Podemos dizer que tanto o elemento pessoal como o elemento patrimonial são essenciais para ao perfeito adimplemento da obrigação. Portanto, o credor tem um direito a uma prestação útil por parte do devedor, e somente em uma possível fase executiva é que o direito do credor recai sobre o patrimônio do devedor. Mas, apesar da alteração de seu objeto, a relação obrigacional não perde a sua identidade, pois vista a obrigação como um processo, esta prossegue até conseguir o seu objetivo: a satisfação do interesse do credor*.

efetuar o pagamento, terá ele sub-rogação dos direitos do credor contra o devedor principal (que tem *schuld* e *haftung*). A recíproca não é verdadeira: se for o devedor principal (que tem *schuld* e *haftung*) que paga a dívida, não tem direito de regresso contra os garantidores (que não têm *schuld*, mas apenas *haftung*).

5.3 Cumulação de prestações na mesma relação jurídica

O Código Civil Brasileiro foi extremamente econômico ao prever a obrigação como uma simples relação unidirecional de crédito e débito, onde o credor tem o direito subjetivo de exigir e o devedor tem o dever de prestar. Entretanto, a riqueza do mundo dos fatos nos mostra que nem sempre a obrigação é *simples* (um só objeto), mas muitas vezes se apresenta de forma *múltipla* (com pluralidade de objeto ou prestação), envolvendo prestações *bi* ou *multidirecionais* (há prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, que, neste caso, não só simplesmente credoras ou devedoras, quando então o descumprimento poderá ensejar não a exigibilidade da obrigação, mas a pretensão de resolução do próprio negócio jurídico, a teor do art. 475 do CCB).

Obrigação *simples* é aquela que tem um só objeto, isto é, uma só prestação. As obrigações *múltiplas*, por seu turno, são classificadas em: a) *cumulativas* ou conjuntivas, que são aquelas em que todas as prestações previstas *in obligatione* são devidas ao credor. *Tem-se aí duas ou mais prestações que deverão ser realizadas totalmente*, de modo que o descumprimento de uma envolve um *inadimplemento total*. *A oferta de uma das prestações sem as demais implica num*

*inadimplemento parcial recusável pelo credor*⁴⁵⁴. Como todas as prestações são devidas ao credor, é preciso distinguir: no caso de se pactuar o pagamento das prestações cumuladas de maneira *sucessiva* a questão se resolve pelas regras atinentes a cada prestação (dar, fazer ou não fazer); se pactuado pagamento *simultâneo*, o credor não pode ser obrigado a receber parcialmente (CCB, art. 314), e pode recusar o pagamento por inteiro (o recebimento de todas as prestações cumuladas); e, b) *alternativa* ou disjuntiva, que são aquelas em que há mais de uma prestação *in obligatione* (pouco importando a natureza das prestações⁴⁵⁵), desonerando-se o devedor com a satisfação de apenas uma delas (há multiplicidade de prestação não conjunta, e pode o devedor solvê-la com uma só prestação: *plures sunt in obligatione, una autem in solutione*⁴⁵⁶). Nas obrigações alternativas, assume relevo a questão do direito de escolha, que não é limitada: é arbitrária. A parte que tem o direito de escolha, nas obrigações alternativas, pode escolher a melhor opção que lhe parecer, não se aplicando aqui o princípio da qualidade média⁴⁵⁷, sendo direito potestativo da parte, de maneira que a parte contrária não pode pretender discutir, em juízo, o acerto ou a justiça da escolha realizada pela parte adversa⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral*. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 84.

⁴⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 83: *Essa alternativa pode estabelecer-se entre duas ou mais coisas, entre dois ou mais fatos, ou até entre uma coisa e um fato, como, por exemplo, a obrigação assumida pela seguradora de, em caso de sinistro, dar outro carro ao segurado ou mandar reparar o veículo danificado, como se preferir*. No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 527: *Seu objeto constitui-se das diversas prestações em conjunto, pluralidade que subsiste até o momento da escolha, sendo que tais prestações tanto podem ser de dar ou de fazer*.

⁴⁵⁶ Em tradução livre pelo autor: muitas coisas estão na obrigação, uma só no pagamento.

⁴⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87: *Não é aplicável à escolha da prestação, nas obrigações alternativas, o princípio jurídico do meio-termo ou da qualidade média: o titular do direito de escolha pode optar livremente pro qualquer das prestações in obligatione, porque todas elas cabem no círculo das prestações previstas pelas partes*.

⁴⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 528: *Frise-se, ainda, a potestatividade ínsita ao direito de escolha: quem anuiu, na formação*

Uma vez efetuada a escolha por quem de direito (CCB, art. 252), esta se torna irrevogável⁴⁵⁹, pois *electa una via non datur recursus ad alteram*⁴⁶⁰. Com a fixação (ou concentração) da escolha, a obrigação torna-se pura e simples de cumprir a prestação escolhida⁴⁶¹, resolvendo-se qualquer problema pelas regras atinentes à natureza da prestação escolhida (dar, fazer ou não fazer).

5.4 Delimitação qualitativa e quantitativa da prestação

Ainda no respeitante ao objeto da obrigação, estabelece o Código Civil, em seu art. 313 que *o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa*, ancorando, no direito brasileiro, o princípio da proibição do pagamento *aliud pro alio*.

Referido dispositivo legal enuncia que o devedor deve entregar a própria coisa designada no contrato, exatamente como descrita ou identificada, ou realizar o fato exatamente como contratado, sob pena de se alterar unilateralmente a

do vínculo, com a possibilidade da contraparte optar por uma das prestações, a esta escolha terá que se sujeitar quando chegar o momento da concentração.

⁴⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 529.

⁴⁶⁰ Em tradução livre pelo autor: eleita uma via, não é dado regressar e alterar.

⁴⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87: *Cientificada a escolha, dá-se a concentração, ficando determinado, de modo definitivo, sem possibilidade de retratação unilateral, o objeto da obrigação. As prestações in obligatione reduzem-se a uma só, e a obrigação torna-se simples. Só será devido o objeto escolhido, como se ele fosse o único, desde o nascimento da obrigação. Com efeito, a concentração retroage ao momento da formação do vínculo obrigacional, porque todas as prestações alternativas se achavam já in obligatione.*

convenção, modificando a o objeto da prestação sem aquiescência do credor, o que não pode ser admitido sem ofensa ao princípio da *liberdade contratual*⁴⁶².

Ou, por outra maneira,

..significa dizer que, relativamente à natureza do que é devido e à sua extensão, o devedor não se pode permitir, em linha de princípio, nenhuma modificação, seja ela mais vantajosa para o credor ou não, como já havia assentado o Direito Romano: *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*.⁴⁶³

A recíproca é verdadeira: por iguais motivos, o devedor não pode ser compelido a prestar coisa diversa da devida, ainda que de menor valor⁴⁶⁴. A dação em pagamento⁴⁶⁵, não constitui exceção ao princípio da exatidão do pagamento, eis que para validade desta exige-se a concordância do credor, caso em que as próprias partes modificam ou retratam o pacto primitivo. É de se lembrar: o credor não pode ser *obrigado* a receber coisa diversa

Neste passo, insta não olvidar que a *praestatio vera rei debitae*, na forma estabelecida no art. 313 do Código Civil, envolve não somente a exatidão do objeto

⁴⁶² A autonomia de vontade, ou liberdade de contratar, significa que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer algo senão em virtude de lei ou de obrigação livremente estipulada, na forma estabelecida no Art. 5º, inciso II, da Constituição Federal. Segundo HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato – Estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 85, *a liberdade de contratar revela, exclusivamente, a liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou de não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade. Por isso, é naturalmente ilimitada, uma tal liberdade*. Diferente, é a liberdade de estipulação negocial, ou liberdade para contratar, que se traduz na permissão de outorgar e aceitar obrigações (Código Civil, Art. 421), nos limites da lei, dando origem a negócios jurídicos, inclusive atípicos (Código Civil, Art. 425). É princípio que não se admite pactos *contra legem*, mas se admite *praeter legem*, isto é, as partes não estão presas às fórmulas contratuais previstas na lei, podendo dela desbordar e inovar (tudo que não for expressamente proibido, é permitido). A liberdade para contratar, portanto, significa a possibilidade de livre disposição de interesses pelas partes no negócio, e está plasmada nas cláusulas que compõe o negócio jurídico, e por isso limitada por normas de ordem pública.

⁴⁶³ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 169.

⁴⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46: *Em contrapartida, o credor de coisa certa não pode pretender receber outra ainda de valor igual o menor que a devida, e possivelmente preferida por ele, pois a convenção é lei entre as partes. A recíproca, portanto, é verdadeira: o credor também não pode exigir diferente, ainda que menos valiosa*.

⁴⁶⁵ CCB, Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

da prestação pessoal devida (o bem de vida pretendido com a prestação pessoal devida), mas também a exatidão de como (por inteiro, por partes) e de que forma deve ser prestado (estado em que a coisa deve ser entregue ou as condições em que o serviço deve ser prestado) ⁴⁶⁶, de acordo com os ditames da boa-fé⁴⁶⁷, bem assim no respeitante ao destino dos acessórios (CCB, art. 233).

No respeitante à exatidão quantitativa, incide o princípio da indivisibilidade do pagamento, plasmado no art. 314⁴⁶⁸ do Código Civil. Por isso, se houver um devedor e um credor⁴⁶⁹, a dívida é considerada indivisível, a prestação como se não pudesse ser dividida, podendo o credor ou o devedor recusar o pagamento parcial. Justifica-se a indivisibilidade porque se as partes ajustaram o credor receber e o devedor pagar, lógica é a presunção de que o pagamento deve corresponder ao total e não apenas a porções, não se podendo esquecer que é de interesse do credor receber o integral do que em pequenas somas (que facilmente se despendem), *não sendo o credor obrigado a receber pagamentos parciais, ainda quando o soma deles represente a integral satisfação do crédito*⁴⁷⁰.

Não obstante a aparente potestividade do direito de o credor recusar o pagamento parcial, eis que o Código Civil não exige que o fundamente ou motive a

⁴⁶⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 2, Obrigações em Geral. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 183.

⁴⁶⁷ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 9, argumenta que *o princípio da boa fé, em matéria de cumprimento das obrigações, desdobra-se numa multiplicidade de deveres acessórios de conduta, cujo conteúdo varia com a natureza das obrigações fundamentais e com o condicionalismo próprio de cada caso concreto. Trata-se, no geral, de deveres de informação, de notificação, de prevenção ou de cuidado, guarda, conservação ou vigilância das coisas.*

⁴⁶⁸ CCB, Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

⁴⁶⁹ Se forem vários os devedores ou credores, em prestação divisível, esta restará dividida em tantas partes quantos os credores ou devedores (CCB, Art. 257), aplicando-se o princípio da indivisibilidade em relação à parte de cada credor ou devedor. É fácil de entender: três devedores devem 900 a um credor. De cada um deles o credor não poderá exigir mais do que a respectiva cota-parte na dívida (CCB, Art. 257), mas essa cota-parte o credor não pode ser obrigado a receber por partes (CCB, Art. 314).

⁴⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 254-255.

recusa senão na própria circunstância da não integralidade do pagamento, embora várias exceções estejam previstas na doutrina⁴⁷¹, Judith Martins Costa, utilizando a *contrariu sensu* o critério de utilidade (CCB, art. 395, parágrafo único), tem o entendimento de que:

Também aqui é chamado a operar o topos da utilidade para o credor, e o princípio da boa-fé objetiva. Se a recusa em receber parcialmente a prestação se dever a caprichos, a motivos fúteis, de nenhuma importância para a utilidade que, objetivamente, será retirada da prestação, haverá violação ao dever de agir segundo a boa-fé.⁴⁷²

A conclusão é correta, eis que o princípio da boa-fé objetiva (CCB, art. 422), ao qual será dedicada maior atenção logo a seguir, não se coaduna com o espírito de emulação ou mero capricho, pois os direitos devem ser exercidos de boa-fé, sob pena de desbordar para o exercício abusivo do direito (CCB, art. 187). Se o pagamento parcial oferecido é útil ao credor e a parte faltante não tenha o condão de tornar inútil o pagamento parcial ofertado, isto é, não cause prejuízo ao credor, em regra não se justifica a recusa em receber e dar quitação do pagamento parcial ofertado.

⁴⁷¹ Arroladas por SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. vol. XI. 12ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1985. p. 110-111: 1) quando o contrário for convencionado, estipulando-se que a dívida seja paga por partes; 2) quando o devedor tem motivos e exceções a opor a uma parte do crédito e oferece a solução da parte que não pretenda impugnar; 3) quando a obrigação é dividida entre os herdeiros do devedor; 4) quando se verifica a compensação de parte da dívida; 5) quando, existindo várias dívidas, o pagamento é imputado por lei a uma delas; 6) quando o débito for, em parte, líquido; 7) quando resultar do contrato que prevê o pagamento em diversos lugares, ou a pessoas diversas, indicadas de maneira conjuntiva ou disjuntiva, ainda que residentes no mesmo lugar, por isso que a diversidade do lugar do pagamento, como a diversidade da época do vencimento das obrigações, acarreta a necessidade de dividir o pagamento; 8) quando os co-fiadores, para excluir a solidariedade, reservam o benefício da divisão; 9) quando os credores concorrentes, na falência ou no concurso de credores, são levados a receber pagamentos parciais; 10) quando a divisão do pagamento é um efeito dos prazos de favor.

⁴⁷² MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 188.

De fato, não se pode olvidar que o pagamento também é informado pelos princípios gerais do Direito Civil, que servirão para *possibilitar, mensurar e qualificar o adimplemento*, na visão de Judith Martins Costa, que afirma:

Na sua tríplice dimensão, explica Betti, distingue-se, na prestação, um momento subjetivo, que se refere à conduta de cooperação imputada ao devedor, e um momento objetivo, o qual se refere à utilidade que a prestação é chamada a trazer ao credor, utilidade de caráter típico e que normalmente coincide com cada conduta de cooperação, entendida positivamente como “atitude devida” e, portanto, possível, à vista das concretas circunstâncias da relação. A conjugação desses momentos subjetivo e objetivo conduz ao adimplemento, finalidade da relação, que tem, por sua própria natureza, caráter transitório, nascendo para extinguir-se. A utilidade, momento objetivo, diz respeito ao “programa econômico contratual”, isto é, à relação econômica de base que se apresenta como a causa objetiva do ajuste. Já a cooperação, momento subjetivo porque ligado à conduta dos sujeitos, não está reduzida ao cumprimento do dever principal, antes se espalhando pelos deveres secundários, anexos, colaterais ou instrumentais, que encontram a sua fonte ou em dispositivo legal, ou em cláusula contratual, ou no princípio da boa-fé.⁴⁷³

Neste compasso, já se percebe que a boa-fé informa não só o aspecto quantitativo do pagamento, mas também o aspecto qualitativo, eis que todos os negócios jurídicos – em toda a sua inteireza - devem se desenvolver dentro da mais absoluta boa-fé⁴⁷⁴.

Não só dentro da boa-fé subjetiva ou boa-fé crença (*guter glaubem*), isto é, um estado interior de ausência de má-fé (ausência de pecado)⁴⁷⁵, ou melhor, a

⁴⁷³ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 23/24. Razão porque define adimplemento da seguinte maneira: *O cumprimento da prestação concretamente devida presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias concretas*. (p. 67).

⁴⁷⁴ CCB, Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁷⁵ ... *Por boa-fé, tout court, entende-se que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral). Por força desta simbiose – fato e virtude – a boa-fé, numa visualização muito mais subjetiva, apresenta-se com a vida interior, ao mesmo tempo que se revela como o amor ou o respeito à verdade. Contudo, observe-se, através da formidável lição de André Comte-Sponville, que a boa-fé “não pode valer como certeza, sequer como verdade, já que ela exclui a mentira, não o erro. O Homem de boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo. Vale dizer, é uma crença ao mesmo tempo que é uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. É também o que se chama de sinceridade ou veracidade, ou franqueza, é o contrário da mentira, da hipocrisia, da duplicidade, em suma, de todas as formas, privadas ou públicas, da má-fé”* (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes.

*ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença sobre determinada situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação*⁴⁷⁶, mas, sim, dentro da boa-fé objetiva ou boa-fé lealdade (*treu und glaubem*), caracterizada como um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade.⁴⁷⁷

A boa-fé objetiva, assim, é verdadeira regra de conduta ideal, do homem probo e justo, pois

essa regra de conduta é composta basicamente pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade. Anote-se bem, a boa-fé objetiva é fundamento de todo sistema jurídico, de modo que ela pode e deve ser observada em todo tipo de relação existente, é por ela que se estabelece um equilíbrio esperado para a relação, qualquer que seja esta⁴⁷⁸.

Isto é, o vínculo obrigacional deve ser visto como uma relação de cooperação, em que devedor e credor não ocupam posições antagônicas, mas desenvolvem harmoniosamente um conjunto de atividades necessárias à satisfação dos

Contrato – Estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 82/83.).

⁴⁷⁶ NUNES, Rizzato. A boa-fé objetivada como paradigma da conduta, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 52, nº 327, pág. 09 a 11, janeiro 2004.

⁴⁷⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136. Ou, como diz MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 33: *É preciso ter presente a distinção dogmática entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Muito embora ambas as expressões encontrem unidade no princípio geral da confiança que domina todo o ordenamento, cada uma desempenha, dogmaticamente, distintos papéis. A boa-fé subjetiva traduz a idéia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório, o que vai justificar, por exemplo, uma das formas da usucapião. Diferentemente, a expressão boa-fé objetiva designa, seja um critério de interpretação dos negócios jurídicos, seja uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de comportamentos que se devem pautar por um específico standard ou arquétipo, qual seja, a conduta segundo a boa-fé.*

⁴⁷⁸ NUNES, Rizzato. A boa-fé objetivada como paradigma da conduta, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 52, nº 327, pág. 09 a 11, janeiro 2004.

recíprocos interesses, como um processo⁴⁷⁹ que abrange não só a formação da obrigação, mas também os seus efeitos na sociedade⁴⁸⁰.

Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior,

... a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também se comportar lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercer-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé.⁴⁸¹

Ou, no dizer de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,

da consagração da boa-fé objetiva, nas relações contratuais – como pretende demonstrar – decorrem principalmente os deveres de informações, de colaboração e de cuidado, somaria que realiza a inofismável verdade que, em sede contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma, se lida com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, com a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o elo e a colaboração. Enfim, está presente, também, na ambiência contratual, o sentido ético, a tendência socializante e a garantia de dignidade que são, por assim dizer, as marcas ou os marcos deste direito que, perpassando os séculos, se apresenta renovado, aos primórdios do milênio novo.⁴⁸²

⁴⁷⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatski, 1976.

⁴⁸⁰ *Esta é a interessante visão da boa-fé pela sua angulação subjetiva; contudo, enquanto princípio informador da validade e eficácia contratual, a principiologia deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo, e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico standard (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato – Estrutura milenar de fundação do direito privado*. Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 83.).*

⁴⁸¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 14, p. 20-27, abr-jun/1995.

⁴⁸² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato – Estrutura milenar de fundação do direito privado*. Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 83. No mesmo sentido: BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 111: *Podemos, então, definir boa-fé como princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõe às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avenca.*

Ou, ainda, como diz Judith Martins Costa:

O teor geral desta cooperação intersubjetiva no Direito das Obrigações decorre de a boa-fé constituir, em sua acepção objetiva, uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte. Indica, outrossim, um critério de interpretação dos negócios jurídicos e uma norma impositiva de limites ao exercício de direitos subjetivos e poderes formativos. Em outras palavras, como emanção da confiança no domínio das obrigações, os deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva operam defensivamente e ativamente, isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos.⁴⁸³

Assim, a boa-fé deve se consagrar em todas as fases da relação jurídica obrigacional, pois não só fornece critérios para interpretação do que foi avençado pelas partes, procedendo a determinação qualitativa do débito primário da obrigação, que é a prestação efetivamente pretendida pelo credor e quem tem posição dominante na classificação da obrigação⁴⁸⁴, mas também criando deveres secundários ou anexos⁴⁸⁵.

Desta forma, a boa-fé incide nas negociações que antecedem a conclusão do negócio, pois se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu⁴⁸⁶, fazendo surgir a responsabilidade pré-contratual (como no famoso

⁴⁸³ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 33.

⁴⁸⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 6ª ed., Coimbra: Almeida, 1994, p. 59;

⁴⁸⁵ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Saraiva: São Paulo, 1994, p. 160/161, melhor explica: “Os deveres primários de prestação, a que o Prof. Antunes Varela chama de deveres principais ou típicos, seriam respeitantes à realização da prestação debitória, ou, com mais precisão, da prestação principal. Os deveres secundários de prestação, que são típicos de obrigações complexas, incluiriam, ainda na lição de Antunes Varela, “não só os deveres acessórios de prestação principal (destinados a preparar o cumprimento ou a assegurar perfeita execução da prestação), mas também os deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal”.

⁴⁸⁶ BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 116.

caso dos tomates⁴⁸⁷), desde que, por relação de causalidade, da quebra de confiança tenha decorrido dano injusto à parte que confiou na seriedade das tratativas negociais.⁴⁸⁸ Não havendo ainda contrato, o regime jurídico dessa responsabilidade não pode ser outro que não o da responsabilidade extracontratual, na forma definida no art. 187 do Código Civil.

Incide, também, no momento do cumprimento, não só para estabelecer exatamente o conteúdo da prestação principal ou primária, mas também para estabelecer os comportamentos acessórios das partes, tendentes a assegurar a perfeição⁴⁸⁹ e utilidade⁴⁹⁰ da prestação devida, bem assim orientando a interpretação⁴⁹¹ do contrato.

⁴⁸⁷ Relatado por BALBINO, Renata Domingues Barbosa. *O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 111: *Os fatos são os seguintes: um agricultor do município de Cangaçu, na zona sul do estado do Rio Grande do Sul, costumava plantar tomates, cujas sementes lhe eram entregues pela Companhia Industrial de Conservas Alimentícias (Cica), as qual, à época oportuna, adquiria a produção, para posterior industrialização. Na sagra de 1987/1988, a Companhia Industrial de Conservas Alimentícias deixou de adquirir o produto, tendo o agricultor, como de praxe, realizado a plantação. Aí, o agricultor pleiteou indenização pelos danos sofridos com a perda da produção, uma vez que não teve a quem vender o produto.*

⁴⁸⁸ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 109.

⁴⁸⁹ *A boa-fé objetiva constitui um princípio geral, aplicável ao direito das obrigações, através do qual se produz nova delimitação do conteúdo objetivo do negócio jurídico, especialmente o contrato, mediante inserção de deveres e obrigações acessórios, ou produzindo a restrição de direitos subjetivos, ou ainda através da aplicação de método hermenêutico - integrativo, para interpretação da declaração de vontade, sempre com vistas a ajustar a relação jurídica à função econômica - social determinável no caso concreto. Em outras palavras, conferem-se efeitos jurídicos à justa e razoável expectativa de produção dos resultados práticos que normalmente adviriam do negócio (o fim típico), tomadas as circunstâncias especiais de cada caso concreto, ainda que o rigor formal da lei ou a interpretação literal do contrato estabeleça a produção de efeitos diversos. Cuida-se de prestigiar a confiança do contratante na lealdade sugerida pelos costumes e, por isso mesmo, tornada exigível da contraparte.* (CRUZ E TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Teoria geral da boa-fé objetiva. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 101).

⁴⁹⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatski, 1976, pág. 40/41: *A, comerciante, convencionou com B a fabricação e a colocação de um anúncio luminoso para efeitos de propaganda. B fabrica o anúncio, conforme o convencionado, mas, ao invés de colocá-lo em local de intenso tráfego, instala-o em lugar pouco freqüentado, de sorte que o anúncio nenhum reflexo teria na venda de produtos. Em tal hipótese, A não poderá considerar o adimplemento como satisfatório, apesar da convenção não determinar o local em que seria colocado o anúncio. B deveria levar em consideração que quem contratara era comerciante e, por conseguinte, o anúncio só poderia ter interesse se situado em lugar adequado a sua finalidade.*

⁴⁹¹ CCB, Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Aliás, há que se observar que a interpretação se faz não em proveito do credor ou do devedor, ou do hipossuficiente, mas sim de acordo com a função social do contrato e das finalidades que a boa-fé indica para o caso concreto. É que a boa-fé é uma via de mão dupla, exigindo que a interpretação se faça de modo a garantir a prevalência dos interesses daquele que agiu com honestidade e lealdade e que se apresente com menor custo social no caso concreto. De fato:

O princípio protege o equilíbrio contratual, restabelecendo a função econômica do negócio jurídico, tal como se imagine que tenha sido razoavelmente concebido pelas partes (dentro dos padrões socioeconômicos de normalidade que envolvem o caso concreto). Isso não significa dizer que o princípio atua sempre em proveito de um ou outro dos contratantes, carregando-lhe todos os ônus acessórios, tais como a criação de deveres e obrigações inicialmente imprevisos, ou a extraordinária limitação ao exercício de seus direitos subjetivos legítimos.⁴⁹²

Demais disso, os devedores acessórios e laterais da boa-fé, que conduzem à noção de *exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa*⁴⁹³, projetam seus deveres para além do negócio jurídico, pois *a exigência de comportamento coerente com a boa-fé objetiva deve estar presente, também, nas hipóteses em que o contrato já se encontre terminado, pelo eventual cumprimento das obrigações dele resultantes*⁴⁹⁴, fazendo surgir a responsabilidade *post factum finitum*. Não havendo mais contrato, se entende que pela responsabilidade contratual (CCB, art. 187), as partes continuariam vinculadas a não provocar danos entre si ou a não adotar posturas que possam frustrar o objetivo ou a utilidade das

⁴⁹² CRUZ E TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Teoria geral da boa-fé objetiva. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 109.

⁴⁹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 59-60.

⁴⁹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato – Estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 84.

prestações oriundas a anterior relação contratual⁴⁹⁵, conforme reconhecido judicialmente nos conhecidos casos da redução abrupta de preços pela indústria, sem aviso aos representantes autorizados⁴⁹⁶, ou do apartamento com vista para área verde⁴⁹⁷.

Na lição abalizada de Álvaro Villaça Azevedo:

Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contrato; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa. Após a extinção do contrato, existem, também, deveres, que devem ser respeitados pelos contratantes, por exemplo, o dever de não divulgar informações sigilosas de que tomem conhecimento, segredos profissionais, de fabricação de produtos, fórmulas secretas e que devam manter-se sob reserva. Qualquer divulgação desses e de outros fatos, por um dos contratantes, pode causar sérios prejuízos ao outro.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 120.

⁴⁹⁶ Relato por BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, pág. 118: *Contubel Matérias de Construção Ltda., ora massa falida, propôs ação de reparação de danos materiais e morais, pelo rito ordinário, contra Tubos e Conexões Tigre Ltda., sob alegação de que atua há mais de uma década como revendedora de produtos da ré; que sempre manteve estoque elevado de tais mercadorias, que, certa feita, sem aviso preliminar, a ré baixou dramaticamente seus preços, em algumas oportunidades sucessivas, causando à autora prejuízos, mormente porque seus estoques haviam sido adquiridos pelo preço anterior, mais alto; que tentou obter compensações pelas perdas, mas não obteve; e que sofreu prejuízos de monta, que devem ser indenizados. Como a autora-embargante havia feito vultosas compras às vésperas do primeiro aumento estava com estoque cheio e encontrou naturais dificuldades em se desfazer dele. A existência de prejuízo é evidente. As relações econômicas e jurídicas entre as partes eram antigas e não podiam ser alteradas unilateral e abruptamente em ponto tão sensível, como é o preço, de forma a atingir tão gravemente a atividade da revendedora.. A alteração abrupta do preço não se deu por fato de terceiro, estranho às partes, à revelia da ré. Tudo se passou em função do seu exclusivo interesse. Embora esse interesse seja compreensível e saudável, não pode ser imposto ao seu contratante sem atenuações.*

⁴⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 412.602/SP, Rel.: Min. Ari Pargendler, 3.^a Turma, DJU de 16/06/03, pág 334: *Civil. Compra e venda. Propaganda. Propaganda de que quem residisse no apartamento teria vista permanente para áreas verdes; alteração posterior do entorno provocada pelo vendedor, que nele construiu outro edifício, com prejuízo a paisagem que antes se descortinava das janelas da unidade imobiliária. Recurso especial não conhecido.*

⁴⁹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato, boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis). *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, nº 308, junho/2003, p. 12.

Mas não só prestações positivas – integradoras – impõem a cláusula geral de boa-fé. Também pode impor deveres negativos, pois da boa fé nascem, mesmo na ausência de regra legal ou previsão contratual específica, os deveres, anexos, laterais ou instrumentais de consideração com o alter, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte⁴⁹⁹.

Esse dever de lealdade, proteção e cuidado para contra parte exige que o contratante se abstenha de praticar ações ou omissões que possa frustrar as expectativas legitimamente sustentadas na relação jurídica obrigacional, surgindo a boa-fé não só como criadora de deveres, mas também como limitadora do exercício de direitos (abuso de direito, na forma prevista no art. 187 do CCB). A legislação prístina garantia ao titular de um direito a faculdade de exercê-lo irrestritamente, conforme assim determinasse a vontade do agente. A boa fé vem limitar o exercício dos direitos, pois ato que manifestamente exceder os limites ditados pela boa fé é ilícito e, como tal, autoriza o direito de reparação de danos.

Neste passo, tradicional é o entendimento de que *nemo potest venire contra factum proprium*⁵⁰⁰. a cláusula geral de boa fé proíbe o *venire contra factum proprium*. A proibição de *venire contra factum proprium* (ou a teoria dos atos próprios) se funda na proteção de uma parte contra outra que pretenda exercer uma posição na relação jurídica oposta ao comportamento já assumido. Após ter criado uma expectativa, frente à conduta seguramente indicativa que determinado comportamento previsível e futuro ocorreria, uma parte frustra a expectativa e fere

⁴⁹⁹ COSTA, Judith Martins. O Direito privado como um “sistema em Construção” - As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n° 753, p. 24-48, jul/1998, p. 24-48. Nesse sentido, SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Bushatysky: São Paulo, 1976, p. 37, é enfático: “A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurisdicizada. E, conclui: Há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa fé e da proteção jurídica de interesses.

⁵⁰⁰ Em tradução livre pelo autor: ninguém pode postular em Juízo contra o fato próprio.

os princípios de lealdade e confiança, havendo assim a ruptura da boa fé em razão da surpresa e do prejuízo causado à contraparte.⁵⁰¹ É a existência de dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo, sendo o primeiro o *factum proprium* que é depois contrariado pelo segundo⁵⁰². Ou, de outra maneira, o que se quer evitar com a proibição do *venire contra factum proprium* é que a parte da relação jurídica contratual adote mais de um padrão de conduta, segundo as vantagens que cada situação possa lhe oferecer. Não se pode admitir que, em um momento, a parte aja de determinada forma e, no seguinte, de forma totalmente diversa, apenas porque, neste segundo momento, não lhe é conveniente adotar a mesma postura que adotou anteriormente⁵⁰³. Exemplo clássico é o da relação continuada, onde, depois de realizados inúmeros pagamentos sem oposição do credor, este alega que há diferenças a pagar⁵⁰⁴.

Tradicional, também, é o entendimento de que a cláusula de boa-fé impede o exercício do direito potestativo de resolução (CCB, art. 475) quando houve

⁵⁰¹ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. A boa-fé no direito o princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. Síntese Trabalhista, Porto Alegre: Síntese, n° 130, p. 131-145, jan, 1998, p. 131.

⁵⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n°. 141.879-SP, 4ª T. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. 17.03.98: *Município. Loteamento. Boa-fé. Atos próprios. Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei no. 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento. Recurso não conhecido.*

⁵⁰³ BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, n° 68, Dezembro/2002, pág. 116.

⁵⁰⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível n. ° 00.71.00.041666-0/RS, Rel. Valdemar Capeletti, 4.ª Turma, Julgado em 18/06/03: *Civil. SFH. Aplicabilidade do CDC. Ofensa ao princípio da boa-fé. Existência de saldo residual: prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ônus da ré: art. 333, II, CPC. 1. Aplicabilidade do CDC aos contratos de mutuo hipotecário. Precedente da corte superior. 2. Não há dúvidas de que, tendo os mutuários efetuado o pagamento de todos os e cargos mensais, sem que houvesse qualquer insurgência da credora quanto aos respectivos valores, criou-se uma expectativa no sentido de que, após o pagamento do último encargo, restaria adimplida a obrigação. O fato de, após isso, a CEF exigir pagamento de saldo residual, ofende o princípio da boa-fé. 3. Ademais, a CEF não comprova a existência de saldo residual em seu favor (art. 333, II, CPC), ao contrário dos demandantes que trazem prova do fato constitutivo do seu direito (art. 333,II, CPC).*

adimplemento substancial do contrato⁵⁰⁵. Age com dolo quem pede o que deve ser restituído (*dolo agit quit petit quod statim redduturus est*): é uma forma de exercício abusivo de direito, com o interesse de molestar a parte contrária⁵⁰⁶. É a teoria do adimplemento substancial⁵⁰⁷, havendo-se como cumprido o contrato quando parte substancial dele tenha sido cumprido, de maneira que o *bônus partes familiae* não vê interesse legítimo na resolução do negócio, senão no cumprimento integral das obrigações contratuais⁵⁰⁸. O mesmo raciocínio se aplica aos vícios redibitórios, onde ínfimos ou pequenos defeitos não autorizam o exercício da ação redibitória⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível - Ordinário - N. 2001.008723-5/0000-00 - Miranda. 2ª Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, j. em 22/11/2002: *Apelação cível - ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse e indenização - contrato de cessão de posse - cessionários adimplentes com a obrigação - restante da matéria prejudicada - sentença reformada - recurso provido. Revelando os autos que os adquirentes da posse estão adimplentes com a obrigação contratada, ou pelo menos adimpliram-na substancialmente, julga-se improcedente a ação em que os cedentes visam à rescisão do contrato para reintegrarem-se na posse e receberem indenização, invertendo-se os ônus da sucumbência.*

⁵⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 272.739/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJU de 02.01.01, p. 299: *Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido de liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.*

⁵⁰⁷ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 111/112: *A substantial performance, ensina Couto e Silva, constitui o “adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização”, suposta, naturalmente, a execução. Isto significa dizer que o essencial da prestação foi cumprido, sendo substancialmente satisfeito o interesse do credor que, ao pedir a resolução em virtude de incumprimento que não interfere no proveito que tira da prestação, não exerce interesse considerado digno de tutela jurídica para o drástico efeito resolutório.*

⁵⁰⁸ PARANÁ. Tribunal de Alçada. Apelação Cível nº 0229315-2, Ac. n. 21799, da Quarta Câmara, RI. Juiz Valter Rssel, j., em 10.11.2004, DJPR n. 6754: *Apelação cível. Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. Extinção por impossibilidade jurídica do pedido e ausência de interesse de agir. Pagamento antecipado do vrg. Desnaturação do contrato. Ausência de esbulho. Inocorrência. nova orientação do STJ. Adimplemento substancial. Resolução contratual descabida. Fundamento da sentença neste ponto não atacado. Recurso provido na questão da desnaturação do contrato. Sentença mantida na questão da ausência de interesse de agir ante a não insurgência da apelante. Recurso parcialmente provido. 1. Com o julgamento do EREsp 213.828-RS pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 07.05.2003, firmou-se o entendimento de que a cobrança antecipada do VRG não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil para compra e venda a prazo. 2. O adimplemento substancial do contrato constitui o adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes e os princípios da eticidade (boa-fé), da socialidade (função social), da operabilidade (concretude) e da dignidade humana (CF, 1º, III e 170) não convém que se rompa o vínculo contratual, mas que se exija a sua satisfação integral, com a cobrança das prestações pendentes e ou de indenização correspondente, de sorte a manter o contrato em sua razão de ser,*

No mesmo diapasão, a lealdade imposta pela boa-fé proíbe residir em juízo pelo mero espírito de emulação: o *inciviliter agere*. Adalberto Pasqualoto, explica:

Aqui trata-se de promover uma ação judicial manifestamente iníqua. O Autor age egoisticamente em defesa de seu interesse, em flagrante desconsideração pessoal com o oponente. Withacker cita, como exemplo, a pretensão indenizatória sobre o valor total de um contrato em que houve desistência três horas após a sua celebração, antes de qualquer disposição do objeto. Deve ser levada em consideração uma falta de equidade subjetiva, isto é, uma valorização desproporcional dos próprios interesses. Aplica-se de modo excepcional o *inciviliter agere* nos casos de absoluta desconsideração com a dignidade humana, como no repetido exemplo do palhaço que é obrigado a cumprir a sua função, apesar da notícia da morte de seu filho...⁵¹⁰

E, ainda, impede que quem viole uma norma jurídica possa desfrutar da situação favorável que a norma violada lhe outorgaria, pois ninguém pode adquirir um direito de má-fé (vide a aplicação da regra no art. 129 do CCB⁵¹¹), ou no caso de o arrendatário iniciar plantio que sabidamente não possa ser colhido antes do término do prazo contratual, sem aquiescência do proprietário.

Como se vê, a noção de adimplemento, na sua acepção quantitativa e qualitativa, é

como veículo de circulação de riquezas e de satisfação de necessidades e desejos humanos. Como a sentença, neste ponto, não foi atacada, deve ser mantida a extinção do processo por falta de interesse de agir.

⁵⁰⁹ PARANÁ. Tribunal de Alçada. ApelaçãoCível nº. 0126397-0. Ac. n. 10.788, da quarta Câmara, Rel. Juiz Albino Jacomel Guerios, j. em 24.02.99, DJPR n. 5434: *Ação de anulação de duplicata e declaratória de inexistência de dívida. Serviços mal executados. Defeitos no veículo consertado de pouca significação diante do conjunto dos serviços prestados. Adimplemento substancial. Possibilidade apenas do exercício dos direitos e pretensões do artigo 20, I e II, do Código de Defesa do Consumidor. Persistência da dívida. Recurso desprovido. - Nos contratos de consumo, tanto o consumidor como o fornecedor devem atuar de acordo com a boa fé objetiva (artigo 4º, III, do CDC). O artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor confere ao consumidor direitos e pretensões de três espécies, entre eles o da resolução do contrato quando o serviço for mal executado. No entanto, o exercício do direito de resolução, com a recuperação do preço pago, para que não haja abuso de direito, somente será possível se o defeito for significativo. Não sendo essa a hipótese dos autos, persiste a dívida e, assim, improcedem os pedidos principais, de declaração da inexistência da dívida e anulação da duplicata, e cautelar. Recurso desprovido.*

⁵¹⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 35.

⁵¹¹ CCB, Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

...centrada na noção de adimplemento como atuação concreta do programa obrigacional, tem presente a *concretude das circunstâncias nas quais se desenvolve a relação*. A análise interna considera o fenômeno obrigacional em sua *totalidade concreta*, isto é, como aquela composta por um dinâmico “todo” de direitos, deveres, faculdades, ônus, expectativas legítimas, etc., finalisticamente interligados ou coligados.⁵¹²

Em resumo, para correta definição qualitativa e quantitativa do objeto da prestação, necessário é que as partes atuem de forma honesta, proba e correta, durante todo o *iter* obrigacional, incidindo o princípio da boa-fé por inteiro, estabelecendo deveres ativos e omissivos, com vistas ao correto adimplemento da obrigação e satisfação integral dos interesses envolvidos.

6 A crise na relação jurídica obrigacional: diferenças entre exigibilidade e responsabilidade contratual

6.1 Exigibilidade

Não se devem confundir vencimento com exigibilidade, nem tampouco os dois com responsabilidade.

Não obstante a exigibilidade surja com o vencimento, este está ligado à idéia do termo (evento futuro e certo, designado pelas partes ou pela lei, para que as obrigações se cumpram e, com isso, sejam extintas) ou de condição (evento futuro e incerto, designado pelas partes, para que as obrigações se cumpram ou cessem, extinguindo-se). Uma vez vencido o prazo (espaço de tempo que separa a contratação até o termo ou o advento da condição), chega-se ao termo final,

⁵¹² MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 9.

produzindo-se o vencimento da obrigação. Após o vencimento, e por efeito dele, produz-se a exigibilidade:

Efeito do vencimento é a exigibilidade (isto é, a possibilidade de exigir a prestação), exercitando, então, o credor, a sua pretensão ao adimplemento, que é, por sua vez, efeito do seu direito de crédito. Assim, nas obrigações a termo, enquanto não verificado este, ocorre, normalmente, a inexigibilidade, o que se justifica não por razões estruturais, mas de valoração funcional: a lei exercita uma valoração teleológica acerca desta particular forma de inexigibilidade justificada pela legítima expectativa do devedor em adimplir o seu débito apenas no momento que foi preestabelecido. A inexigibilidade justificada pela legítima expectativa do devedor em adimplir o seu débito apenas no momento que foi preestabelecido. A inexigibilidade se funda, pois, na confiança legítima.⁵¹³

A responsabilidade, por sua vez, se traduz na sanção ou punição prevista pelo ordenamento jurídico para o devedor remisso, consistindo na atribuição ao mesmo da responsabilidade pela composição pelos danos decorrentes da inexecução de suas obrigações. Para Fernando Pessoa Jorge, o dever de prestar (exigibilidade) não se confunde com o dever de indenizar:

Em primeiro lugar, os seus objectos são obviamente diferentes, não sendo curial dizer-se que a indemnização constitua sucedâneo ou substitutivo da prestação ou o resultado da transformação desta; na verdade, a indemnização não corresponde ao valor da prestação, pois mede-se pelos prejuízos efectivos, que podem ser muito inferiores ou muito superiores àquela (art. 562.º e segs do Cód. Civ.). A diferença torna-se mais nítida se considerarmos a inexecução temporária, em que a indemnização é apenas moratória: neste caso, o dever de prestar subsiste na sua configuração objectiva inicial e a Lee acresce o dever de indenizar.⁵¹⁴

A exigibilidade é efeito do vencimento. Vencida a dívida posso exigir o pagamento, sem incidir em abuso de direito, inclusive judicialmente, sem nenhum outro requisito senão a própria existência do débito e o seu vencimento. A responsabilidade, por sua vez, é efeito da inexecução imputável ao devedor, não

⁵¹³ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 584.

⁵¹⁴ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 45.

bastando o vencimento, uma vez que, para que se possa condenar o devedor ao pagamento das perdas e danos, além do vencimento e da inexecução, outros requisitos são necessários (nexo de imputação,nexo de causalidade e a existência de danos, conforme se verá adiante). Tanto assim é que, em muitos casos, o prazo vence, a prestação se torna judicialmente exigível, mas não há responsabilidade do devedor pelas perdas e danos resultantes do não cumprimento no prazo, conforme se tratará adiante.

Melhor dizendo, uma vez devida a prestação e vencido o prazo previsto pela lei ou pelas partes, surge para o credor a possibilidade de exercer judicialmente a pretensão (exigibilidade) de ver concretizado, no mundo dos fatos, a prestação pessoal devida pelo devedor (*idem*), isto é, o cumprimento específico da prestação devida. Eventualmente, surgirá também a responsabilidade (se presentes os requisitos legais), por compor as perdas e danos resultantes da demora (mora) ou substitutivas da própria prestação devida (inadimplemento) ⁵¹⁵ ou, ainda, se assim lho autorizarem as circunstâncias ou o contrato, buscar a resolução do negócio jurídico (CCB, art. 475).

Obviamente, então, interessante é investigar mais a fundo as hipóteses de exigibilidade e, também, as hipóteses de responsabilidade.

6.1.1 Condição

⁵¹⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral*. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 387, se refere a danos compensatórios (resultantes do inadimplemento absoluto, e como tais, substitutivos da prestação principal) e moratório (resultantes da mora).

Considera-se condição a cláusula, que derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto, na forma definida no art. 121 do Código Civil, defluindo, do próprio texto legal, que:

Os requisitos ou elementos para que haja condição na acepção técnica são: a voluntariedade, a futuridade e a incerteza. É necessário, portanto: a) que a cláusula seja voluntária; b) que o acontecimento a que se subordina a eficácia ou a resolução do ato jurídico seja futuro; c) que também seja incerto.⁵¹⁶

De fato, o fato condicionante tem que ser futuro. Se já tiver ocorrido e estiver ocorrendo, mesmo que ignorado pelas partes, não constituirá condição, pois não nada ficará em suspenso. Além disso, o acontecimento futuro tem que ser incerto, ou seja, pode-se verificar ou não. Se existe certeza – mesmo que desconhecida das partes⁵¹⁷ - que vai acontecer não é condição, mas termo (por exemplo, quando morrer).

A cláusula condicional, pode ser aplicada a quase todos os atos jurídicos, quer gratuitos, quer onerosos, quer entre vivos, quer *causa mortis*, mas há alguns direitos que não comportam condição, como: direitos de família puros, como a adoção, o reconhecimento de paternidade, o casamento; alguns direitos patrimoniais, como a renúncia há herança, ou a aceitação testamentária.

Em geral são lícitas todas as condições que a lei não veda expressamente (CCB, art. 122), mas existem algumas condições que mesmo não vedadas, são ilícitas, por contrariarem a lei, a moral ou aos bons costumes, como a condição de

⁵¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 183.

⁵¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 184: *A incerteza não deve existir somente na mente da pessoa, mas na realidade. Há de ser, portanto, objetiva. Deve ser incerteza para todos e não apenas para o declarante. Se o acontecimento fosse certo, ainda que tal certeza não fosse conhecida das partes, teríamos uma condição necessária, que só em sentido impróprio pode dizer-se condição.*

não casar⁵¹⁸, de não ter filhos, ou, então, por submeterem a eficácia do negócio ao arbítrio de uma das partes (condição leonina ou potestativa⁵¹⁹). São consideradas inexistentes as condições fisicamente impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer impossível (CCB, art. 124) e invalidam o negócio jurídico, as condições fisicamente impossíveis, quando suspensiva, as condições ilícitas, e as incompreensíveis ou contraditórias (CCB, art. 123).

A condição será suspensiva (CCB, art. 125) se os efeitos do negócio jurídico somente se produzirem com o advento da condição, isto é, somente após o advento da condição é que surgirá a exigibilidade (doação de uma jóia de chover amanhã; se A jogar, ou se B for campeão de tal torneio⁵²⁰); será resolutiva (CCB, art. 127) se subordinar a ineficácia do negócio jurídico a um evento futuro e incerto. Ou seja, o negócio jurídico produz todos os seus efeitos, desde a data da contração, e, se verificada a condição, para todos os efeitos, cessam a produção dos efeitos do negócio jurídico, na forma prevista no art. 128 do Código Civil.

⁵¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 184: *É ilícita, por exemplo, a cláusula que obriga alguém a mudar religião, por contrariar a liberdade de credo assegurada na Constituição Federal, bem como a de alguém se entregar à prostituição... Em geral, as cláusulas que afetam a liberdade das pessoas só são consideradas ilícitas quando absolutas, como a que proíbe o casamento ou exige a conservação do estado de viuvez. Sendo relativas, como a de se casar ou de não se casar com determinada pessoa, não se reputam proibidas.*

⁵¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 185;186: *Potestativas são as que decorrem da vontade de uma das partes, dividindo-se em puramente potestativas e simplesmente potestativas. Somente as primeiras são consideradas ilícitas pelo art. 122 do Código Civil, que as inclui entre as condições defesas pro sujectum todo o efeito do ato “ao puro arbítrio de uma das partes”, sem a influencia de vezes sob a forma de “se eu quiser”, “se eu levantar o braço” e outras, que dependem de mero capricho. As simplesmente (ou meramente) potestativas são admitidas por dependerem não só da manifestação de vontade de uma das partes, como também de algum acontecimento ou circunstancia exterior que escapa ao seu controle. Pro exemplo: “dar-te-ei tal bem se fores a Roma”. Tal viagem não depende somente da vontade mas também da obtenção de tempo e dinheiro. Tem-se entendido que a cláusula “pagarei quando puder” ou “quando possível” não constitui arbítrio condenável.*

⁵²⁰ Interessante é o seguinte exemplo prático: No circuito dos produtores de animais de alta linhagem, pagam-se verdadeiras fortunas por animais com determinadas características genéticas, com vistas à futura comercialização do material genético dos animais (sêmen e embriões). Não é só: quanto melhores os resultados desse material genético, maior valor se agrega ao mesmo e maior é o lucro do proprietário do animal. Melhor explicando: Se os produtos desse material genético (touro, garanhões, etc...), forem campeões, fizerem sucesso, maior será o valor do material genético que os gerou. Assim, o proprietário de determinado garanhão, promete aos adquirentes do material genético que, se o produto (potro) nascido desse material genético for campeão em algumas das categorias de determinado concurso (“Potro do futuro do ano tal”), pagará ao proprietário do vencedor o valor de US\$ 30.000,00.

Mas não basta que se verifique, no mundo dos fatos, o fato condicionante, para que a prestação condicional se torne exigível, nos termos do art. 332⁵²¹ do Código Civil, necessário é que o credor prove de que deste fato – advento da condição – teve ciência o devedor. Só provando que o devedor tomou conhecimento do implemento da condição, é que o credor terá direito à imediata execução da prestação.

Daí que o credor deverá providenciar a interpelação do devedor (CCB, art. 397, parágrafo único), concedendo-lhe um prazo razoável para cumprimento da obrigação (CCB, art. 134), eis que não seria lógico que o devedor que não sabe sequer se deve pudesse receber tratamento pior que aquele devedor que sabe que deve, mas apenas não sabe quando deverá pagar (no caso de obrigação sem prazo). É, portanto, caso de mora *ex persona*, não de mora *ex re*⁵²².

6.1.2 Termo

O termo ou prazo é a cláusula que submete o efeito do ato jurídico a um evento futuro e certo. Prazo é o espaço de tempo decorrido até o termo, que é a data em que a eficácia do negócio jurídico inicia ou se extingue. Assim, todo prazo tem um termo.

⁵²¹ CCB, Art. 332. As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor.

⁵²² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 625: *Embora, com o implemento da condição, a exigibilidade da prestação seja imediata, a mora não é ex persona, como nas dívidas sujeitas a termo (CC, arts. 331 e 397, caput), mas ex re, dependendo de interpelação (CC, art. 397, par. ún.), mormente porque é do credor o ônus de provar que o devedor teve ciência da realização do evento futuro e incerto ao qual a produção dos efeitos do negócio jurídico ficara subordinada. É evidente, no texto, a confusão entre os conceitos de mora ex persona e mora ex re.*

O termo ou prazo de aplica a quase todos os atos ou negócios jurídicos, mas há alguns fatos humanos que repelem esse conceito, como: reconhecimento de filhos, a adoção, instituição de herdeiros, etc...

O termo pode ser classificado quanto à produção dos efeitos, em: a) inicial ou suspensivo (*dies a quo*), quando fixa o momento em que a eficácia do ato deve iniciar-se, retardando o exercício do direito (CCB, art. 131); b) final ou resolutivo (*dies ad quem*), quando subordina a data da cessação dos efeitos do ato negocial.

Também pode ser classificado o termo, no respeitante ao momento temporal de sua ocorrência, em: a) certo, quando se estabelece uma data no calendário, então quando se fixa certo lapso de tempo (dia tal, daqui a trinta dias, etc...), ou se refere a evento que irá ocorrer em data certa (no dia que fulano atingir a maioridade); e, b) incerto, quando se refere a acontecimento futuro, que ocorrerá em data indeterminada (a partir da morte do proprietário⁵²³, ou no termino da prestação de serviços, etc...) ⁵²⁴.

Segundo o § 3º, do art. 132 do Código Civil, *os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência*. Assim, os prazos em anos contam-se de ano a ano, vencendo-se o prazo no dia correspondente ao do ano de início. Se, porém, não houver esse dia, prorroga-se para o primeiro dia seguinte (caso específico do mês de fevereiro, que pode ter 28 ou 29 dias). Da mesma forma, os prazos em meses contam-se mês a

⁵²³ A morte é sempre certa, o que é incerto é a data. Mas pode ser condição: se A morrer antes de B: a incerteza está se A morre antes de B.

⁵²⁴ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 331: *Na expressiva terminologia do ius commune, termo é dies certus an, isto é, momento que ocorrerá com toda a certeza, à diferença da condição, que é dies incertus an. O termo pode ser de tal natureza que se pode dizer, de antemão, quando se cumprirá (dies certus quando), como ocorre quando se fixa um dia no calendário (data), ou pode deixar uma margem de insegurança a esse respeito (dies incertus quando), como o dia do início da safra de soja em determinada localidade, ou quando o devedor obriga-se a cumprir quando sua situação financeira melhorar, pelo recebimento de um prometido aumento salarial, ou quando alguém obriga-se a dar algo a ser fabricado ou confeccionado “quando estiver pronto”.*

mês, vencendo-se o prazo no dia correspondente ao do mês de início, prorrogando-se para o primeiro dia seguinte, se não houver dia correspondente. É que nem todos os meses têm trinta dias, nem tampouco o prazo de trinta dias equivale há um mês, um mês, justamente em razão do fato de variar o número de dias entre os meses. No respeitante aos prazos em dias, o art. 132 do Código Civil estabelece que os prazos em dias contam-se dia a dia, sem computar o marco inicial, e computando-se, no prazo, o marco final (*dies a quo non computator in termino* e *dies ad quem computatur in termino*). Segundo Nelton dos Santos, o Código leva em conta, aqui, o princípio da utilidade dos prazos. Presume-se que o prazo é sempre estabelecido ou fixado em tempo suficiente para a prática do ato, de sorte que sua redução poderia dificultá-la ou mesmo impossibilitá-la.⁵²⁵ Importante não olvidar que, por força do § 1º, do mencionado art. 132 do Código Civil, se o dia do vencimento recair em dia feriado, prorrogar-se-á o prazo para o primeiro dia útil seguinte. Finalmente, segundo o art. 132, § 4º, do Código Civil, os prazos em horas ou em minutos, contam-se minuto a minuto, exclui-se da contagem o minuto inicial, e inclui-se na contagem o minuto final, por analogia com a contagem do prazo em dias.

A determinação do tempo do pagamento apresenta capital importância na seara obrigacional, pois que da sua determinação resulta conseqüências de inestimável valor para as partes, até porque o credor não pode exigir⁵²⁶ antes de vencido o prazo (sob pena de ficar obrigado a esperar o tempo que faltava para o

⁵²⁵ SANTOS, Nelton dos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004. p. 462.

⁵²⁶ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 324/325: *O crédito é um direito, ao qual corresponde, polarmente, o dever, ou dívida. Do crédito irradiam-se pretensões, na medida em que “o crédito atribui ao credor o direito à prestação e faz o devedor devê-la”*. A pretensão consiste em poder exigir a prestação, pretensão que, em regra, pode ser exercida com a tutela jurídica estatal, por meio de uma ação. Pretensão e ação constituem, pois, efeitos do crédito. ... Contudo, ao crédito nem sempre corresponde, imediatamente, a exigibilidade da pretensão. Esta existe desde o momento em que o titular do crédito pode exigir a prestação.

vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados e a pagar os juros em dobro: CCB, art. 939⁵²⁷), nem, em regra, pode ser obrigado a receber antes de vencido o termo. Neste passo, não é possível esquecer que os prazos presumem-se estabelecidos em favor do devedor, salvo se do teor do instrumento ou das circunstâncias resultar que foi estabelecido em favor do credor ou de ambos (CCB, art. 133). Assim, o devedor pode antecipar o pagamento e o credor não pode impedi-lo, salvo se for caso de o prazo ser também estabelecido em favor do credor⁵²⁸. É de se registrar que, em se tratando de financiamento, submetido à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, o consumidor tem o direito de antecipar os pagamentos, com direito ao abatimento dos juros respectivos⁵²⁹. Igual direito tem o devedor cédulas hipotecárias⁵³⁰.

O credor não pode exigir o pagamento no último dia de prazo, pois o devedor dispõe desse dia inteiro para realizar o pagamento, até à última hora destinada ao expediente e trabalho no comércio (se for banco, na hora usual do banco). Caio Mario da Silva Pereira⁵³¹, lembrando que o art. 358 do Código Civil alemão manda

⁵²⁷ CCB, Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

⁵²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 190: *Nos contratos, presume-se em proveito do devedor. Desse modo, pode o devedor renunciar ao prazo a antecipar o pagamento da dívida, para livrar-se, por exemplo, de um índice de atualização monetária que estaria vigorando na data do seu vencimento, sem que o credor possa impedi-lo. No entanto, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que o prazo se estabeleceu a benefício do credor ou de ambos só contratantes (art. 133, segundo parte), tal renúncia não poderá ocorrer sem a anuência deste, salvo se a avença for regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Permite este, sem distinção, a liquidação antecipada do débito, com redução proporcional dos juros (art. 52, § 2º).*

⁵²⁹ CDC, Art. 52, § 2º. É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

⁵³⁰ BRASIL. Decreto-lei n.º 70, de 21.11.1966, Art. 20: *É a cédula hipotecária resgatável antecipadamente, desde que o devedor efetue o pagamento correspondente ao seu valor, corrigido monetariamente até a data da liquidação antecipada; se o credor recusar infundadamente o recebimento, poderá o devedor consignar judicialmente as importâncias devidas, cabendo ao juízo determinar a expedição de comunicação ao Registro Geral de Imóveis para o cancelamento da correspondente averbação ou da inscrição hipotecária, quando se trate de liquidação integral desta.*

⁵³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II, Teoria geral das obrigações. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 120 –121.

que se faça o pagamento nas horas habitualmente consagradas aos negócios. Os bancos, por exemplo, acrescenta, têm horário de expediente, e irreal seria que se estendesse o tempo do pagamento a período ulterior ao seu encerramento. No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa⁵³² menciona que não se prolonga o tempo do pagamento quando a sua efetivação depende de horário de atividade do comércio, horário bancário ou forense.

E, como o prazo se conta excluindo o dia de início e incluindo o dia do término, conforme antes visto, conclui-se que o termo final é, ainda, prazo. Logo, no dia do termo final, a prestação não é, ainda, vencida. Em regra, somente depois expirado ou vencido o termo, é que o credor poderá exigir o cumprimento da obrigação

Contudo, a regra tem exceções. É que o art. 333 do Código Civil, para defesa dos direitos do credor, admite a antecipação do vencimento, se se verificar qualquer uma das causas que enumera, pois considera que o prazo concedido ao devedor o foi em confiança, e realizando ele qualquer um dos atos enumerados no artigo mostra-se indigno da confiança, caso em que não pode subsistir o prazo, vencendo-se antecipadamente a obrigação. Entende-se válida a cláusula onde as partes estabeleçam outras hipóteses de vencimento antecipado, elasticendo o rol previsto em lei.

6.1.2.1 Obrigação com termo ou prazo

⁵³² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Obrigações. Teoria Geral*. São Paulo, Atlas, 1994, p. 197.

Nos termos previstos no *caput* do art. 397 do Código Civil, quando o devedor deixa de cumprir, isto é, não entra com a prestação a que se obrigou, obrigação positiva (de dar ou fazer, pois as negativas - não fazer - são reguladas por outros princípios – CCB, art. 398) e líquida⁵³³ (certa quanto a sua existência e determinada quanto ao seu objeto), no prazo ou termo previsto pelas partes, considerar-se-á, de pleno direito, constituído em mora. É que, havendo prazo estipulado para o pagamento, incide a regra do *dies interpellat pro homine*.

É a mora *ex re*, que se verifica independentemente de qualquer notificação ou interpelação⁵³⁴. Basta a ocorrência do termo, pois se o devedor já tem conhecimento do prazo fixado, para que interpelá-lo? Se o devedor já tem conhecimento prévio de quando a obrigação deverá ser cumprida, desnecessário é que o credor lhe avise quando quer receber, pois isso já consta do contrato. Como se vê, nas obrigações positivas e líquidas, presume-se a mora do devedor, pelo simples não pagamento da dívida, tendo ele que destruir essa presunção, mediante prova em contrário.

Carlos Roberto Gonçalves, arrola outras hipóteses de mora *ex re*:

...configura-se a mora *ex re* quando o devedor nela incorre sem necessidade de qualquer ação por parte do credor, o que sucede: a) quando a prestação deve realizar-se em um termo prefixado e se trata de dívida portátil. O devedor incorrerá em mora *ipso iure* desde o

⁵³³ Daí que não tem aplicação o dispositivo legal nos seguintes casos: a) quando não se sabe qual a coisa devida: antes da liquidação ou obrigação alternativa, antes da escolha; b) quando não é certa a quantidade devida, convindo notar que o pagamento parcial não torna ilíquida a obrigação, desde que possa ser fixada por simples operação aritmética; e, c) as obrigações de fazer são ilíquidas quando se resolvem em perdas e danos, mas não para postular a tutela específica. De que modo poderá o devedor de obrigação de fazer, então, ser constituído, de pleno direito, em mora? Vencido o termo, o devedor incide em mora do cumprimento específico da obrigação, mas as perdas e danos não podem ser exigidas antes de liquidadas as perdas e danos. Portanto, o fato de a obrigação se resolver em perdas e danos não tem relevância, porque isso ocorre posteriormente à mora, da qual é uma das consequências.

⁵³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 71.172-SP - 4ª T. - j. 18.11.1997 - rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 21.09.1998: *Comodato - Contrato a prazo certo de vigência - Obrigação que dispensa o comodante de promover a interpelação do comodatário para constituí-lo em mora - Inteligência do art. 960 do CC. Tratando-se de comodato com prazo certo de vigência, não é necessário que o comodante promova a interpelação do comodatário para a restituição do bem, uma vez que, por tratar-se de obrigação a termo, a não devolução do imóvel no prazo avençado é motivo suficiente para constituir o devedor em mora nos termos do art. 960 do CC.*

momento mesmo do vencimento: dies interpellat pro homine; b) nos débitos derivados de um ato ilícito extracontratual, a mora começa no mesmo momento mesmo instante nasce para a responsável o dever de restituir ou de reparar: fur semper moram facere videtur; c) quando o devedor houver declarado por escrito não pretender cumprir a prestação. Neste caso não será necessário nenhum requerimento, porque resultaria inútil interpelar quem, antecipadamente, declarou peremptoriamente não desejar cumprir a obrigação. Dá-se a mora ex persona em todos os demais casos. Será então necessária uma interpelação ou notificação por escrito para a constituição em mora.⁵³⁵

Essas outras hipóteses de mora *ex re* serão analisados com acuidade no item específico da constituição em mora, deixando-se de analisá-las neste momento, eis que o presente tópico se resume à análise das obrigações com termo.

6.1.2.2 Obrigação sem termo ou prazo

A ausência de prazo estipulado na obrigação obstaculiza a mora, pois a mora não tem início enquanto não prevenido o devedor de que o credor quer receber a prestação. Nestes casos, o credor deve agir para constituir o devedor em mora, realizando a interpelação ou notificação do devedor, nos termos previstos no parágrafo único, do art. 397, do Código Civil.

É a mora *ex persona*, eis que decorrente de um ato da pessoa. Isto é, desde que o credor faça chegar ao conhecimento do devedor, que a obrigação deve ser cumprida⁵³⁶. A Interpelação é um aviso, um convite, uma advertência ao devedor para que ele cumpra a obrigação. Também é utilizado o termo “notificação”, que pode ser realizada via judicial ou extrajudicial. Ela deve ser precisa, informando

⁵³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 361.

⁵³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 236454-MG, 4ª T, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 11.06.2001: *Reintegração de posse – Comodato – Prazo indeterminado – Notificação. Tratando-se de comodato por prazo indeterminado, para a restituição do bem é suficiente a notificação do comodatário, conforme, aliás, estabelecido em contrato. Empréstimo do imóvel; para uso temporário, a critério dos comodantes. Recurso especial não conhecido.*

quando (data e hora), onde e como a obrigação deve ser cumprida, além de outras circunstâncias eventualmente necessárias ao pagamento⁵³⁷. A eventual menção de valor superior ao devido, não anula ou vicia a notificação⁵³⁸. Havendo pluralidade de devedores, todos devem ser interpelados.⁵³⁹

De regra, não se exige forma especial para a interpelação ou notificação, podendo essa ser feita por qualquer forma (por carta com aviso de recebimento, pelo cartório de títulos e documentos e, até, via judicial), desde que o credor consiga provar documentalmente que o devedor recebeu o aviso. Há de se alertar que em alguns casos a lei exige forma específica (ou o contrato pode exigir) para a notificação ou interpelação. É o caso da alienação fiduciária, onde a constituição em mora deve ser realizada pelo cartório de títulos e documentos⁵⁴⁰ ou pelo protesto do título (Dec. Lei n. 911/69, art. 2º, § 2º). Há também essa exigência – notificação pelo Cartório de Títulos e documentos - para resolução do compromisso de compra e venda de imóveis loteados, razão da expressa disposição do art. 14, do Decreto-Lei nº 58/37⁵⁴¹, combinado com o art. 32, da Lei nº 6.766/79⁵⁴². É necessária notificação judicial para: a) resolução do contrato, pela cláusula resolutória tácita (CCB, art.

⁵³⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 127.

⁵³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 132.17, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 11.10.1999: *o excesso na indicação do valor devido, na interpelação, não descaracteriza a sua finalidade de conclamar o devedor a cumprir a obrigação, sendo a este facultado valer-se dos instrumentos hábeis, como a consignação em pagamento*.

⁵³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XXIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, § 2.803, p. 151; MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 290.

⁵⁴⁰ Não é necessário constar o valor atualizado da dívida: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 194.532/ES, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma. DJU de 02.12.2002, pág. 304: *Arrendamento mercantil. Mora. A notificação destinada à constituição da mora do devedor não precisa indicar o valor atualizado do débito. Recurso especial não conhecido*.

⁵⁴¹ BRASIL, Decreto-Lei nº 58/37, Art. 14. Vencida e não paga a prestação, considera-se o contrato rescindido 30 dias depois de constituído em mora o devedor.

⁵⁴² BRASIL, Lei n. 6.766/79, Art. 32. Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor.

474⁵⁴³); B) resolução do contrato de compra e venda com reserva de domínio, admitindo, neste caso, também, o protesto do título (CPC, art. 1071, CCB, Art. 525⁵⁴⁴); C) para constituir prazo ao donatário, na doação com encargo sem prazo (CCB, art. 562⁵⁴⁵).

Se há termo fixado, mas o dia não é certo (quando chegar o navio, quando José morrer, quando Joaquim completar tantos anos, etc...), há que se provar que o devedor tomou conhecimento que o termo incerto ocorreu, mediante notificação.

De qualquer forma, a citação no processo judicial torna prevento o Juízo, induz litispendência, e faz litigiosa a coisa, e ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição (CPC, art. 219), caso em que o devedor terá o prazo da contestação para purgar a mora.⁵⁴⁶ Neste respeitante, entretanto, há que se observar que a prévia constituição em mora, em alguns casos, constitui condição da ação (possibilidade jurídica do pedido), não sendo suprida pela citação inicial.⁵⁴⁷ Por exemplo, a simples mora no pagamento das parcelas do consórcio não autoriza ao consórcio ingressar com a ação de busca e apreensão (rescisão do contrato), para isso é necessário notificar

⁵⁴³ CCB, Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

⁵⁴⁴ CCB, Art. 525. O vendedor somente poderá executar a cláusula de reserva de domínio após constituir o comprador em mora, mediante protesto do título ou interpelação judicial.

⁵⁴⁵ CCB, Art. 562. A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida.

⁵⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 260: *Inúmeros julgados, no entanto, proclamam que a citação para a causa (na espécie, para a ação de cobrança) e a mais enérgica das interpretações, podendo o pagamento ser efetuado no prazo da contestação.*

⁵⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 130.012/DF, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 01.02.98: *A citação válida constitui em mora o devedor nos casos em que não haja expressa previsão legal no sentido de ser a 'interpelação premonitória' condição especial da ação, como acontece, verbi gratia, nos casos regidos pelo Decreto-Lei nº 745/69.*

previamente o devedor e assim também no compromisso de compra e venda de imóvel⁵⁴⁸.

Há quem entenda que as dívidas *querables*, mesmo positivas, líquidas e com termo definido, não induzem mora *ex re*, pois não se pode conceber que o devedor fique constituído em mora pela omissão do credor em receber⁵⁴⁹. Tal não é correto, uma vez que a falha do credor em ir receber (ou mandar alguém receber) em seu lugar não elimina presunção *juris tantum* de mora do devedor. Se não há culpa do devedor, poderá ele elidir a presunção com a prova de que o credor não veio receber (CCB, art. 396), escapando dos efeitos da mora.

6.1.2.3 Obrigações de trato sucessivo e obrigações continuadas

Obrigação momentânea ou instantânea é a que se consuma num só ato, em certo momento. Nela há uma completa exaustão da prestação logo no primeiro momento de seu adimplemento. Se o cumprimento se dá em um só ato, mas em momento futuro, diz-se diferida⁵⁵⁰. Fracionada, dividida ou repartida⁵⁵¹ é aquela cujo valor total é fracionado para pagamento em parcelas sucessivas, de modo que o

⁵⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 76: *A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor.*

⁵⁴⁹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. vol. XII. 12ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1985. p. 353-357.

⁵⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 178: *Quando ao momento em que devem ser cumpridas, as obrigações classificam-se em: a) de execução instantânea ou momentânea, que se consuma num ato, sendo cumprido imediatamente após sua constituição, como na compra e venda à vista; b) de execução diferida, cujo cumprimento deve ser realizada também em um só ato, mas em momento futuro (entrega, em determinada data posterior, do alienado, p. ex.); c) de execução continuada, periódica ou de trato sucessivo, que se cumpre por meio de atos reiterados, como sucede na prestação de serviços, na compra e venda a prazo ou em prestações periódicas etc.*

⁵⁵¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 645.

decurso do tempo não influi na determinação do montante, apenas na forma de seu cumprimento⁵⁵², isto é, a cada parcela cumprida, a dívida se torna quantitativamente menor, e com o pagamento da última, e por efeito da somatória de todas as parcelas cumpridas, extingue-se.

As obrigações de trato sucessivo ou periódicas, por sua vez são aquelas que se alongam no tempo e caracterizam-se pela reiteração de atos ou abstenções por parte do devedor, mas ocorre a extinção parcial do débito a cada parcela, mas sim a cada período de tempo a dívida se renova e se extingue com o pagamento, sem alteração do débito.⁵⁵³ Judith Martins Costa explica:

as obrigações duradouras são aquelas cujo desenvolvimento não se esgota em uma só prestação – imediatamente configurada e extinta tão logo nasce – mas que, pelo contrário, supõem um período de tempo mais ou menos largo, na medida em que o seu conteúdo implica uma conduta duradoura ou a realização de prestações periódicas. Por isto, nas obrigações duradouras, o adimplemento sempre se renova, sem que se manifeste alteração no débito, até o seu término, pelo alcance do termo ou pela denúncia.⁵⁵⁴

Em rápidos exemplos: Um contrato de compra e venda à vista, em que há a entrega da coisa e o concomitante pagamento do preço, é uma obrigação instantânea; Se o pagamento do preço foi alongado no tempo (para dali trinta dias), será uma obrigação instantânea diferida; se o pagamento foi aprazado em várias parcelas, será uma obrigação de periódica. Se entretanto, se se tratar de um contrato de seguro de saúde ou de locação, onde a cada mês se paga uma parcela,

⁵⁵² LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. I: Introdução. Da constituição das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 125-126: *Nas prestações fraccionadas está-se perante uma única obrigação cujo objeto é dividido em fracções, com vencimentos intervalados, pelo que há sempre uma definição prévia do seu montante global e o decurso do tempo não influi no conteúdo e extensão da prestação, mas apenas no seu modo de realização*.

⁵⁵³ COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 211.

⁵⁵⁴ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 175.

sem que essa parcela paga diminua o montante devido, eis que a cada parcela o débito se renova, trata-se de uma obrigação continuada ou duradoura.

Diferenciar essas obrigações se justifica por duas razões.

Em primeiro lugar, em se tratando de obrigações continuadas ou duradouras, as prestações já cumpridas não serão atingidas pelo descumprimento das demais prestações, de maneira que eventual *resilição* contratual não importará em retorno das partes ao *status quo ante*, mantendo-se hígidas as prestações contratuais adimplidas pelas partes⁵⁵⁵, uma vez que o adimplemento de cada parcela possui força extintiva em relação a cada uma das parcelas cumpridas⁵⁵⁶. De outro lado, em se tratando de obrigações instantâneas diferidas ou de trato sucessivo, a eventual inexecução das parcelas posteriores poderá implicar na *resolução* do contrato, com retorno das partes ao *status quo ante*, com o desfazimento das respectivas prestações das partes, uma vez que a força extintiva do pagamento das parcelas somente se dará com a soma das parcelas, e não individualmente.

Em segundo lugar, em razão da possibilidade de lei nova interferir nas relações contratuais. Neste caso, é de se lembrar que a lei nova não pode atingir (CF, art. 5º, XXXVI, c/c art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil– Decreto Lei nº

⁵⁵⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 647: *..quando a lei admite a resolução do contrato, esta produz, em princípio, efeito retroactivo; mas, <<nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efectuadas, excepto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas>>*

⁵⁵⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. I: Introdução. Da constituição das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 127-128: *Uma outra característica dos contratos de execução duradoura é um desvio ao regime da resolução dos contratos, documentado no art.434.º, n.º2. Efectivamente, se a resolução do contrato tem normalmente efeito retroactivo (art.434.º, n.º1), nos contratos de execução continuada ou periódica, pelo contrário, ela não abrange as prestações já executadas, a não ser que entre elas e a causa de resolução exista um vínculo que legitime a resolução de todas elas (art.434.º, n.º2). Tal explica-se por, conforme se referiu, nas prestações duradouras o recurso do tempo determinar o conteúdo da obrigação e não apenas o momento em que esta deve ser realizada. Por esse motivo, o tempo em que o contrato vigorou constituiu nas partes o direito às prestações recebidas, que não é afectado pela resolução do contrato. Por esse motivo, resolução nestes contratos só opera normalmente para o futuro, não tendo efeito retroactivo, a menos que a causa da resolução seja reportada às prestações já realizadas.*

4.657/42⁵⁵⁷): a) o ato jurídico perfeito⁵⁵⁸, isto é, o já consumado, segundo a norma vigente, ao tempo em que se efetuou, produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido. É o que já se tornou apto para produzir os seus efeitos, uma vez que se aperfeiçoou pela verificação de todos os seus elementos constitutivos. É ato consumado por não depender de nada para ter plena eficácia⁵⁵⁹;

b) o direito adquirido⁵⁶⁰, ou seja, aquele que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem lei nem fato posterior possa alterar tal situação jurídica, pois há direito concreto, ou seja, direito subjetivo e não direito potencial ou abstrato. É o que pode ser, por isso, exercido quando for conveniente para seu titular. A lei nova, portanto, não poderá prejudicá-lo, tão somente, pelo fato de não ter sido exercido antes.⁵⁶¹ Ou, ainda, é considerado direito adquirido aquele que poderia ter sido exercido antes do ingresso da lei nova no mundo jurídico, mas não o foi, de maneira que tal direito ingressou no patrimônio jurídico do agente, não podendo mais ser alterado pelo simples fato de não ter sido imediatamente exercido. É bom lembrar que não há direito adquirido a adquirir

⁵⁵⁷ LICC, Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

⁵⁵⁸ LICC, Art. 6º, § 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

⁵⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial – livro complementar Das disposições finais e transitórias (Arts. 2.028 a 2.046)*. v. 22, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

⁵⁶⁰ LICC, art. 6º, § 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

⁵⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial – livro complementar Das disposições finais e transitórias (Arts. 2.028 a 2.046)*. v. 22, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9/10. Mais adiante (fls, 11), elucida: Segundo Gabba, direito adquirido seria todo direito que é consequência de um fato idôneo para gerá-lo em razão de lei vigorante ao tempo em que tal fato teve lugar, muito embora a ocasião em que ele possa vir a atuar ou a valer ainda não se tenha apresentado antes da entrada em vigor de uma nova norma relativa ao mesmo assunto e que, nos termos da lei nova sob o império da qual o fato aconteceu, tenha ele (o direito originado do fato acontecido) entrado, imediatamente, a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu. Para Oscar Tenório acham-se no patrimônio os direitos que podem ser exercidos como, ainda, os dependentes de prazo ou condição preestabelecida. Para esse autor, portanto, para que se tenha direito adquirido será imprescindível a existência; a) de um fato, do qual ou em razão do qual advém o direito; b) de uma lei, que torne aquele fato apto a gerar o mencionado direito.

direito, razão porque as expectativas de direito (*spes juris*) ou o direito em potência (*in fieri*), não geram proteção contra eventuais novas regulamentações legais; c) a coisa julgada⁵⁶², *ou caso julgado, é uma qualidade dos efeitos do julgamento. É o fenômeno processual consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, posta ao abrigo de recursos, então, definitivamente preclusos, e dos efeitos por ela produzidos porque os consolida*⁵⁶³.

Maria Helena Diniz, sintetiza alguns critérios para aplicabilidade dos princípios da retroatividade e da irretroatividade dos conflitos de leis no tempo, entre eles:

É princípio fundamental de direito que as leis sejam aplicáveis a atos anteriores à sua promulgação, contanto que tais atos não tenham sido objeto de demandas, que não estejam sob o domínio da coisa julgada (RF, 6: 129), nem configurem ato jurídico perfeito ou direito adquirido... As leis interpretativas são retroativas (RF, 3:407, 4:74 e 5:38) por serem consideradas vigentes desde a promulgação da lei interpretada... Os direitos adquiridos devem ceder ao interesse da ordem pública (Revista de Direito, 97:465, 86:415 e 98:180; AJ, 1:4, 2:48, 3:112 e 419 e 8:481; RF, 8:501, 25:432 e 26:160 e 356); logo, as normas de ordem pública serão retroativas, desde que expressas e sem que haja desequilíbrio jurídico-social. O STF tem entendido que não há direito adquirido quando o intérprete se defronta com matéria de ordem pública (RE 86.924-RJ, j. em 13-11-79, rel. Min. Décio Miranda), nem contra a Constituição (STF, RE 93.290, rel. Min. Moreira Alves)... As normas constitucionais, políticas, administrativas, as processuais e de competência retroagem, alcançando os atos que estão sob seu domínio, ainda que iniciados sob o império da lei anterior... O princípio *tempus regit actum* faz com que os atos processuais realizados sob a vigência da lei anterior sejam válidos e que as normas processuais tenham aplicabilidade imediata, regendo o desenvolvimento restante do processo... A lei nova que modificar o caráter de um bem jurídico será aplicada. A nova lei sobre prazo aplica-se desde logo se o aumentar, embora deva ser computado o lapso temporal já decorrido na vigência da norma revogada. Se o encurtar, o novo prazo começará a correr por inteiro a partir da lei revogadora, salvo disposição transitória em sentido contrário. A lei antiga poderá, sob alguma condição, ser mantida se possibilitar que o prazo se escoe antes. Se o prazo prescricional já se ultimou, a nova lei que o alterar não o atingirá. Aos direitos reais aplicar-se-á quanto: ao seu conteúdo, a norma que lhe for atinente; à sua aquisição, a lei do tempo em que se verificou; ao gozo, uso, conservação, exercício e

⁵⁶² LICC, Art. 6º, § 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

⁵⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial – livro complementar Das disposições finais e transitórias (Arts. 2.028 a 2.046)*. v. 22, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16. E assim o é, pois (fls, 17): *A lei superveniente não poderá alcançar a coisa julgada, nem o órgão judicante poderá decidir novamente o que estiver decidido como forma imutável de sentença, a fim de que se resguarde a segurança das relações jurídicas. A auctoritas rei judicatae justifica-se no atendimento do interesse público de estabilidade jurídico-social, cedendo somente ao ataque de decisões anuláveis. Se se admitisse que a lei nova viesse a atingir o caso julgado, ter-se-ia a anarquia, lesão de direitos e o descrédito da justiça. Daí o célebre brocardo: res judicata pro veritate habetur. Assim, com a confirmação da decisão do juiz ou do tribunal, não sendo cabível qualquer recurso, será preciso que não mais se duvide do seu acerto, impedindo discussões do mérito da decisão, resguardando-se, assim, o prestígio da justiça.*

modo de execução e, ainda, defesa, a lei atual; aos seus efeitos, a nova norma; e à sua extinção, a norma imperante por ocasião da causa que a acarretou.⁵⁶⁴

Desta forma, nas obrigações instantâneas, o cumprimento imediato das prestações caracteriza ato jurídico perfeito, colocando o ato a salvo da influência de eventuais leis novas. Por igual, as obrigações instantâneas diferidas e de trato sucessivo, por dependerem apenas do tempo para exigibilidade, inalterável ao arbítrio das partes, também estão imunes à lei nova, eis que constituem direitos adquiridos. Tal raciocínio não se aplica às obrigações continuadas ou duradouras que, por se renovarem a cada período, se submetem à novel disciplina, não caracterizando nem ato jurídico perfeito, nem direito adquirido.

6.2 A responsabilidade contratual

Conforme a origem, a responsabilidade pode ser contratual (ou negocial) ou extracontratual (extranegocial). Aquela surge pelo descumprimento de uma obrigação pré-existente entre as partes (violação de *um direito de crédito*⁵⁶⁵), isto é de um contrato entre as partes que, descumprido, faz nascer a responsabilidade de indenizar⁵⁶⁶, com matriz legal no art. 389 (inadimplemento) e 394 (mora) do Código Civil; esta, surge da não observância da regra geral do *neminem laedere* (a ninguém lesar), isto é, de que a ninguém é lícito lesar os direitos alheios, com matriz legal no

⁵⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial – livro complementar Das disposições finais e transitórias* (Arts. 2.028 a 2.046). v. 22, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24/29.

⁵⁶⁵ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 98.

⁵⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 690.

art. 186 do Código Civil⁵⁶⁷, que é a regra geral, ou *concha hospedeira de todos os casos de responsabilidade que não são reconduzidos à responsabilidade negocial*.

568

O não cumprimento da obrigação (uma vez preenchidos os requisitos legais), além de gerar a exigibilidade da prestação, pode gerar uma outra obrigação: a de reparar integralmente o prejuízo (embora na responsabilidade extranegocial também surja a mesma responsabilidade de indenizar, têm ela regime jurídico distinto da responsabilidade negocial⁵⁶⁹). *Essa “obrigação sucessiva” diz respeito não mais ao objeto da obrigação originária, mas aos efetivos danos suportados pelo credor, em decorrência da inexecução. A indenização, portanto, pode ter valor diferente da*

⁵⁶⁷ Não há, de antemão, uma relação jurídica entre pessoas determinadas, que, violada, dá margem ao surgimento da responsabilidade do ofensor em face do ofendido.

⁵⁶⁸ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 100.

⁵⁶⁹ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 100-102, elenca as diferenças de regime jurídico entre as responsabilidades contratual e extracontratual: a) *capacidade de partes*. *Nascendo de infração a negócio jurídico, a responsabilização da parte que violou regra negocial supõe que tenha capacidade negocial, caso contrário o contrato será inválido (art. 104, I), salvo os casos em que se configura a responsabilidade no campo das chamadas “relações contratuais de fato” que, dogmaticamente, são qualificadas como atos-fatos. Já a responsabilidade extracontratual alcança os relativamente incapazes (art. 928); b) em matéria de prova: na responsabilidade chamada contratual, o fato do inadimplemento imputável (mora ou inadimplemento definitivo), havendo dano, conduz de per se à responsabilização. Será o devedor que terá de provar que a prestação não era devida, ou que o inadimplemento não decorreu de culpa sua (nos casos de responsabilidade subjetiva), ou, ainda, se houve culpa concorrente do credor ou de terceiro, ou, ainda, que o inadimplemento não era imputável, v. g., pela intercorrência de caso fortuito. Já na responsabilidade extracontratual, em regra é o autor da demanda (e, portanto, a vítima do dano) que deverá provar os fatos constitutivos de seu direito, seja a culpa do autor do dano, a ilicitude, o dano e o nexo causal, na responsabilidade subjetiva, seja o dano e o nexo causal nos casos de responsabilidade objetiva; c) o dies a quo para a fixação do ressarcimento: na responsabilidade contratual o marco temporal que fixa a indenização pode depender, em numerosas hipóteses, de prévia interpelação, notificação ou protesto. É preciso examinar se a prestação estava sujeita a termo, ou não, ou se é daquelas que, mesmo não sujeitas a termo, exigem prévia interpelação. Já nas obrigações decorrentes de ilícito extracontratual, a obrigação de reparar nasce no dia da prática do ato; d) a possibilidade de pré-fixação do dano. Nas obrigações decorrentes de contrato, é possível haver uma espécie de pré-fixação do dano, pela pactuação de cláusula penal, o que já se não verifica na responsabilidade extracontratual; e) a determinação do lugar onde deva ser apreciado o pedido indenizatório. Como regra, nas obrigações contratuais, o lugar a ser considerado é aquele em que o contrato deva ser cumprido; nas obrigações extracontratuais, o lugar a ser considerado é aquele onde ocorreu o ilícito.*

*prestação descumprida, pois não tem em mira tão-somente substituí-la, mas sim promover o ressarcimento dos prejuízos experimentados pelo credor.*⁵⁷⁰

Assim, reiteramos que a responsabilidade (obrigação de indenizar⁵⁷¹ perdas e danos) é, também, efeito do inadimplemento, mas não se confunde com a exigibilidade da obrigação.

Eis seus requisitos legais.

6.2.1 O evento danoso

Na seara negocial ou contratual, o evento danoso se traduz na situação objetiva do não cumprimento da obrigação, isto é, o devedor não realiza a conduta concretamente devida (dar, fazer ou não fazer), de maneira útil ao credor (CCB, art. 395, parágrafo único), conforme à boa-fé e à função social do contrato, no tempo, no lugar e na forma convencionada (CCB, art. 394).

Esse incumprimento pode ser definitivo (inadimplemento), temporário (mora) ou defeituoso (violação positiva do contrato). Tais conceitos serão tratados no capítulo 7 deste trabalho.

⁵⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 695.

⁵⁷¹ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 103: *Nosso novo Código Civil, a exemplo do que fizera o Código Civil português, inclui a obrigação de indenização como figura autônoma, nos arts. 927 a 943, prevendo ainda a indenização, efeito daquela obrigação (arts. 944 a 954). Como assinala Almeida Costa, em referência ao Código português, “trata-se de uma importante novidade de ordem sistemática”, pois se reúne, num único instituto, os princípios relativos aos efeitos da responsabilidade civil, que são comuns às suas várias modalidades (contratual, extracontratual, pré-negocial, pós-negocial, subjetiva, objetiva).*

6.2.2 O nexo de imputação

O nexo de imputação⁵⁷² da responsabilidade pode ser objetivo (independentemente de culpa) ou subjetivo (dependente da verificação subjetiva da culpa). Neste respeito, dispõe o art. 392 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça; nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Como se vê, pela clara redação do mencionado dispositivo legal, não basta a objetiva situação do *dever prestar* e a sua respectiva exigibilidade. Necessário é, para surgimento da responsabilidade, que se verifique, no caso concreto, o nexo de imputação previsto pela lei para aquele caso concreto, o qual varia de acordo com várias situações previstas na lei.

É necessário estabelecer as devidas diferenças.

Em se tratando de contrato benéfico⁵⁷³, para responsabilidade do contratante a quem o contrato aproveita exige-se o elemento culpa, e, para responsabilização do contratante a quem o contrato não aproveita, não basta a simples culpa, senão o

⁵⁷² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 472: *Nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este.*

⁵⁷³ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 193-194: *Contratos benéficos, nesta acepção, são os variados tipos e subtipos, legal ou socialmente admitidos, que revelam, na operação econômica que está em sua base, a ausência, para uma das partes, de um correspondente patrimonial (gratuidade), muito embora não implique, essa operação econômica, uma vantagem patrimonial que possa advir da própria promessa. Abrange, pois, os contratos gratuitos, sejam desinteressados ou não, (como o comodato gratuito, a doação pura, que são gratuitos e desinteressados, o transporte gratuito, o qual pode ser gratuito e desinteressado ou gratuito e interessado, como permite concluir o art. 736 e seu parágrafo único, que estabelece uma importante distinção no concernente à eficácia do transporte gratuito desinteressado, com consequências no plano da responsabilidade do transportador). Abrange, também a doação remuneratória, ou a promessa de uma liberalidade feita em razão de serviços prestados, ou o adimplemento de obrigação natural em troca de uma vantagem recebida precedentemente, todos eles gratuitos, mas não desinteressados.*

dolo ou a culpa grave. É uma regra de equidade, pois em se tratando de contrato benéfico, é justo que a responsabilidade do devedor seja apreciada com mais benevolência. Assim, se o contrato for benéfico (comodato, doação), responderá pelo inadimplemento culposo o contraente a quem o contrato aproveitar, e somente por inadimplemento doloso aquele a quem não favoreça.

Neste passo, convêm vincar que a culpa significa não prever o que era previsível: *Toda a culpa que leva à responsabilização civil importa na violação de um dever de conduta cujo resultado o autor da ação ou da omissão podia ou devia conhecer e evitar.*⁵⁷⁴ Neste sentido,

A culpa relaciona-se intimamente com o ato ilícito, de que é substractum, segundo José de Aguiar Dias. Segundo o autor, esta o qualifica. Nessa perspectiva, já houve quem desdobrasse a culpa em dois elementos: o objetivo, representado pela ilicitude, representado pela ilicitude; e o subjetivo, consubstanciado no “mau procedimento imputável” (Da Responsabilidade Civil, p. 135). A “violação de um dever” já figurou, de fato, em diversas definições dos juristas. Savatier, lembrado por Caio Mário da Silva Pereira, a tinha por “inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar”. A previsibilidade, como se nota, está na base dessa noção. Marcel Planiol, por seu lado, a definia como “falta a um dever preexistente”, ao passo que, para Henri de Page, a culpa seria “um erro de conduta” (Responsabilidade Civil, pp. 67-68). Com efeito, a noção de culpa vem sofrendo um processo de objetivação, que aproxima da idéia de violação de parâmetros objetivos de conduta.⁵⁷⁵

Judith Martins Costa, também, vê como elemento característico da culpa a negligência, isto é, a infração dos deveres de cuidado ou de diligência exigíveis de uma pessoa razoável, não de um especialista⁵⁷⁶:

⁵⁷⁴ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 128.

⁵⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 701.

⁵⁷⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XXIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, § 2.789, p. 71: *O homem normal não é apreciado fora das circunstâncias objetivas, porque o especialista se põe, por si mesmo, em um plano acima do homem comum. Tem-se de exigir dele a diligência dos especialistas, portanto, dos homens normais especialistas.*

A infração dos deveres de cuidado, ou diligência é que caracteriza a culpa. A doutrina mais tradicional ainda realiza a distinção entre as três formas de culpa, resultantes da conduta *negligente*, *imprudente* ou *imperita*. Estes qualificativos recebe sutis distinções: a negligência decorre da falta de diligência propriamente dita, isto é, da inobservância de normas que determinam agir com atenção, com cuidado, com discernimento. A negligência significa, pois, a desídia, a desatenção, a falta de cuidado; a imperícia é a falta de habilidade, isto é, a inaptidão para praticar o ato que acabou causando o dano e a imprudência é o “agir com precipitação”, com falta de cautela. Por isto entendemos devam ser as três hipóteses reconduzidas ao conceito de negligência, pois tanto a ação imprudente quanto a imperita revelam, no fundo, a violação de um dever de cuidado ou diligência, refletindo o desleixo, a imprevidência, que caracterizam a negligência.⁵⁷⁷

Segundo Alvino Lima, a culpa é *um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato*⁵⁷⁸. A culpa, assim, é a infração à conduta diligente, que razoavelmente se espera das partes.

Por sua vez, o dolo

...representa a violação consciente de um dever jurídico, que, normalmente, importa uma reação mais severa da lei. No terreno contratual, o dolo é a “violação intencional e deliberada” da obrigação. Não se exige a intenção de lesar – como pretendem alguns. A má-fé é dispensável (Programa, p. 99). Para configurar o dolo, basta que o inadimplemento seja proposital, querido pelo devedor. A intenção que se perquire diz respeito ao descumprimento da obrigação em si e não a um desejo de prejudicar. É preciso que não se confunda o dolo relevante no campo do Direito das Obrigações com o dolo, defeito do negócio jurídico (arts. 145 e ss.), este sim, relacionado à malícia.⁵⁷⁹

Assim sendo, o elemento volitivo do dolo se traduz no conhecimento das conseqüências lesivas de seu ato. *Essa representação diz respeito à normal previsibilidade das conseqüências naturalistas ou jurídicas do ato (isto é, os efeitos do inadimplemento), e vontade de realizar, mesmo assim, o ato danoso.*⁵⁸⁰ Esse dolo

⁵⁷⁷ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 129.

⁵⁷⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 69.

⁵⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 701.

⁵⁸⁰ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 131.

pode ser direto, quando o agente *realiza em seu espírito a certeza de que, com a sua conduta, se darão todos os elementos componentes da figura penal*⁵⁸¹, ou indireto, que ocorre quando o agente conscientemente assume o risco de vir a ser produzido o resultado.

É interessante não olvidar que a culpa grave se equipara ao dolo: *Como a culpa grave ao dolo se equipara (culpa lata dolus aequiparatur, prope dolum est), pode-se afirmar que responde apenas por dolo ou culpa grave aquele a quem o contrato não favorece; e ate por culpa leve ou levíssima o que é por ele beneficiado*⁵⁸². Neste sentido, Gustavo Tepedino:

É que a culpa grave, realmente, aproxima-se do dolo. Leciona San Tiago Dantas que, por esta razão, o direito romano já a equiparava ao dolo (Programa, p. 101). O ato praticado com culpa grave poderia ser evitado por qualquer um que utilizasse um mínimo de atenção. Embora não intencional – afirma Caio Mário da Silva Pereira – o agente que incorre em culpa grave age sem querer, mas como se houvesse querido o resultado da sua conduta. Não obstante isso, informa o autor que há quem tenha por injusto tratar da mesma forma aquele que quis o dano e aquele que não o quis (Responsabilidade Civil, p. 71). A questão da prova, contudo, aqui também tem relevância. Por certo, muito mais fácil será provar a culpa grave que se extrai do contexto objetivo em que se deu a inexecução, do que a intenção do agente, necessária à configuração do dolo. Talvez neste ponto resida o verdadeiro motivo pelo qual se equiparam as figuras.⁵⁸³

É o caso da carona, conforme estabelecido na Súmula nº 145 do STJ: *No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.*⁵⁸⁴ Não é a mesma solução, quando o ato for apenas aparentemente gratuito,

⁵⁸¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 226 e 227.

⁵⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 353.

⁵⁸³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 702-703.

⁵⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 145.

como é o caso do transporte fornecido pela empresa aos seus funcionários⁵⁸⁵, ou de estacionamento de loja comercial (onde o preço do estacionamento se presume embutido no preço das mercadorias ou serviços)⁵⁸⁶.

Se o contrato for oneroso, isto é, aqueles em que cada parte tem uma prestação a cumprir (e tem direito a uma contra prestação), cada um dos contraentes responderá por simples culpa, devendo indenizar o lesado, visto que ambos têm direitos e deveres recíprocos.

É interessante lembrar que há responsabilidade não só por culpa própria. Nos casos expressamente previstos em lei, há responsabilidade pelo fato da coisa (CCB, arts. 936⁵⁸⁷, 937⁵⁸⁸ e 938⁵⁸⁹), e também pelo fato de terceiro (CCB, art. 932⁵⁹⁰).

No respeitante à atribuição do ônus de prova da culpa, na seara da responsabilidade contratual, é necessário distinguir as obrigações de meio e de resultado.

Conforme será tratado mais adiante, no capítulo específico referente à classificação das obrigações de fazer e de não fazer, a obrigação de meios é aquela

⁵⁸⁵ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 192, explica: *O transporte gratuito oferecido por certo empreendedor para a sua potencial clientela tem como utilidade, ou interesse, para o empresário, fazer publicidade do seu negócio*.

⁵⁸⁶ PARANÁ. Tribunal de Alçada. Apelação Cível nº. 204.316-3. Rel.: Luiz Lopes, 9ª. Câm. Cível, DJPR de 11/04/2003: *Responsabilidade civil. Furto de motocicleta em área de recuo localizada ao lado da agência bancária disponibilizada para estacionamento. Dever de Guarda e vigilância, ainda que não haja controle de acesso dos conduzidos. Dever de indenizar. Recurso Desprovido*.

⁵⁸⁷ CCB, Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

⁵⁸⁸ CCB, Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

⁵⁸⁹ CCB, Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

⁵⁹⁰ CCB, Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligências normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, vincular-se a obtê-lo. A de resultado, a seu turno, é aquela que o credor tem o direito de exigir do devedor, a produção de um resultado, sem o que terá o inadimplemento da relação obrigacional. A distinção entre as obrigações de meio e de resultado se vê nos efeitos do inadimplemento, pois, nas obrigações de meios, o simples fato de não ter atingido o resultado pretendido pelo credor não transforma o devedor em responsável pelo inadimplemento. O credor é que terá que se desonerar do ônus de provar que o devedor incorreu em culpa (CPC, art. 333, I). Já nas obrigações de resultado, presume-se a culpa do devedor pelo simples fato de não ter atingido o resultado esperado pelo credor, invertendo-se o ônus de prova, tendo o devedor o ônus de provar que não incidiu em culpa.

Como se vê, no campo da responsabilidade contratual subjetiva, vigora a regra da culpa provada, invertendo-se o ônus (culpa presumida), quando se trata de uma obrigação de resultado.

Por fim, o art. 392 abre espaço para a responsabilidade objetiva (*salvo as exceções previstas em lei*). A regra é que a responsabilidade é subjetiva, resultante da culpa, embora em alguns casos a lei estabeleça culpa presumida (como ocorre nas obrigações de resultado). As complexidades da vida moderna e a dependência tecnológica nas atividades do cotidiano trouxeram consigo um aumento do número de acidentes e infortúnios, tornando extremamente difícil ao prejudicado encontrar “o culpado” pela ocorrência do dano, e, mais ainda, comprovar a culpa pelo causador do dano. Por isso, se desenvolveu a idéia da responsabilidade objetiva (modelo objetivo), afastando-se a pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto

até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano.

A responsabilidade objetiva – sempre definida em lei - é justificada, geralmente, em três idéias principais: a) o risco-proveito, isto é, quem recolhe as vantagens de uma determinada atividade deve indenizar aquelas pessoas que tenham prejuízo oriundo da mesma atividade, ou melhor, que auferem os lucros da atividade deve suportar os riscos inerentes à própria atividade (*ubi emolumentum ibi ônus; cuius commoda, eius et incomoda*); b) o risco-criado, isto é, aquele que age e cria riscos potenciais de dano para os outros é responsável pelo dano. A responsabilidade é a consequência inafastável da atividade em geral; e, c) a garantia, que é particularmente eficiente para explicar certas espécies de responsabilidade objetiva, como quando o autor direto do dano é desprovido de bens e renda, pois visa assegurar às vítimas a efetivação de seu direito à indenização dos prejuízos injustamente sofridos, direito este que restaria seriamente comprometido se dependesse unicamente da solvabilidade do autor direto do ato danoso.

Como se vê, em alguns casos, a lei se afasta da regra geral da responsabilidade atrelada à culpa, determinando a responsabilidade objetiva (como ocorre, por exemplo, nos contratos submetidos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor), nos contratos de transporte, ou na responsabilidade da administração pública (CF, art. 37, § 6º), onde o devedor responde independente de culpa, somente se exonerando da responsabilidade de indenizar se conseguir provar o rompimento do nexo de causalidade.

Assim, segundo Judith Martins Costa⁵⁹¹, há no direito brasileiro uma dupla forma de imputação da responsabilidade: a) uma imputação subjetiva, dependente da verificação fática da culpa (provada ou presumida) para responsabilização do devedor; e, b) uma imputação objetiva, que independe da verificação do elemento culpa.

6.2.3 O nexo de causalidade

Por força do disposto no art. 403⁵⁹² do Código Civil, no direito brasileiro, em todas as espécies de responsabilidade civil (contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva, etc.), à exceção da responsabilidade pelo risco integral (dano nuclear, por exemplo, na forma prevista na Constituição Federal, art. 21, inc. XXIII), o dever de reparar depende da presença do nexo causal entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada, e o dano, a ser demonstrado, em princípio, por quem o alega (*onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*), salvo nas hipóteses de inversão do ônus da prova previstas expressamente na lei, para situações específicas.

Wilson Mello da Silva lembra que

...quando a causa é única ou, quando múltiplas, o são concomitantemente a um mesmo efeito dado (*Gesamtkausalität* chamam, a isso os alemães), não haveria, para o jurista, complexidades maiores. Para as causas múltiplas, conjuntas, via de regra se estabelece, em lei, a solidariedade entre os agentes. Quando, no entanto, as causas múltiplas são apenas

⁵⁹¹ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 88.

⁵⁹² CCB, Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

sucessivas ou, mais tecnicamente falando, quando se está em presença das "concausas", é que surge a borrasca. *Causa causae est causa causati...* E aí, quanto mais se remontasse à série de antecedentes em busca da causa eficiente, mais se caminharia rumo ao infinito.⁵⁹³

Para entender corretamente o que isso significa, interessantes são as palavras do Ministro Moreira Alves⁵⁹⁴:

... Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexó de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexó causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, ate por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, agasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (...), só admite o nexó de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e mediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí dizer Agostinho Alvim: os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.

Daí porque se entende que o Código Civil excluiu a teoria da equivalência das condições⁵⁹⁵ e a teoria da causalidade adequada⁵⁹⁶, pois a contradição entre ambas é evidente. Wilson Melo da Silva⁵⁹⁷ explica:

⁵⁹³ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa*, São Paulo: Saraiva, 1974, p.112 e ss

⁵⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REExt nº 130.764-1-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 12.05.992. JSTF, v. 172, p.197

⁵⁹⁵ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 134-135, explica: *segundo a teoria da equivalência das condições ou da conditio sine qua non, constitui causa de determinado evento qualquer fator que, se imaginado inexistente o resultado, deixaria de se verificar. Assim sendo, qualquer das condições que a totalidade dos antecedentes é causa do resultado, se a sua inoocorrência impedir a realização do evento. Dito de outro modo, são "equivalentemente causa" todas as condições imprescindíveis à sua produção, imprescindibilidade que se afere ao mentalmente verificar-se que, com a supressão da condição, suprime-se o resultado.*

⁵⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexó de causalidade*. In Revista Jurídica. NotaDez: Porto Alegre, junho/2002, nº 296, p. 7/18, explica: *concebida pelo filósofo alemão VON KRIES, ainda no final do Século XIX, e aperfeiçoada por RÜMELIN, TRAEGER, ENNECEERUS e GABRIEL MARTY, procura-se identificar, na presença de mais de um possível causa, qual aquela potencialmente apta a produzir os efeitos danosos, independentemente das demais circunstâncias que, no caso concreto, operaram em favor de determinado resultado. "Apreciado certo dano, temos que concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas - pergunta-se -, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância acidental explica essa causalidade, diz-se que a causa ao era adequada.*

A. dá uma ligeira pancada no crânio de B. Por si só, tal pancada seria insuficiente para ocasionar a morte de B. No entanto, B. por um defeito de calcificação que lhe tornou o parietal menos resistente e bem mais frágil que o do comum dos homens, falece em virtude dessa pancada que A. lhe deferiu. E assim, como se pode ver, a pancada sofrida por B., muito embora ligada ao ato ilícito de A., não se teria constituído, normalmente falando, em causa necessária ou eficiente de sua morte (...): pela teoria da causalidade adequada, o dano sofrido por B. (morte) não poderia ser imputado a A., o que já não aconteceria em face da teoria da equivalência das condições, quando a pancada surgiria como a *conditio sine qua non* da morte de B.

Do estudo de tais teorias, surgiu a subteoria da necessariedade da causa,

*que considera sinônimas e reforçativas as expressões dano direto e dano imediato, ambas identificadas com a idéia da necessariedade do liame entre causa e efeito. Em outros termos, o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa. Pode-se identificar, assim, na mesma série causal, danos indiretos, passíveis de ressarcimento, desde que sejam conseqüência direta (o adjetivo pode ser aqui empregado), porque necessária, de um ato ilícito ou atividade objetivamente considerada*⁵⁹⁸.

Agostinho Alvim⁵⁹⁹, analisando os diversos exemplos de Pothier, relativamente às concausas, afirma que a causa deixa de ser relevante não por estar distante do dano, mas sim pela interferência de outra causa. É a *causa relativamente independente*.

Gustavo Tepedino⁶⁰⁰ explica:

A causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexo de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas, sim, o novo vínculo de necessariedade estabelecido entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota a mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexo de causalidade.

⁵⁹⁷ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa*, São Paulo: Saraiva, 1974, p. 119.

⁵⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, junho/2002, n° 296, p. 7/18.

⁵⁹⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. pp. 360-361.

⁶⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, junho/2002, n° 296, p. 7/18.

Gustavo Tepedino⁶⁰¹ defende que a solução do caso, havendo pluralidade de causas, realiza-se mediante três indagações:

1ª) cuida-se de causas sucessivas (uma direta e as demais indiretas, que lhe deram causa) ou simultâneas (todas diretas e concorrentes)? Se todas as causas são diretas, evidenciando-se, pois, o vínculo de necessariedade de todas elas em relação ao dano, procedendo-se em seguida à valoração da preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou à repartição do dever de indenizar entre os seus responsáveis, quando não se é possível estabelecer preponderância. Em se tratando, de revés, de causas sucessivas, pergunta-se: 2ª) há necessariedade entre o conjunto de causas e o evento danoso? Se a resposta for negativa, exclui-se o dever de indenizar. Se positiva, passa-se à terceira indagação; 3ª), relativamente à preponderância ou equivalência de uma ou algumas causas indiretas. Em se tratando de pluralidade de causas necessárias (concorrentes ou sucessivas), a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, para a repartição do dever de reparar.

Exclui o Código, assim, que o devedor responda pela indenização do dano remoto ou indireto⁶⁰², ou seja, aqueles ulteriores, que não resultariam do inadimplemento sem o concurso de novas causas (teoria da interrupção do nexo causal). Somente é indenizável o prejuízo que tenha relação de consequência direta e imediata com a inexecução da obrigação, eis que indenizar é tornar indene, não servindo a indenização para dar lucro ao prejudicado (salvo no caso dos juros ou da cláusula penal). O Exemplo é clássico: o devedor entrega vaca doente que contamina o rebanho do credor. Responde o devedor pelas reses que morrerem em razão do contágio, mas se se propagar aos bois de serviço, e por isso não se puder cultivar a terra, causando maiores prejuízos, não é indenizável a colheita, por ser dano indireto.

⁶⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, junho/2002, n° 296, p. 7/18.

⁶⁰² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 585-586: *Remoto seria o dano que, embora ainda ligado ao fato acontecido, tem efetivamente por causa outros fatores, ou "concausas": próximo seria aquele para cuja verificação não interveio nenhuma outra causa. O interesse da distinção estaria em que só o dano próximo seria reparável, o remoto não, devido à existência dessas concausas.*

É exatamente por isso que o caso fortuito, ou a força maior – próprios - , mais a hipótese de culpa exclusiva da vítima, conforme será detalhado mais adiante, elidem a responsabilidade de indenizar: pelo rompimento do nexo de causalidade, mesmo na seara da responsabilidade objetiva, eis que constituem um fato diferente, *uma causa nova, independente do fato ou da atividade que lhe são atribuíveis*.⁶⁰³

A ressalva constante na parte final do art. 403 (*sem prejuízo do disposto na lei processual*) é facilmente entendida quando se lembra da possibilidade de ocorrência de dano processual, como ocorre, por exemplo, com a condenação imposta ao litigante de má-fé⁶⁰⁴ (CPC, art. 18), bem como no respeitante às multas (*astreintes*) impostas ao réu remisso (CPC, art. 461 e 461-A), que não se confundem com o conceito de perdas e danos advindas do direito material. Deixa claro o Código que é possível cumular a indenização das perdas e danos pelo descumprimento da relação jurídica de direito material, com eventuais danos decorrentes da relação jurídica de direito processual.

Conforme já mencionado, além da culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou força maior rompe o nexo de causalidade, elidindo a responsabilidade de indenizar, conforme expressamente vincado no art. 393 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Caso fortuito é o fato imprevisto e irresistível, enquanto que a força maior é o acontecimento que pode ser previsto, mas, em compensação, não pode ser

⁶⁰³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 619.

⁶⁰⁴ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 363.

dominado pelo devedor, dentro de suas possibilidades. O Código Civil equiparou as duas expressões⁶⁰⁵, dando-lhes o significado de acontecimento necessário, cujos efeitos não era possível prevenir ou impedir, conforme vemos mais adiante.

Ocorrendo a impossibilidade absoluta de cumprir a obrigação, sem culpa do devedor, esse não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, caso em que a obrigação se extingue, isto é, ocorre a *resolução* ou a *resilição* do contrato, conforme o caso. A elisão de responsabilidade não ocorre por falta do elemento culpa, mas sim em razão do rompimento do nexo de causalidade, por constituir *causa estranha à conduta aparente do agente, imprevisível ou inevitável, ensejadora direta do dano*⁶⁰⁶.

No caso de impossibilidade relativa, isto é circunscrita a uma parte da obrigação ou a determinado período de tempo, o devedor não fica desobrigado de cumprir a obrigação, pois o fortuito relativo apenas age com efeito dilatatório⁶⁰⁷ (a obrigação poderá ser desempenhada em outra data, quando cessar a

⁶⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 355: *Efetivamente, se a eficácia de ambas é a mesma no campo do não-cumprimento das obrigações, os termos precisos da distinção entre elas deixam de ter relevância. Percebe-se que o traço característico das referidas excludentes é a inevitabilidade, é estar o fato acima das forças humanas.* No mesmo sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado. t. XXIII*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, § 2.792, p. 79; e, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. v. 2, Obrigações em Geral. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 377.

⁶⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil. 2ª Ed.* São Paulo: Malheiros. 1998, p. 76. No mesmo sentido, MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 211: (...) *sustentamos que o caso fortuito ou força maior são excludentes da responsabilidade e não, imediatamente, de culpabilidade, pois constituem fatores que cortam, ou impedem, o nexo de imputação e o nexo de causalidade e não somente a inculpação.*

⁶⁰⁷ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 208-209: *Pode ocorrer, sobretudo nos contratos de execução continuada ou sucessiva, que o caso fortuito ou força maior tenham efeitos apenas temporários, exemplificativamente, a doença do prestador de serviços, ou obras do Poder Público que impedem, durante certo tempo, a construção de um prédio em certa rua, etc. Nestes casos, diz Bénabent, o direito contemporâneo admite uma suspensão do contrato durante o tempo da impossibilidade causada pelo caso fortuito ou força maior. A suspensão é, por definição, provisória, mas as obrigações contratuais, que nesse período ficam numa espécie de "estado latente", recobram o seu vigor tão logo o evento tenha cessado. Porém, o caráter temporário deve ser contrastado com a utilidade da prestação, para o credor. Se o fato de a prestação devida ter sido suspensa a torna inútil ao credor, os efeitos são da impossibilidade definitiva.*

impossibilidade, se o outro contraente não preferir a resolução do contrato), ficando a opção de resolver a obrigação ou exigir o cumprimento (da parte ainda útil ou cessada a impossibilidade) ao credor, conforme se infere da redação do art. 106 do Código Civil. A inviabilidade da prestação, contudo, deve ser tomada em termos, com certa relatividade, não se exigindo do devedor esforços maiores do que os razoáveis para o cumprimento da obrigação.⁶⁰⁸ *Assim, se a prestação pode ser cumprida, mas apenas mediante providências extraordinárias de que não se poderia cogitar na época da celebração da avenca, exonerado estará o devedor.*⁶⁰⁹ Em sentido contrário, Darcy Bessone de Oliveira Andrade, que exige a *impossibilidade absoluta*, não aceitando a *simples dificuldade ou agravamento do ônus*⁶¹⁰.

Permite o Código possa o devedor responsabilizar-se expressamente pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, como corolário do princípio da autonomia de vontade. É preciso que o devedor assuma essa responsabilidade expressamente no contrato, caso em que ele terá que indenizar o credor, mesmo na hipótese de fortuito. *Mesmo assim, só se considerarão assumidos pelo devedor os riscos previsíveis na época da celebração do contrato. Se a inexecução se der por causa imprevisível àquele tempo, a transferência dos riscos não se implementará*⁶¹¹.

Em princípio, a cláusula não terá validade se inserta em contrato de adesão e

⁶⁰⁸ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 272: *A impossibilidade absoluta é aquela em que o próprio bem prometido desaparece ou aquela prestação cujo adimplemento, por força de acontecimentos supervenientes, seria possível apenas mediante esforços extraordinários, com despesas desproporcionais*. Em outro trecho, a mesma doutrinadora se refere ao limite do sacrifício (p. 274), como suficiente a liberar o devedor, mesmo que não haja impossibilidade de acordo com as ciências naturais.

⁶⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 705.

⁶¹⁰ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 198.

⁶¹¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e teoria da imprevisão*,. 2.ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 181. No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 707.

promover a inversão dos riscos contra o aderente, na forma prevista no art. 424⁶¹² do Código Civil.

Há, entretanto, outros casos em que o devedor fica responsável por compor os danos advindos do fortuito ou da força maior: no caso de mora (CCB, art. 399), assunto esse que será discutido mais adiante.

Segundo a dicção legal, o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Fato necessário é um acontecimento para o qual não concorra de nenhum modo o devedor, nem pela sua ação, nem por omissão, nem por sua vontade. Importante não olvidar que esse fato necessário deve ser íntima relação com o objeto da obrigação, de modo a torná-lo impossível. Exemplos: fenômenos naturais; atos humanos coletivos (guerra, invasão, bloqueios); fatos de príncipe (leis novas e atos de autoridades públicas); atos exercidos por terceiros⁶¹³ sem conhecimento do devedor; doença grave e prolongada, etc...

Mas não basta, para caracterizar o fortuito, que o fato seja necessário. É imprescindível que os efeitos desse fato sejam irremovíveis, no sentido de que

⁶¹² CCB, Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

⁶¹³ Nesse respeitante (ato de terceiro), existe a necessidade de se estabelecer diferenças. Para que o ato de terceiro constitua fortuito, em primeiro lugar, necessário é que o devedor não tenha responsabilidade pelos atos desse terceiro (CCB, Art. 932), isto é, só pode caracterizar fortuito o ato do *penitus extranei*, do terceiro completamente estranho às relações jurídicas entre as partes. Em segundo lugar, importa verificar a natureza jurídica das relações entre as partes. Se as relações jurídicas se regem pelas regras da responsabilidade subjetiva, dúvidas não há que os atos de terceiros – desde que com desconhecimento por parte do devedor - caracterizam o fortuito. Entretanto, se o regime da responsabilidade for objetivo, a questão muda de figura, sendo necessário qualificar o ato do *penitus extranei*: culposo ou doloso? Se o ato for culposo, caracteriza fortuito interno e não libera a responsabilidade de indenizar (vide, nesse sentido, a Súmula 187 do STJ: *A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva*). Se o ato for doloso, caracteriza fortuito externo, e elide a responsabilidade de indenizar. Segundo CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 221, o fato culposo de terceiro não elide a responsabilidade da transportadora, na medida em que se liga ao risco do transportador, abrangido pela organização de sua empresa (fortuito interno), e o *ato doloso de terceiro* não pode ser considerado fortuito interno pois absolutamente inevitável, não guardando relação com os riscos do transportador.

ocorrido o fato, natural e fatalmente, não seria possível evitar os efeitos, por maiores esforços que empregasse o devedor, contra o qual se lutará em vão.

São fatos necessários imprevisíveis (e por isso, inevitáveis) ou previsíveis, mas inevitáveis ou inimpedíveis, mas há decisões judiciais entendendo que se o fato era previsível, não se considera fortuito. Sem razão, contudo: para caracterizar o fortuito, exige-se que o fato seja necessário e inevitável⁶¹⁴. Não se exige imprevisibilidade, uma vez que o evento imprevisível é, pela sua própria imprevisibilidade, inevitável⁶¹⁵. Em outras palavras, fato irresistível seria aquele que a força do responsável não poderia impedir e fato imprevisível seria aquele que até poderia ter sido impedido, se fosse possível prever a sua ocorrência, mas que, não podendo ser previsto, não haveria como evitar.

Fernando Noronha, a seu turno, acrescenta mais um requisito aos já analisados, considerando a existência de responsabilidade objetiva, que é a *externalidade*:

A elas há que se acrescentar um terceiro requisito, que é enfatizado sobretudo na doutrina e na jurisprudência francesas: a externidade. Se este requisito não estiver presente, não poderemos considerar um fato como sendo verdadeiramente inevitável. É que há fatos que são imprevisíveis e irresistíveis, mas que, devido à circunstância de estarem ligados à atividade desenvolvida por uma pessoa e só acontecerem devido a ela, não podem ser considerados inevitáveis: se a pessoa se abstivesse de atuar, eles não se verificariam.⁶¹⁶

⁶¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 302.

⁶¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 67, que entende ser este o traço diferenciador entre o fortuito e a força maior. No mesmo sentido, MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 202-203: *A imprevisibilidade só indiretamente interessará à noção de “fato inevitável”, quando ocorrer um fato imprevisível com conseqüências inevitáveis ou um fato previsível cujas conseqüências são também inevitáveis, em ambas as hipóteses, como se percebe, residindo a tônica na inevitabilidade ou “irresistibilidade” do fato. Se o fato for imprevisível, mas as conseqüências forem evitáveis, porém o devedor não cuidar de evita-las, o caso pode configurar inadimplemento por culpa e não impossibilidade devido ao fortuito ou força maior.*

⁶¹⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 625-626.

E explica:

Não se pode considerar inevitável aquilo que acontece dentro da esfera pela qual a pessoa é responsável e que certamente não aconteceria se não fosse a sua atuação. Se o fato causador do dano não é externo, poderia ser sempre evitado, para isso bastando a não realização da atividade em cujo decurso ele surge.

Comparemos as duas situações seguintes, para vermos como a externidade é essencial. A quebra na barra da direção de veículo, ou o vazamento de óleo do cilindro-mestre do sistema de freios, avarias cuja possível ocorrência é normalmente indetectável em comuns revisões, não constituirão caso fortuito ou de força maior, para efeitos de isenção da obrigação de indenizar, na eventualidade de acidente. A obrigação de indenizar já ficará, porém, excluída se alguém esvaziar o óleo do circuito de freios, porque agora estamos perante um fato externo (aliás, aqui ainda pode haver responsabilidade, se o caso se enquadrar em situação onde se possa falar de responsabilidade objetiva agravada [v. 2, cap. 12]).⁶¹⁷

E tem razão. Em se tratando de responsabilidade objetiva, não é qualquer fortuito que tem o condão de romper o nexo de causalidade. Considerando a justificativa da própria responsabilidade objetiva, isto é, quem auferir os lucros de uma atividade, deve suportar, também, os riscos ínsitos desta mesma atividade, doutrina e jurisprudência concluíram que o devedor sujeito ao nexo de imputação objetivo somente elide a responsabilidade de indenizar se provar culpa exclusiva da vítima ou fortuito externo.

Fortuito externo, aquele não ligado aos riscos inerentes à atividade desenvolvida, isto é, é o risco impróprio⁶¹⁸, que nenhuma ligação tem com a atividade exercida pelo devedor⁶¹⁹, e por isso, dada a externalidade, rompe o nexo de causalidade e libera o agente.

⁶¹⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 626.

⁶¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Resp. 154.311-SP, Rel. Ari Parglandler, 3ª turma, DJU de 28/05/2001, p. 158: *Responsabilidade Civil. Transporte de Passageiros. Arremesso de pedra, de fora do trem, causando lesões em passageiro, é ato de terceiro, estranho ao contrato de transporte, pelo qual a companhia transportadora não responde.*

⁶¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 259.261-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T, DJU 16/10/00, p. 316: *Direito Civil. Responsabilidade civil. Ilícito Contratual. Indenização por morte. "Pingente". Queda de trem em movimento. Culpa Presumida. Art. 17 da lei (decreto legislativo) n167 2.681/12. Doutrina. Precedentes. Recurso Provido. I – Falecendo passageiro, em razão de queda ocorrida quando em movimento o comboio, há culpa presumida da empresa ferroviária, somente elidida pela demonstração de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (art. 17 do Decreto 2.681/12). II - Nos casos de "pingente", e não de*

Gustavo Tepedino, assim diferencia fortuito interno do externo:

O primeiro consiste naquele fato inevitável e, normalmente imprevisível que, entretanto, liga-se à própria atividade do agente. Insere-se, portanto entre os riscos com os quais deve arcar aquele que, no exercício da autonomia privada, gera situações potencialmente lesivas à sociedade (TJRJ, 2º C.C., Ap. Civ. 15522/2002, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, julg. 11.09.2002). Já o fortuito externo é aquele fato estranho à organização da empresa, cujos riscos não são suportados por ela. Este sim pode elidir mesmo a responsabilidade objetiva (Gustavo Tepedino, “A Evolução da Responsabilidade Civil”, p. 180).⁶²⁰

Fortuito interno, assim, é aquele ligado ao risco próprio ou inerente⁶²¹ à atividade desempenhada, assim entendido aquele ligado ou *conexo*⁶²² à atividade econômica exercida pelo fornecedor, e, exatamente em razão disso⁶²³, deve ser suportado por aquele que auferir os benefícios da mesma atividade econômica, não rompendo o nexo de causalidade.

É importante não olvidar que, apesar de o Código de Defesa do Consumidor não fazer referência expressa ao caso fortuito ou à força maior, seu sistema não

“surfista ferroviário”, porque dever contratual da companhia transportadora impedir que as pessoas viajem com parte do corpo projetado para o lado de fora do veículo, afastada resta a possibilidade de culpa exclusiva da vítima.

⁶²⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 705-706.

⁶²¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 622-623. *Mesmo perante hipóteses enquadráveis no caso fortuito ou de força maior em sentido amplo, poderá haver obrigação de indenizar, se pudermos falar de atividade suscetível de responsabilidade objetiva agravada e se estiver configurado um risco inerente a essa atividade [8.5; v.2, cap. 12]. Assim, nos exemplos dados há pouco de perda da mercadoria transportada em caminhão, a presença de caso fortuito ou de força maior em sentido amplo tanto no caso do acidente devido a outro caminhão desgovernado como no da mercadoria roubada em assalto, não significa que nos dois tenha de haver exclusão da obrigação da empresa transportadora reparar o dano da perda da mercadoria. Acidentes de trânsito ainda são risco próprio da atividade de transportes rodoviários, mas assaltos à mão armada não são.*

⁶²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 468.900/RJ. Rel.: Min. Ari Pargendler, 2ª. Turma. STJ/DJU de 03/03/03, pág. 222: *Civil. Responsabilidade Civil. Transporte coletivo de passageiros. O transportador só responde pelos danos resultantes de fato conexos com o serviço que presta. Recurso especial não conhecido.*

⁶²³ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 201.

afasta a aplicação das regras gerais neste respeitante⁶²⁴, pois, mesmo na seara de nexos de imputação objetivo, necessário é o nexo de causalidade.

Importante é frisar, por fim, que, como o Código Civil presume a mora do devedor (CCB, art. 397), o ônus da prova do fortuito é do devedor.⁶²⁵

6.2.4 O dano

No respeitante à definição dos danos, dispõe o art. 402 do Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

De início, convém registrar que o mencionado dispositivo legal, antes mesmo de estabelecer a regra, enuncia a existência de exceções: há casos onde a lei, de modo expresso, prefixa quais danos podem ser exigidos pela inexecução. É o caso da cláusula penal (CCB, art. 416, parágrafo único), da responsabilidade do cedente para solvência do devedor cedido (CCB, art. 297) ou nas obrigações de dinheiro (CCB, art. 404), e nas arras penitenciais (CCB, art. 420).

⁶²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n.º 330.523/SP - Rel.: Min. Carlos Alberto Direito, 3ª Turma. DJU de 25/03/02, pág. 278: *Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Art. 1.277 do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte. Como assentado em precedente da Corte, o "fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil" (Resp n.º 120.647-SP, relator o senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 15/05/00). Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto. Recurso especial conhecido e provido.*

⁶²⁵ No mesmo sentido, MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 220-221; e, FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 188.

Em primeiro plano, na regra geral, as perdas e danos devidos ao credor abrangem o que ele *efetivamente perdeu*, ou seja, é a perda ou diminuição do patrimônio⁶²⁶ que o credor sofreu em razão da inexecução da obrigação. É o *damnum emergens* ou dano emergente. É diminuição, o desfalque que sofreu o patrimônio do credor e é encontrado com a simples comparação entre os a totalidade do patrimônio que o credor tinha antes da execução e o patrimônio que apresenta depois. A diferença⁶²⁷ é justamente o dano emergente.

Alem disso, pode exigir *o que razoavelmente deixou de lucrar*. São os lucros cessantes, isto é, aqueles relativos à privação de um ganho pelo credor, ou seja, o lucro que ele deixou de auferir em razão de descumprimento da obrigação pelo devedor⁶²⁸. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves aduz que,

...como diretriz, o Código usa a expressão *razoavelmente, ou seja, ou que a vítima "razoavelmente deixou de lucrar"*. Referido advérbio significa que se deve admitir que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom sendo diz que lucraria, ou seja, aquilo que é razoável supor que lucraria. A propósito proclamou o Superior Tribunal de Justiça que a expressão "o que razoavelmente deixou de lucrar", utilizada pelo Código Civil, "deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom sendo diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes. O simples fato de uma empresa rodoviária possuir frota de reserva não lhe tira o direito aos lucros cessantes, quando um dos veículos sair de circulação por culpa de outrem, pois não se exige que os

⁶²⁶ E por isso denominado de dano patrimonial. São danos patrimoniais os que representam privação ou diminuição do gozo ou aquisição de bens materiais, indenizáveis pelo ofensor *in natura* ou mediante indenização em dinheiro, eis que os estragos patrimoniais são suscetíveis de avaliação pecuniária por intermédio de simples cálculos matemáticos: *o dano patrimonial mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. O dano, portanto, estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio realmente existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se a lesão não se tivesse produzido. O dano corresponderia à perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado.* (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, v. 2. Teoria geral das obrigações. 5ª ed., atual., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 331).

⁶²⁷ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 105: *Pela Teoria da Diferença, o dano é o que resulta da diferença entre a situação do bem antes do evento danoso e aquela que se verifica após a sua ocorrência. O dano é, assim, a supressão ou a diminuição de uma situação favorável.*⁶²⁷ *Se não há essa diferença, não há o que recompor, como explica a doutrina e acolhe expressamente a jurisprudência brasileira.*

⁶²⁸ E, por isso, também classificado como dano patrimonial.

lucros cessantes sejam certos, bastando que, nas circunstâncias, sejam razoáveis ou potenciais”⁶²⁹.

Os lucros cessantes (*lucrum cessans*) são um *reflexo futuro*⁶³⁰ do ilícito sobre o patrimônio da vítima, isto é, a perda de um ganho esperável, que normalmente adviria, sendo autorizada a condenação atual, por ser a evolução de um ato ilícito já verificado⁶³¹. Os lucros cessantes devem ser fundados em bases seguras (aquilo que o bom senso diz que lucraria, ou que na normalidade dos fatos lucraria⁶³²), de modo a não compreender os lucros imaginários ou fantásticos, pois a dicção legal não deixa margens para uma *miragem exorbitante de lucro* (razoavelmente deixou de lucrar⁶³³...).

A prova do prejuízo, a prova do dano emergente, a prova do lucro cessante, é ônus do credor (menos no caso da presunção dos juros e da cláusula penal), na forma prevista no art. 333, I, do Código de Processo Civil. Sem a efetiva comprovação dos danos não há indenização. É de se lembrar que não inversão do

⁶²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 375.

⁶³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 72.

⁶³¹ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 173.

⁶³² MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 328: *O julgador é, porém, direcionado, na ponderação dos argumentos, por um importante topoi: o da razoabilidade, que está no texto legal. Trata-se do dever de razoabilidade, que incumbe ao intérprete e que leva à ponderação com base em critérios fáticos (por exemplo, “o que habitualmente acontece naquele círculo de atividades”) e normativos (v. g., a avaliação da conduta das partes segundo a boa-fé).*

⁶³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no REsp n.º 151.175/DF, 3.ª Turma, relator o senhor ministro Waldemar Zveiter, DJ de 01/8/2000: *Processual civil. Declaratórios. Efeito integrativo ao julgado. Lucros cessantes. Promessa de venda e compra de imóvel. Demanda resolutória. I - Tocante ao lucro cessante, a proporcionalidade é estabelecida, levando-se em conta os valores já pagos e tendo como parâmetro os alugueros do imóvel prometido à venda que não lhe foi entregue, alcançando, na apuração do referido lucro, o período que vai desde a data do inadimplemento até o trânsito em julgado da decisão ou a data do pagamento do quantum devido, ou seja, se antes entender o recorrido de efetivar o pagamento que lhe fora imposto. II – Declaratórios acolhidos.*

ônus de prova neste respeitante (apenas para a prova da culpa, é que se admite a inversão do ônus de prova).

A fixação das perdas e danos se fará ou convencionalmente ou judicialmente, na forma dos arts. 944 e seguintes do Código Civil.

Se por mais de uma maneira se puder liquidar o dano, optar-se-á, por influência do art. 948 do Código Civil de 1916⁶³⁴, pelo valor mais favorável ao lesado. Por exemplo: Na velha questão de saber se a indenização deve corresponder ao montante necessário para repor o veículo nas condições em que se encontrava antes do sinistro, ainda que este valor seja superior ao valor de mercado, o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o valor da indenização há de corresponder ao da recomposição do automóvel no seu estado anterior, sendo irrelevante seu valor de mercado, prevalecendo o interesse da parte lesada.⁶³⁵

A doutrina refere, ainda, ao dano reflexo ou dano em ricochete, que é situação de *dano reflexo que sofre uma pessoa por um dano causado a outra*⁶³⁶, ou ainda, *aquele que atinge outras pessoas, por estarem ligadas àquela que é vítima imediata de um determinado fato lesivo: essas outras pessoas serão vítimas mediatas*.⁶³⁷ Alguns doutrinadores apontam a dificuldade de se saber até que ponto seria possível reclamar pelo reflexo de um dano. Qual seria o grau de parentesco exigido? A resposta para essa indagação ainda não é certa. Entrementes, Silvio de Salvo Venosa traz precisa observação: *Em princípio, os danos causados*

⁶³⁴ CCB de 1916, Art. 948. Nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado.

⁶³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 324137/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 05.02.2003, DJ 09.06.2003 p. 165: *Civil. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Indenização. A indenização deve corresponder ao montante necessário para repor o veículo nas condições em que se encontrava antes do sinistro, ainda que superior ao valor de mercado; prevalece aí o interesse de quem foi lesado. Embargos de divergência conhecidos e recebidos.*

⁶³⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v. 7, responsabilidade civil. 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 37.

⁶³⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 558.

reflexamente não devem ser indenizados. A única exceção aberta pela lei é a indenização decorrente de morte, admitindo-se que seja pleiteada por aqueles que viviam sob sua dependência econômica (art. 948, II; antigo, art. 1.537, II) ⁶³⁸. No mesmo sentido, Judith Martins-Costa, argumenta que:

O dano “por ricochete” é a consequência de um prejuízo direto que lesa uma primeira pessoa, mas vem a atingir uma segunda pessoa, que depende da primeira. No mesmo exemplo antes aludido, o passageiro do transporte coletivo vem a falecer no hospital em consequência dos ferimentos causados pelo acidente. Trata-se de um pai de família, que sustenta, com o seu salário, os filhos. Estes têm um duplo dano: extrapatrimonial e direto, pelo “prejuízo de afeição” e patrimonial, este indireto, pois não poderão mais contar com quem os sustentava.

E, concluindo, reconhece que:

A jurisprudência (inclusive do Superior Tribunal de Justiça), vem reconhecendo, dentro de certos limites, a indenizabilidade do dano indireto (por ricochete) a ser concedida aos que têm um vínculo pessoal com o lesado (seus filhos, o cônjuge, a companheira ou o companheiro, ou um dependente pensionista). ⁶³⁹

Assim, é possível que mesmo os filhos maiores venham a pedir indenização por dano moral (*par ricochet*). É possível imaginar a possibilidade de a vítima perder a função reprodutiva e a mulher pedir indenização por dano moral.

A doutrina e a jurisprudência, também refere ao dano estético. Inúmeras vezes se vêem pedidos de cumulação de indenização por dano moral e por dano estético. Ambos (dano estético e dano moral) consubstanciam o mesmo dano e devem ser sopesados em conjunto. Tanto é que doutrinariamente, sempre se entendeu que a necessidade de se indenizar tanto as despesas que o lesado tenha para a respectiva recuperação (reparação patrimonial, porquanto dano físico), quanto os danos estéticos derivados do fato da violação se dava à título de

⁶³⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v. 7, responsabilidade civil. 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 37.

⁶³⁹ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 354-355.

reparação moral, porque o reflexo se sente na esfera afetiva e valorativa da personalidade da pessoa atingida, na defesa da dignidade humana. Araken de Assis explica melhor:

O dano estético, que o art. 1.538, § 1º, do Cód. Civil designa de aleijão ou de deformidade, apresenta análoga ambivalência. A perda de um olho poderá diminuir a capacidade de trabalho. Neste caso, se cuidará de dano patrimonial. Mas, ao mesmo tempo, poderá provocar compreensível diminuição da auto-estima do lesado, e, então, se caracterizará como dano moral puro, conforme estabeleceu a 3ª Turma do STJ. Dano estético, em si mesmo considerado, abstraindo-se e eventuais repercussões patrimoniais, que, como tal, deverão ser ressarcidas, constitui modalidade de dano moral. Jurisprudencialmente, não há controvérsia.⁶⁴⁰

Tanto assim é que, a base legal do dano estético não mais subsiste na redação do Código Civil de 2002. Aliás, a justificativa para a previsão, no Código Civil de 1916, de indenização para o dano estético se dava justamente pela resistência da doutrina e da jurisprudência em indenizar o dano moral. Logo, já não há base legal para pedir indenização por dano estético separadamente do dano moral...

Fala-se, também, na indenização de perda da uma chance. Para vencer a dificuldade da prova do nexo de causalidade, a jurisprudência francesa aceita a teoria da perda de uma chance. Em um julgamento de 1965, a Corte de Cassação admitiu a responsabilidade médica porque o erro de diagnóstico levou ao tratamento errado, privando a vítima de uma chance de cura⁶⁴¹. Na verdade, de acordo com essa teoria, o juiz não está seguro de que o evento teria ocorrido pela ação do médico, mas a falta facilitou a superveniência do resultado, isto é, fez-se uma abstração da relação de causalidade. Tal teoria é aplicada com certa reserva pelos

⁶⁴⁰ ASSIS, Araken. Indenização do dano moral. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: síntese, nº 236 - JUN/97, pág. 5.

⁶⁴¹NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 663-665.

magistrados brasileiros, e se traduz na indenização de uma chance ou de uma legítima expectativa, por uma chance considerável e não eventual:

Em apertadíssima síntese: na responsabilidade pela perda de uma chance, o que é indenizado é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo do lesante. As chances devem ser “sérias e reais”, como no caso de alguém que ingressa em juízo mas, no curso da lide, o advogado incorre em negligência grave (p. ex., perde o prazo para recorrer), extinguindo, assim, qualquer chance de a ação vir a ser julgada procedente. Neste caso, não se trata de uma mera e subjetiva “esperança de vencer a causa”, nem se indeniza o fato de ter perdido a causa: o que se indeniza é, justamente, a chance de o processo vir a ser apreciado por uma instância superior.⁶⁴²

A indenização se faz à título de dano moral, não se indenizando o valor da chance perdida⁶⁴³. Sérgio Severo⁶⁴⁴ cuida da hipótese de perda de uma chance, como dano indenizável, considerando-a inserta na esfera da certeza do dano, argumentando que em hipótese de erro profissional do advogado, o cliente não deve manejar ação de indenização para obter a condenação do advogado no valor que estaria pleiteando na demanda para a qual ele foi contratado para ajuizar, mas sim uma compensação de caráter moral por ter perdido a chance de ver o seu pleito examinado pela Corte. Bem por isso não se trata de indenização de danos materiais.

⁶⁴² MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 360-361.

⁶⁴³ Não para NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 665-666: *Como se vê, nos casos em que se fala em perda de chances parte-se de uma situação real, em que havia a possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real, que foi frustrada. Já a situação vantajosa que o lesado podia almejar, se tivesse aproveitado a chance, é sempre de natureza mais ou menos aleatória. Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer. A diferença em relação aos demais danos está em que esse dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. O grau de probabilidade é que determinará o valor da reparação*. E, por isso (p. 675): *A determinação do quantitativo a ser atribuído ao lesado vai depender da probabilidade, maior ou menor, que havia de que o resultado se concretizasse. Essa probabilidade há de ser traduzida numa percentagem sobre o valor do dano total (ou dano final) que o lesado teria, se a vantagem desejada se concretizasse*.

⁶⁴⁴ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 11 e ss.

No mesmo sentido, Antônio Jeová Santos trata da perda de chance como dano moral, deixando claro que *não será a mera conjectura que tornará viável a perda da chance como um agregador do dano moral. A chance deve ser séria e provável*. E invocando o portenho Zavala, acrescenta que *para a ressarcibilidade da chance perdida é mister algum contexto objetivo idôneo ou favorável que confira oportunidade efetiva ao esperado*.⁶⁴⁵

Fala-se, ainda, em dano ao projeto de vida⁶⁴⁶, com os mesmos contornos da indenização da perda de uma chance, com conteúdo eminentemente extrapatrimonial.

Terá que indenizar, ainda, os danos extrapatrimoniais⁶⁴⁷, conforme se verá a seguir, os juros de mora (CCB, art. 407) e a correção monetária (CCB, arts. 389 e 395, c/c com Lei nº 6.899/81, arts. 1º e 2º).

A moderna doutrina, gradativamente, está afastando do conceito de dano a significação de diminuição do patrimônio, e passando a conceituá-lo como *toda*

⁶⁴⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*, 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1999, p. 110.

⁶⁴⁶ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 343: *...tem-se entendido caracterizar o atentado ao “projeto de vida” aqueles danos que impedem ou dificultam o livre desenvolvimento da personalidade na carreira projetada, nos projetos que caracterizam cada pessoa na singularidade, no seu próprio mundo – o de suas escolhas de vida –, afirmando ou conformando a sua dimensão existencial*.

⁶⁴⁷ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 35/36, com apoio em Geneviève Viney, argumenta que a terminologia dano moral é insatisfatória, preferindo a expressão *dano extrapatrimonial*, eis que este é mais amplo: é o gênero do qual o dano moral é a espécie. É que, segundo Luiz Adorno (apud SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 37), *o dano moral não se esgota na esfera dos sentimentos de uma pessoa como são a dor, a pena, a angústia, a tristeza, a perda dos desejos de viver, etc..., mas se projeta também, como já foi dito à esfera intelectual (aptidão de entender) e à esfera volitiva (atitude de querer)*. Também NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 567: *Só a designação “extrapatrimonial” deixa claro que unicamente terá esta natureza o dano sem reflexos no patrimônio do lesado, e isso independentemente de se saber qual foi a origem desse dano: às vezes até pode ser resultado de atentado contra coisas. Nem sempre o dano extrapatrimonial terá natureza moral: a palavra “moral” tem carregado conteúdo ético (no principal sentido que os dicionários apontam para esta palavra, de regras de conduta a seguir para fazer o bem e evitar o mal, mesmo que os mais puristas da língua afirmem que este é âmbito da ética, palavra de origem grega, enquanto “moral” vem de mores, que significa costumes na língua latina) e o dano extrapatrimonial não tem necessariamente esse conteúdo*.

*ofensa a um bem jurídico*⁶⁴⁸, sendo que a expressão *bem jurídico*, no entender de Giovanni Formica, citado por Wladimir Valler⁶⁴⁹, *não significa somente os haveres, o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, bens esses aos quais os povos civilizados dispõem proteção*. O dano, portanto, abrange não só a *diminuição ou subtração de um bem jurídico, englobando o patrimônio (os “haveres”)*, mas também os *direitos de personalidade e todo e qualquer interesse extrapatrimonial juridicamente tutelado e eventualmente atingido pelo inadimplemento imputável*.⁶⁵⁰ No mesmo sentido, Aparecida I. Amarante⁶⁵¹, Maria Helena Diniz⁶⁵² e Clóvis Couto e Silva.⁶⁵³

O dano extrapatrimonial, não decorre do ato ilícito ou da inexecução de obrigação, mas sim ocorre toda vez que *por causa do ato ilícito ou da inexecução obrigacional* houver o ferimento de um dos direitos da personalidade⁶⁵⁴. De fato, a primeira atividade judicial é reconhecer a responsabilidade do agente, vale dizer, é determinar se o fato contém em seu bojo os pressupostos necessários a ensejar o direito de reparação, neste sentido, são profundas as advertências de Antonio Chaves:

⁶⁴⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 53.

⁶⁴⁹ VALLER, Wladimir. *A reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro*, 1ª ed., Campinas: E. V. Editora Ltda, 1994, p. 28.

⁶⁵⁰ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 106-107.

⁶⁵¹ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 236.

⁶⁵² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, v. 2. Teoria geral das obrigações. 5ª ed., atual., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 331.

⁶⁵³ COUTO E SILVA, Clóvis. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. *O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Coord. Véra Maria Jacob de Fradera, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 218, e ainda SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 6 e ss.

⁶⁵⁴ Isso quando forem atingidos alguns dos direitos da personalidade do contratante. Não há dano moral pelo simples descumprimento da obrigação. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 201.414/PA, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, DJU de 05.02.2001, p. 100: *Civil. Dano moral. O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado. Recurso especial não conhecido*.

...propugnar pela mais ampla ressarcibilidade do dano moral não implica no reconhecimento de todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor próprio, pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar de asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas da caixa de Pandora do Direito, centenas de milhares de cruzeiros.⁶⁵⁵

É oportuna, também, a advertência de Sérgio Cavalieri Filho:

...só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.⁶⁵⁶

Por isso, já se reconheceu inexistir danos morais na perda de uma frasqueira⁶⁵⁷.

Os direitos da personalidade, têm natureza jurídica de direitos subjetivos⁶⁵⁸ privados⁶⁵⁹, destinando sua proteção, como é, a assegurar o desenvolvimento e a

⁶⁵⁵ CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. Parte Geral, vol. 3, São Paulo: RT, 1982, p. 637.

⁶⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 78.

⁶⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Rext nº 387.014-9-SP, 2ª T, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 25.06.2004: *Constitucional – Recurso extraordinário: cabimento. Inindenização: dano moral. I. O dano moral indenizável é o que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor. A perda de uma frasqueira contendo objeto pessoais, geralmente objetos de maquiagem da mulher, não obstante desagradável, não produz dano moral indenizável II. Agravo não provido.*

⁶⁵⁸ Intensa discussão doutrinária se instalou sobre a definição da natureza jurídica dos direitos da personalidade. Como resumiu BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 4, existem aqueles que negam a existência do próprio direito subjetivo (Von Thur, Unger, Jellinek, Ennecerus, entre outros), em face do conteúdo social-autoritário da moderna tendência jurídica que abandonou as doutrinas do Estado Liberal (essencialmente individualista), não tendo o homem direito sobre a própria pessoa; outros sustentam serem os direitos da personalidade o poder que o homem exerce sobre a própria pessoa - teoria do *jus in se ipsum*, defendida por Putcha, Windscheid, Chironi e Carnelutti (*apud* AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 2ª Ed, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 114), constituindo, dessa forma, o próprio homem o objeto do direito; outros, como FERRARA, consideram os direitos da personalidade como direitos sem sujeito, pois não devem ser buscados no indivíduo, mas na generalidade das pessoas, que devem respeitar a personalidade do mesmo; e, por fim, a corrente francamente majoritária, definindo os direitos da personalidade como uma parte especial dos direitos subjetivos, conceituando como

expansão da individualidade física e espiritual da pessoa humana.⁶⁶⁰ Eles resguardam o particular de atentados por parte de outros indivíduos. Tratam, como se vê, os direitos da personalidade das relações de indivíduo para indivíduo⁶⁶¹.

Direitos da personalidade, diz Limongi França⁶⁶², são as faculdades jurídicas, cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior. É de se observar a conceituação de Orlando Gomes, para quem

..sob a denominação de direitos de personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do CC como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos.⁶⁶³

No conceito de Orlando Gomes, suso referido, várias das características dos Direitos da Personalidade despontam. Serpa Lopes⁶⁶⁴, após mencionar-lhes o

objeto dos mencionados direitos, não o homem, mas *os bens constituídos por determinados atributos ou qualidades físicas ou morais do homem*, na visão de TOBEÑAS (*apud* BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 5), razão porque os direitos da personalidade são inseridos como objeto de direito, tendo natureza jurídica de direito subjetivo. Seu objeto não é a personalidade: tal direito é o direito subjetivo a exercer os poderes que se contêm no conceito de personalidade.

⁶⁵⁹ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 27.

⁶⁶⁰ GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade, *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 216, p. 5-10, out/dez/1962, p. 07.

⁶⁶¹ Do ponto de vista pragmático, os Direitos da Personalidade apresentam características de ambigüidade, conforme o aspecto pelo qual sejam analisados. Daí a advertência de serem direitos de dupla face, o que os faz confundirem-se com outros, de natureza pública. Alguns desses direitos são públicos, vistos de um ângulo; de outro, se acham igualmente tutelados pela esfera privada, pois quando se examinam os direitos da personalidade, estamos, sem dúvida, em geral, frente aos mesmos direitos, mas sob o ângulo do direito privado; isto é, das relações entre particulares; trata-se de defender esses direitos já não contra a usurpação pela autoridade, mas contra os ataques dos particulares. Basta verificar, para tanto, a duplicidade de proteção à honra: é penal, de Direito Público - é privada, com a proteção da moral, indenizatória, do Direito Civil - para se ter como verdadeiros, no direito brasileiro, os ensinamentos retro descritos (AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 2ª Ed, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 125).

⁶⁶² FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 411.

⁶⁶³ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 131.

⁶⁶⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 2, Obrigações em Geral. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 26.

caráter extrapatrimonial, esclarece-os absolutos porque dotados de eficácia *erga omnes*, *inestimabilidade econômica*, *inaccessibilidade*, *imprescritibilidade* e *intransmissibilidade causa mortis*. Explica-se: a) são denominados direitos absolutos, no sentido de que geram efeitos *erga omnes*, sendo a sua violação vedada a quem quer que seja, e nem mesmo o fato de o Estado, eventualmente, estar no pólo passivo, os embaça, porque são da natureza do homem; implicam, portanto, um dever geral de abstenção; b) são denominados originários, ou inatos, porque a maioria dos direitos da personalidade nasce juntamente com o homem, não sendo necessária a realização de qualquer outro ato para adquiri-los; c) são extrapatrimoniais, pois não podem ser reduzidos ao denominador comum de todos os valores: pecuniário. Não são suscetíveis de avaliação em dinheiro. Alguns deles, porém, podem constituir objeto de negócio jurídico patrimonial, como o direito à imagem e à voz humanas, e a ofensa ilícita a qualquer deles pode gerar obrigação de indenizar, não lhes retirando a característica da extrapatrimonialidade já que a avaliação da reparação é pela intensidade da ofensa e não pelo valor do direito⁶⁶⁵; d) são direitos intransmissíveis. Embora gozem de proteção depois da morte do titular, apenas “comunicam-se” ao cônjuge sobrevivente ou parente mais próximo⁶⁶⁶; e) são indisponíveis: não podem ser objeto de transmissão, pois *toda a transmissão supõe que uma pessoa se ponha no lugar de outra; se a transmissão se pudesse dar, o direito não seria de personalidade. Tal intransmissibilidade resulta da infungibilidade da pessoa*⁶⁶⁷; f) de consequência, são imprescritíveis e impenhoráveis: não se extinguem porque não são exercidos, usados ou

⁶⁶⁵ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil - introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 242.

⁶⁶⁶ GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade, *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 216, p. 5-10, out/dez/1962, p. 7.

⁶⁶⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 4ª ed., t. VII. Rio de Janeiro: Borsi, 1974, p. 8.

defendidos⁶⁶⁸; g) são irrenunciáveis e vitalícios, pois necessários à própria dignidade humana, jamais se perdem enquanto viver o titular, embora, em alguns deles, sobrevivam à proteção da lei. Face aos interesses negociais, alguns direitos acabam por ingressar na circulação jurídica, onde se admite a disponibilidade e renunciabilidade parcial ou temporal, tais como os direitos autorais, à imagem, etc...

No Brasil, várias classificações dos direitos da personalidade foram engendradas. Entre elas, a de Limongi França⁶⁶⁹ e Carlos Alberto Bittar⁶⁷⁰. Entretanto é de Orlando Gomes⁶⁷¹ e Antonio Chaves⁶⁷² a classificação que se adota mais comumente, por ser mais simples. Tal classificação vislumbra dois grandes destaques nestes direitos, englobando como subespécies os demais. Divide-os, em: a) Direitos à integridade física, que dizem respeito, basicamente, ao corpo; referem-se àquele *não ser atingido no corpo, por ato de outrem ou por fatos que não devam acontecer, se a outrem não coubesse agir*⁶⁷³. Engloba não só o direito à própria integridade, mas também o direito à vida, sobre o próprio corpo e,

⁶⁶⁸ GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade, *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 216, p. 5-10, out/dez/1962, p. 7.

⁶⁶⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 411-414, que os classificou de acordo com as várias formas de agressões que resultam no dever de indenizar. Classificou os direitos da personalidade em três grandes ramos, a saber: a) Direito à Integridade Física, onde compreende: direito à vida e aos alimentos; direito sobre o próprio corpo (vivo e morto); direito sobre o corpo alheio (vivo ou morto); direito sobre partes separadas do corpo (vivo e morto); b) Direito à Integridade Intelectual, onde compreende: direito à liberdade de pensamento; direito pessoal de autor científico; direito pessoal de autor artístico e direito pessoal de inventor; e, c) Direito à Integridade Moral, onde compreende: direito à liberdade civil, política e religiosa; direito à honra; direito à honorificência; direito ao recato; direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; direito à identidade pessoal, familiar e social.

⁶⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 16-17, propôs outra classificação: a) Direitos físicos - referentes a componentes materiais da estrutura humana (integridade corporal como um todo); b) Direitos Psíquicos - relativos a elementos intrínsecos da personalidade (liberdade, intimidade, sigilo); e, c) Direitos Morais - respeitante à atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (patrimônio moral, identidade, a honra, as manifestações de intelecto, etc..).

⁶⁷¹ GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade, *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 216, p. 5-10, out/dez/1962, p. 8.

⁶⁷² CHAVES, Antonio. Direito da Personalidade. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Nº 1, São Paulo: RT, 1977, p. 60.

⁶⁷³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed., t. VII. Rio de Janeiro: Borsi, 1974, p. 16.

sobre o cadáver; b) Direitos à integridade moral, que são aqueles que dizem respeito à tutela subjetiva do indivíduo perante sua comunidade; são direitos que dizem respeito ao amor-próprio do indivíduo e que merecem proteção legal. Aqui estão contidos os direitos à honra, à liberdade, à intimidade (privacidade), à imagem, ao nome e o direito moral do autor, ao projeto de vida, etc.... Pela importância, destacamos, *en passant*, alguns deles.

É do recôndito mais íntimo do ser humano, das profundezas d'alma, que surge o direito à honra, pois o homem *é capaz de edificar o seu patrimônio ideal, criando conceitos e valores, em razão da sua estrutura íntima de natureza emocional e espiritual*⁶⁷⁴, e dessa gama de valores ideais, individuais e personalíssimos de cada um, é que surge o sofrimento, a dor moral, as aflições da alma, as atribulações do espírito. De Cupis, citando Specker, menciona que *a honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento ou consciência, da própria dignidade pessoal.*⁶⁷⁵ Ou, como diz Tércio Sampaio Ferraz Junior⁶⁷⁶, é direito de sustentar o modo pelo qual cada um supõe e deseja ser bem visto pela sociedade. É uma combinação entre auto-respeito e respeito dos outros .

Na Doutrina Penal, o conceito de honra evoluiu mais rapidamente, desenvolvendo-se a idéia de que a mesma compreende duplo aspecto: um interno (honra subjetiva) e outro externo (honra objetiva). Aquela é entendida como a estima e respeito à dignidade, ou um *sentimento pessoal de estima, ou a consciência da*

⁶⁷⁴ REIS, Clayton. *Dano moral*. 2ª d. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 70.

⁶⁷⁵ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 111-112.

⁶⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. Vol 1, São Paulo: RT, 1992, p. 79.

própria dignidade.⁶⁷⁷ A honra objetiva compreende o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante a sociedade, é a boa fama, a reputação; é o bom nome de que se desfruta no seio da comunidade; é a simpatia conquistada pela personalidade, em todos os ambientes, como ensina Carlos Alberto Bittar, do familiar ao profissional⁶⁷⁸.

A honra, como direito a ser protegido, foi primeiramente amparada pelo Direito Penal, sendo previstos no ordenamento penal brasileiro, delitos próprios contra a honra: a calúnia (CP, art. 138), caracterizando violência à honra ao definir-se como crime um determinado fato falsamente imputado, ou melhor dizendo, a calúnia é antes de qualquer coisa lesão da verdade pessoal, cujos efeitos são extensíveis a quem a propala (parágrafo primeiro), sendo admitida também contra os mortos (parágrafo segundo), e aceita a *exceptio veritatis* (parágrafo terceiro); a difamação (CP, art. 139), é a imputação de fato ofensivo à reputação do indivíduo, que motiva reprovação ético-social, sendo certo que nestes casos, também é admitida a exceção da verdade (parágrafo único); a injúria (CP, art. 140), é a ofensa ao sentimento próprio, ou à consciência da própria dignidade (ultraje, menosprezo ou insulto a outrem⁶⁷⁹), não se admitindo, neste caso, a *exceptio veritatis*, porquanto neste caso o bem atingido é a esfera íntima da vítima, a sua própria mais valia, o seu ego, tendo a pessoa verdadeiro direito ao *segredo da desonra*, ou, como diz Paulo José da Costa Junior⁶⁸⁰, a *eliminação da prova da verdade equivale à tutela da honra aparente*.

⁶⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 125.

⁶⁷⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 125.

⁶⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 125.

⁶⁸⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 70.

Intimidade é palavra derivada do latim *intimus* e indica a qualidade ou caráter das coisas e dos fatos, que se mostram afetuosamente unidos pela estima⁶⁸¹. Segundo Orlando Gomes, intimidade é direito pelo qual se protege o indivíduo contra intrusões de outros na esfera personalíssima que lhe é reservada⁶⁸². Paulo José da Costa Junior destaca a intimidade como *a necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente prometidos pela vida moderna; de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos*⁶⁸³, e conclui que o direito à intimidade é *o direito de manter afastados dessa esfera olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera*⁶⁸⁴.

Celso Ribeiro Bastos precisou com clareza a proteção constitucional à intimidade: consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um e também de impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área de manifestação existencial do ser humano⁶⁸⁵.

Como se vê, essa posição enfoca os pontos principais da esfera íntima: a personalidade, a intimidade, a vida familiar, a informação, o sigilo das comunicações, reconhecendo que é a própria existência do ser humano que ali se manifesta, *contra*

⁶⁸¹ SILVA, De Placido e. *Vocabulário Jurídico*, 2ª ed., vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 868.

⁶⁸² GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade, *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 216, p. 5-10, out/dez/1962, p. 10.

⁶⁸³ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 8.

⁶⁸⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 40.

⁶⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 63.

*injunções, indiscrições ou intromissões alheias*⁶⁸⁶. É de se compreender no Direito à Intimidade, o direito ao recato, o direito ao resguardo, o direito à vida privada, o direito ao segredo de correspondência, segredo telefônico (CF, art. 5º, XII), segredo doméstico⁶⁸⁷ ou a inviolabilidade do domicílio do cidadão (CF art. 5º, XI). Não se pode fazer disso um rol taxativo, como adverte Ada Pellegrini Grinover, *a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade*⁶⁸⁸. O direito à intimidade abrange inclusive o direito ao segredo da desonra, como separados do direito à imagem e à honra⁶⁸⁹.

O direito à intimidade não é absoluto. Há de se vincar, com De Cupis⁶⁹⁰, que pessoas públicas, dotadas de certa notoriedade, não podem impedir a divulgação dos acontecimentos de sua vida, no exercício de sua atividade. De fato, *há carreiras necessariamente exercidas ante os refletores da publicidade, como há vidas que transcorrem em total esquecimento. As primeiras, por escolha própria, têm limitada sua vontade em matéria de recato*⁶⁹¹, ocorrendo uma verdadeira *redução espontânea dos limites da privacidade*⁶⁹², dado o interesse público no conhecimento

⁶⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 102.

⁶⁸⁷ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 147.

⁶⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1982, p. 5.

⁶⁸⁹ De fato, não se pode atrelar, ou confundir, o direito à privacidade com direito à Honra ou à Imagem, pois, se assim o fizer, estará sendo negada a existência do direito à privacidade como direito autônomo. Imagine-se, *ad exemplum*, o caso do médico ou laboratório que divulgue o nome dos pacientes infectados com o vírus HIV. Não se fere, aí, o direito à imagem (até porque a manifestação física ou sonora do indivíduo não foi utilizada), nem tampouco o direito à honra, mas, sim, o direito à privacidade, pois *cabe ao infectado e somente a ele decidir a respeito de a quem pretende comunicar a sua condição sorológica* (REINALDO, Demócrito. A AIDS e o Poder Judiciário. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. nº 01, v. 10, Brasília: STJ/Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, 1988, p. 20).

⁶⁹⁰ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 146.

⁶⁹¹ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 121.

⁶⁹² BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 104.

dos homens célebres (artistas, juizes, políticos, atletas, etc...) e, através desse conhecimento, sobre eles formar-se um Juízo de valor⁶⁹³.

A Imagem serve à identificação pessoal, é toda exteriorização da representação pessoal e particular do indivíduo. Nela entende-se incluídas a figuração artística da pintura, da escultura, do desenho, da cinematografia, da fotografia e da televisão e, ainda, extrapolando o sentido meramente visual da imagem, estendem-se os seus efeitos também à imagem sonora, na fonografia e na radiodifusão.

De outro lado, a inteira figura da pessoa é considerada como imagem, mas também não é necessário que a face esteja representada: as diferentes partes do corpo, desde que por elas se possa identificar o sujeito, são passíveis de proteção do direito à imagem. Para Carlos Alberto Bittar⁶⁹⁴, consiste a imagem no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto, etc...) que a individualizam no seio da coletividade.

Constituindo a imagem toda e qualquer exteriorização material e perceptível da personalidade humana, o direito à imagem, ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior⁶⁹⁵, é o direito de não vê-la mercantilizada, usada, sem o seu exclusivo consentimento, em proveito de outros interesses que não só próprios. No direito à

⁶⁹³ Nesse respeitante, é sempre interessante lembrar da advertência de MORSILLO, para quem o interesse público implica redução, diminuição da intimidade e não sua eliminação total. *Porque o interesse público haverá de se deter diante da esfera mais íntima da vida privada que, como tal, é inviolável. A intromissão ali, do interesse público não encontraria justificação, degradando-se este a mera curiosidade* (apud COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 43). Em outras palavras, a intromissão na esfera privada do indivíduo só é justificável nos estreitos limites do interesse público. A divulgação da evolução ou dos sintomas e seqüelas de uma nova moléstia em estudo (que pertence à privacidade do indivíduo doente) é justificada pelo interesse público. A divulgação do nome do doente é mera curiosidade e, como tal, constitui lesão ao direito de privacidade do paciente, passível de tutela jurídica como direito da personalidade violado.

⁶⁹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 87.

⁶⁹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. "Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado", *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. Vol 1, São Paulo: RT, 1992, p. 79.

imagem, tanto se tem o direito de que não se atribua à outra pessoa a nossa imagem, como a imagem de outro não seja a nós atribuída.

Houve, uma confusão inicial entre direito à imagem e direito à honra. Sustenta outra teoria, de surpreendente vitalidade, que o direito à imagem só é protegido quando a divulgação da mesma ofender o indivíduo; em outras palavras, não admite tal teoria o direito à imagem desvinculado do direito à honra pessoal; só haverá ilícito na divulgação não autorizada quando danosa à honra da pessoa figurada. Orlando Gomes, a esse respeito, escreveu:

O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, ou reproduzido, sem o consentimento dela, salvo se assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou de fatos de interesse público, ou que em público hajam ocorrido. Proíbe-se a reprodução ou disposição, quando o fato atenta contra a honra, a boa fama, a respeitabilidade da pessoa retratada, admitindo-se, que, nesses casos, possa o ofendido requerer a proibição e pleitear indenização do dano que sofreu. Tais, em síntese, as regras relativas ao direito à imagem.⁶⁹⁶

Esta teoria, não obstante importar em verdadeira negação do direito à imagem, pois o que na verdade se protege é a honra do indivíduo, tem invulgar força e aceitação no nosso direito, tanto é que o novo Código Civil prevê, em seu art. 20, a proibição de veiculação de imagem apenas quando atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo, ou quando se destinar à divulgação para fins comerciais. A remissão ao princípio da honra, para proteger os interesses comerciais, é suficiente para caracterizar a inconsistência jurídica da teoria que se mostra impotente e inoperante diante dos fatos ocasionados pelo célere desenvolvimento dos dias atuais. Outra corrente, defendida por Adriano de Cupis⁶⁹⁷; Paulo José da Costa Júnior⁶⁹⁸, e Milton Fernandes⁶⁹⁹ sustenta que o

⁶⁹⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 136.

⁶⁹⁷ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 129.

direito à imagem é derivado do direito à intimidade, do direito de vedar à indiscrição alheia à esfera exclusiva da vida privada de cada um. Por esta teoria, a utilização da imagem de uma pessoa, em seu recesso, sem o seu conhecimento, importa em ferir-lhe o direito à intimidade, reclamando, portanto, proteção jurídica.

A teoria padece dos mesmos vícios da anterior, por importar em negação do direito à imagem, porquanto o direito protegido é o direito à intimidade e, também, por se mostrar inoperante nos casos mais corriqueiros como por exemplo, no caso de nova publicação de imagem consentida. De fato, *qualquer teoria que subordine a proteção da imagem à violação de outro bem é, portanto, vazia. Explica o direito negando sua existência*⁷⁰⁰.

Assim, a imagem é bem jurídico autônomo⁷⁰¹, independente (*não atrelado à tutela de outros bens*⁷⁰²) de outros direitos da personalidade, e com campo e regras de incidência próprias⁷⁰³. O direito à imagem deve ser protegido por si mesmo. O indivíduo detém a exclusividade de sua própria imagem e qualquer disposição inconstitucional sobre ela constitui, por si só, um ato ilícito, mesmo que não ocorram outras circunstâncias danosas porque o dano está na quebra do respeito devido à personalidade do retratado. Vale a pena transcrever as palavras de Walter Moraes a respeito:

⁶⁹⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 49.

⁶⁹⁹ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 169.

⁷⁰⁰ FONSECA, Rodrigo Garcia da Fonseca. Direito à própria imagem. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. nº 55. São Paulo: RT, 1991, p. 99.

⁷⁰¹ Na defesa da autonomia do direito à imagem, pode-se citar, também, as vozes abalizadas de Josef Kohler, Santos Cifuentes, Hermano Duval e Antonio Chaves, cujos posicionamentos foram catalogados por BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 93-96.

⁷⁰² FERRARI, Janice Helena. "Direito à própria imagem", *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. Vol. 4, São Paulo: RT, 1991, p. 139.

⁷⁰³ BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem, aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 29.

Ou a imagem é bem relevante para o direito, capaz de determinar por si conduta que implique disciplina de uma norma jurídica, e então há faculdade de agir em razão deste bem - ou não o é, e então não há falar de um direito subjetivo cuja eficácia só pode defluir de imperativo que lhe atribui: desmoronaria, pois, toda uma edificação teórica que se vem erigindo à imagem, eis que os valores relevantes na vida jurídica, necessários à realização do direito, são, na verdade, o esteio concreto e perceptível à sombra do qual se compõem as estruturas abstratas do próprio ser normativo do direito⁷⁰⁴.

Vinca-se, por oportuno, a opinião de Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto Barbosa⁷⁰⁵, para quem não restam dúvidas quanto à autonomia do direito à imagem, face à orientação constitucional do art. 5º, inciso X, da CF/88, que determina uma proteção autônoma de tal direito. Relacionando-se o direito autônomo à imagem com *a faculdade que a pessoa tem de escolher as ocasiões e os modos pelos quais deve aparecer em público*, diz Carlos Alberto Bittar⁷⁰⁶, assume o direito à imagem o alcance de obstar que terceiros se utilizem de sua expressão externa, ou de qualquer um dos seus componentes que o identifiquem no meio social, sem o consentimento do titular, ou de obstar que o autorizado abuse no uso que lhe foi consentido (republicação, desvio de finalidade, etc.). O titular tem o direito exclusivo de autorizar a utilização, ou dispor da própria imagem, pois, conforme Walter Moraes, *a jurisprudência que se tem desenvolvido no Brasil, tem reconhecido explícita e implicitamente, sempre e com fundamento em direito da personalidade, a exclusividade do direito de autorizar ou proibir a utilização da própria imagem por*

⁷⁰⁴ apud FONSECA, Rodrigo Garcia da Fonseca. *Direito à própria imagem. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. n° 55. São Paulo: RT, 1991, p. 99.

⁷⁰⁵ BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem, aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

⁷⁰⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 88.

terceiros.⁷⁰⁷ Afinal, como diz De Cupis, *a pessoa deve ser árbitro de consentir ou não na reprodução de suas feições*⁷⁰⁸.

O direito à própria imagem encontra limitações. As pessoas públicas, revestidas de notoriedade (políticos, artistas, atletas, etc...), do mesmo modo que têm limitado o seu direito à privacidade, como se houvesse uma renúncia tácita à intimidade absoluta, como alhures comentado, também têm limitado o seu direito à imagem, eis que a sociedade, com fincas na liberdade de imprensa e no direito de informação, tem o direito de ser informada sobre os acontecimentos e a imagem das pessoas públicas⁷⁰⁹. Não se pode olvidar que tal limitação é relativa: só incide sobre a pessoa pública, no exercício de sua vida pública. Antonio Chaves melhor explica: *esse princípio concernente às personalidades públicas encontra seu limite em seu fundamento; a autorização especial torna-se necessária quando se trata de publicar uma foto representando a pessoa pública no decorrer de sua vida privada*⁷¹⁰.

Vinca-se, por oportuno, que só há a limitação se a finalidade da divulgação for informativa, pois o uso comercial dessa imagem de pessoa pública, obtida em lugar público, é totalmente vedado e depende de autorização especial⁷¹¹, não sendo possível imaginar a utilização da imagem de famoso atleta de futebol, colhida quando de competição internacional defendendo as cores da Nação Brasileira, em publicidade de determinada marca de cerveja, sem sua prévia e expressa autorização, ou, então, para comercializar álbuns de figurinhas, conforme já decidiu

⁷⁰⁷ *apud* BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem, aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62.

⁷⁰⁸ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 130.

⁷⁰⁹ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 114.

⁷¹⁰ BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem, aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 81.

⁷¹¹ BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 55-56.

o Superior Tribunal de Justiça, no célebre caso dos jogadores de futebol da copa de 70.⁷¹²

Há outras circunstâncias pré-excludentes da necessidade de consentimento, como quando a imagem faz parte da história ou da vida de certa localidade⁷¹³, ou quando é patente um interesse de ordem pública na divulgação da imagem (meliante procurado cuja foto é publicada no jornal; da pessoa desaparecida⁷¹⁴), ou, ainda, quando o indivíduo é retratado em cenário público ou como parte integrante de um grupo indistinto de pessoas, havendo o entendimento de que aquele que se encontra em acontecimento público renuncia à sua intimidade⁷¹⁵, desde que inexista qualquer destaque do indivíduo e que o retrato seja utilizado para divulgar o evento público⁷¹⁶.

Admite-se, ainda, a limitação do direito à imagem, quando assim determinar o interesse cultural ou científico. Autores há que defendem a relevância do interesse cultural sobre a imagem, quando tem o *escopo científico e didático*, tornando lícita a veiculação independentemente de autorização⁷¹⁷. Entretanto, entende-se que a defesa da imagem estende-se até onde existe a possibilidade de reconhecimento ou associação. É comum, em publicações científicas, a fotografia de membros

⁷¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 46.420-0-SP, 4ª. T, Rel: Min. Ruy Rosado de Aguiar , DJU, 05.12.94, pág. 33565: *Direito à imagem. Direito de arena. Jogador de futebol. Álbum de figurinhas. O direito de arena que a lei atribui às entidades esportivas limita-se à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público, mas não compreende o uso da imagem dos jogadores fora da situação específica do espetáculo, como na reprodução de fotografias para compor "álbum de figurinhas". Lei 5989/73, artigo 100; Lei 8672/93.*

⁷¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. t. VII. Rio de Janeiro: Borsi, 1974, p. 59.

⁷¹⁴ BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem, aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83.

⁷¹⁵ BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem, aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 85.

⁷¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 92.

⁷¹⁷ FERRARI, Janice Helena. *Direito à própria imagem, Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. vol. 4, São Paulo: RT, 1991, p. 142.

deformados ou anormais. Não havendo identificação da pessoa, o interesse científico se sobrepõe. Todavia, se a publicação torna capaz de identificar o fotografado, a autorização se faz necessária, sob pena de ser contrária ao direito.

Pela lei brasileira, a personalidade civil do homem começa no nascimento com vida, sendo que o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º, do CCB). Em outras palavras, o Código Civil estende a titularidade, o direito à proteção dos direitos da personalidade, também, aos nascituros⁷¹⁸, reforçando, ainda mais, o entendimento de que tais direitos são inatos. Há aqueles que vão ainda mais longe. Martha Asuncion Enriquez Prado⁷¹⁹ sustenta que mesmo o embrião humano, concebido *in vitro* e ainda não implantado, por ser uma unidade biológica em potencial, haverá de ser respeitado, e, com apoio nas palavras de Maria Jesús Moro Almaras, conclui: *Portanto, não se trata de um objeto, já que consideramos o embrião in vitro uma autêntica pessoa desde o momento da fecundação, um sujeito de direito com uma capacidade condicional, capacidade esta que se tornará plena com o nascimento* (grifo do original).

A proteção da personalidade, também deve ser estendida aos doentes mentais. Silma Mendes Berti, no respeitante à proteção daqueles incapazes de se defender, afirma que Ravanias acertadamente observa: *filmar doentes mentais em seu quadro habitual, em lugar privado que constitui sua vida íntima como seus hábitos pessoais, é já um atentado grave à sua vida privada. O alienado é, na vida, um ser em situação de fraqueza e a proteção sempre foi mais intensa para os mais fracos.*⁷²⁰

⁷¹⁸ BITTAR FILHO, Carlos Alberto & BITTAR, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: RT, 1993, p. 10.

⁷¹⁹ PRADO, Martha Asuncion Enriquez. *Aspectos jurídicos da inseminação artificial*. Dissertação no Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais, UEL, Londrina, 1992, p. 110.

⁷²⁰ BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 141.

Com o falecimento do indivíduo, cessam todos os direitos da personalidade. Entretanto o simples fato de a pessoa ter falecido não quer dizer que seus herdeiros ou familiares, se não atingidos diretamente, transfiram para si o sentimento pertencente ao *de cuius* e venham a se considerar ofendidos em lugar dele. Os direitos *comunicam-se* ao cônjuge e demais familiares do falecido, devendo, portanto, ser protegidos judicialmente⁷²¹.

As pessoas jurídicas têm um direito objetivo à sua honra, à sua reputação ou bom nome comercial⁷²². Têm direito, também, à manifestação sensível, externa, de sua personalidade, da imagem que a diferencia das demais perante o universo social: os símbolos da pessoa jurídica são a imagem de sua personalidade. Quem não reconhece os símbolos da Ferrari, da Volkswagen, da Honda, etc? Por outro lado, como a pessoa jurídica tem um lugar certo, um *lar*, ela troca correspondências e comunicações com outras pessoas, têm segredos comerciais e industriais, de maneira que têm necessidade de privacidade e intimidade⁷²³, de um domicílio inviolável, protegido da curiosidade alheia, sigilo de suas comunicações, como se lhe reconhece a vasta legislação nacional, protetiva do segredo comercial e industrial.

Apesar de entendimentos em contrário (entre outros, Wilson Melo da Silva, argumenta que *as pessoas jurídicas sejam, passivamente, responsáveis por danos materiais, compreende-se. Que, porém, ativamente, possam reclamar indenizações, conseqüentes deles é absurdo*⁷²⁴. Isso porque as pessoas jurídicas não se angustiam, não sofrem, e, portanto, não podem ser indenizadas, porquanto a dor é

⁷²¹ CHAVES, Antonio. Direito da Personalidade. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. nº 1, São Paulo; RT, 1977, p. 07.

⁷²² AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 2ª Ed, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 201-203.

⁷²³ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 124.

⁷²⁴ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 650.

elemento característico e condição *sine qua non* do dano moral⁷²⁵), apoiados na moderna teoria da realidade das pessoas jurídicas, Jean Dabin e Pierre Kayser, citados por Milton Fernandes⁷²⁶, são do entendimento de que se as pessoas jurídicas são reais, têm um ser constituído e organizado para atingir suas finalidades, não há porque lhes negar os benefícios do direito à personalidade. Carlos Alberto Bittar, na mesma linha de pensamento entende que *de fato, dotadas também de personalidade, respeitam-se para as pessoas jurídicas os direitos desse nível correspondentes a atributos que lhe são reconhecidos: assim, por exemplo, os direitos a identificação, através do nome e outros sinais distintivos; ao segredo.*⁷²⁷ Assim, a admissibilidade do dano extrapatrimonial contra a pessoa jurídica é a tese que prosperou na doutrina e na jurisprudência, ainda mais porque, conforme leciona Sérgio Severo, *a legislação em momento algum faz restrição à reparação dos danos extrapatrimoniais causados às pessoas jurídicas. O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, p. ex., refere-se a pessoas, gênero do qual as pessoas físicas e jurídicas são espécies*⁷²⁸.

A reparação do dano extrapatrimonial não é realizada à título de *pretium doloris*, mas sim, como sustenta Caio Mário da Silva Pereira⁷²⁹, à título de castigo ao ofensor e como compensação ao ofendido. José de Aguiar Dias⁷³⁰, sinteticamente, afirma não ser óbice a impossibilidade da exata avaliação do dano moral, pois igualmente ocorre na hipótese de dano material em que há

⁷²⁵ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 652.

⁷²⁶ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 123.

⁷²⁷ BITTAR FILHO, Carlos Alberto & BITTAR, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: RT, 1993, p. 46.

⁷²⁸ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21.

⁷²⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 61.

⁷³⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 426/427.

impossibilidade de reparação *in natura*. Ademais, em matéria de dano moral, para ele *o arbítrio é até da essência das coisas*. Quanto a ser repugnante à consciência jurídica a indenização em dinheiro, a firma, textualmente:

Esses argumentos deixam de entender que o nosso sentimento de justiça não se pode considerar satisfeito com a mera reparação dos prejuízos materiais, em face de ofensa à honra, ao sentimento de piedade, ao afeto, à integridade corpórea e à vida. A satisfação por que ansiamos, quando animados pela reprovação à ofensa, não será completa, se se resumir na indenização dos danos patrimoniais. O desgosto, a aflição, a humilhação sofridos pela vítima ficam sem compensação, sem satisfação, se nos limitamos a indenizar os danos meramente patrimoniais.⁷³¹

A reparação pecuniária do dano moral, portanto, vem neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia, humilhação, pela superveniência de sensações positivas, de alegria, satisfação, pois possibilita ao ofendido algum prazer, que, em certa medida, atenua o seu sofrimento.

Artur Oscar de Oliveira Deda, é enfático:

Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas, apenas, que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como, em regra, nos danos materiais, porém, concomitante, a função satisfatória e a de pena.⁷³²

Assim, a reparação do dano moral é destinada à satisfação do ofendido, como compensação de sua dor com a alegria que poderá lhe trazer a utilização do dinheiro⁷³³, e, também, à título de punição suficiente do ofensor⁷³⁴, para que se sinta desencorajado de repetir a ofensa. Ou, nas palavras do Superior Tribunal de Justiça:

⁷³¹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 426/427.

⁷³² DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A controvérsia teórica sobre a reparabilidade dos danos morais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. nº 2, São Paulo; RT, 1977, p. 27.

⁷³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, v. 2. Teoria geral das obrigações. 5ª ed., atual., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 75.

⁷³⁴ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*, Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora Ltda, 1994, 2. ed., p. 244.

*A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza.*⁷³⁵

A violação de qualquer um dos direitos à integridade moral (o ato desonroso cometido pelo ofensor), acarreta, no âmbito extrapatrimonial do ofendido, pela sua simples ocorrência, a presunção de prejuízo ao ofendido, não podendo escorar-se o ofensor na argumentação de que o ato não causou dano (dor) ao ofendido⁷³⁶. Ou seja, na própria prova do ato ilícito (lavratura de protesto ilícito, injúria, calúnia, difamação, revelação de segredo epistolar, etc...) está ínsita a prova do dano. Ou, no dizer de J. M. de Carvalho Santos⁷³⁷, *a prova da dor está in re ipsa, resulta precisamente do fato lesivo, porque o sofrimento dele é normal e naturalmente decorre.*

Basta, para caracterização do dano moral puro, para gerar o dever de indenizar, a ocorrência de um fato desonroso: a irrogação de ofensa à honra, a publicação desautorizada de uma foto, a divulgação de aspectos privados da pessoa, etc... Em outras palavras, *Ele está ínsito, presumido jure et de iure na ofensa à honra*⁷³⁸. É verdade. A sensação dolorosa que padece o ofendido, resultante de ato ofensivo à honra, ou à privacidade, ou à imagem, não necessita de uma demonstração específica, porquanto ela é inerente ao próprio evento causador do dever de indenizar, pois *não será, evidentemente, com atestados médicos ou*

⁷³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 168945/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, RSTJ 151/269.

⁷³⁶ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 251.

⁷³⁷ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*.v. 14. Rio de Janeiro: Borsoi. 1978. p. 246.

⁷³⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 175.010, Rel. Des. Toledo de Assunção. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, ° 413/143-146.

*com o depoimento de duas ou três testemunhas, que se demonstrará a dor, o sofrimento, a aflição...*⁷³⁹

Não se pode negar que normal e ordinariamente ocorre uma perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, no afeto, na reputação, de pessoa atingida em sua integridade moral. Certo é, portanto, presumir-se⁷⁴⁰, também, a existência da dor, com o efeito de eximir o ofendido da prova de sua dor em Juízo, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao determinar a indenização do dano moral independentemente de prova do prejuízo, na publicação de fotografia sem a indicação do nome do autor⁷⁴¹.

Vertentemente ao presente assunto, aliás, é oportuna a lição do professor Artur Oscar de Oliveira Deda, o qual, embasado nas idéias e palavras de Minozzi, sustenta que:

...em grande número de casos, a dor moral se evidencia com o próprio motivo. A morte de um filho causa profunda amargura a seus pais. Ninguém o pode contestar. Causa-lhes, também, a mais dolorosa emoção a desonra da filha estimada. Então, nesses casos, como em outros semelhantes, o certo é presumir que a dor existe. Não há necessidade de comprovação. Estranho, na realidade, seria admitir o contrário, quer dizer, que não sintam os pais a morte de seu filho, ou não sofram pela desonra da filha.⁷⁴²

Antes do advento Constituição Federal de 1988, vigorava o cauteloso entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido da inadmissibilidade da acumulação dos danos morais com materiais, indenizando-se, quando do mesmo fato originavam-se danos de natureza patrimonial e moral, apenas o danos

⁷³⁹ VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*, 1. ed., Campinas: E. V. Editora Ltda, 1994, p. 310.

⁷⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto & BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*, São Paulo: RT, 1993, p. 25.

⁷⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto & BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*, São Paulo: RT, 1993, p. 57.

⁷⁴² DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A controvérsia teórica sobre a reparabilidade dos danos morais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. m]nº 2, São Paulo: RT, 1977, p. 19.

patrimoniais⁷⁴³. Promulgada a Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça considerou que a impossibilidade de acumulação conduzia indiretamente à rejeição da ressarcibilidade do dano moral puro, garantida constitucionalmente, e pacificou orientação jurisprudencial através da Súmula nº 37: *São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato*. Portanto, é orientação majoritária, hoje, que *são cumuláveis os pedidos de indenização por danos patrimoniais e morais sempre que resultem do mesmo ato; deve-se frisar, aqui, que os primeiros se revestem de caráter ressarcitório, enquanto que os segundos, de natureza reparatória*.⁷⁴⁴

Qualquer dano pode ser reparado de duas formas: ou pela reparação *in natura*, isso é, pelo ressarcimento em forma específica, ou, pela reparação pecuniária, que consiste em repor dinheiro em lugar daquilo que se perdeu em razão da ofensa⁷⁴⁵.

Em se tratando de direitos da personalidade, a reparação natural somente excepcionalmente poderá ser utilizada, dada a natureza do bem agredido, que torna praticamente impossível a recolocação da vítima no *status quo ante*. Em alguns casos, na seara da personalidade, a reparação natural pode ser utilizada: 1) nas ofensas contra a honra, produzidas através dos meios de comunicação: a) pelo exercício do direito de resposta; b) pela retratação pública do ofensor; c) pela publicação da sentença condenatória do caluniador, difamador ou injuriador, à custa do mesmo; 2) na ofensa à honra da mulher pela prática de crime contra os

⁷⁴³ VALLER, Wladimir. *A reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro*, 1. ed., Campinas: E. V. Editora Ltda, 1994, p. 57.

⁷⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto & BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*, São Paulo: RT, 1993, p. 25.

⁷⁴⁵ porquanto o dinheiro tem uma *publica ac perpetua aestimatio*, conforme lembra Tito Fulgêncio (*apud* SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. vol. XI, 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1985. p. 40) e por isso *é o denominador comum de todos os valores*.

costumes: pelo casamento da ofendida com o ofensor; 3) nos danos estéticos pela cirurgia plástica reparatória⁷⁴⁶. Além disso poderá o lesado pedir a eliminação do objeto causador do dano, como a destruição de escrito ou suspensão de publicação, ou circulação do mesmo; destruição do desenho, gravura, fotografia ou filme; anulação do ato decisório, que o excluiu de associação; a separação judicial concedida ao ofendido motivada por conduta desonrosa do outro cônjuge; a exclusão do indigno da sucessão; etc...⁷⁴⁷

É de se ressaltar, por oportuno, que a reparação natural, nem sempre restabelece completamente o prejudicado à sua situação anterior, nem sempre afasta a totalidade do dano causado, como, por exemplo, na retratação, onde o ofensor admite que errou, mas que não elide, necessariamente, o prejuízo que causou. Neste ponto, lúcido é o entendimento de Mosset Iturraspe⁷⁴⁸, para quem, na maioria dos casos, a reparação natural deverá ser acompanhada do ressarcimento pecuniário⁷⁴⁹, de modo a se obter a reparação integral do prejuízo.

⁷⁴⁶ VALLER, Wladimir. *A reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro*, 1ª ed, Campinas: E. V. Editora Ltda, 1994, p. 258.

⁷⁴⁷ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 242-243.

⁷⁴⁸ *apud* VALLER, Wladimir. *A reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro*, 1ª ed, Campinas: E. V. Editora Ltda, 1994, p. 258.

⁷⁴⁹ Há entendimento contrário. BUITONI, Ademir. Reparar os danos morais pelos meios morais. *Revista de Direito Privado*, n. 16, São Paulo: RT, out/dez 2003, p. 43, argumenta: *É necessário respeito com a dor, com a moral, com a psicologia profunda do indivíduo. O sistema econômico atual tem propiciado muito desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, entre os quais está a dignidade moral. Melhor seria tornar mais severa a legislação penal nesse assunto do que tornar passível de indenização civil, pecuniária, o que não tem preço e nunca terá, que é a moral social. Penalizar o autor do dano pelo lado financeiro, em proveito da vítima, como a prática judiciária brasileira vem fazendo é, no mínimo, incentivar a especulação econômica nos litígios jurídicos. É necessário que a justiça brasileira, que os operadores jurídicos, que a sociedade como um todo, revisem a perigosa tendência atual de reparar os danos morais em dinheiro e comecem a propor a reparação, quando efetivamente cabível, pelos meios não pecuniários, a serem definidos caso a caso. E exemplifica: se uma pessoa ficou traumatizada por uma brincadeira assustadora num parque de diversões, não devidamente informada pelo promotor do evento, o autor do evento deve propiciar um tratamento psicológico para a vítima e não simplesmente dar uma quantia em dinheiro para reparar danos morais; se alguém sofreu danos morais por notícias inverídicas no jornal, na TV, deve ser objeto do desagravo pela mídia; se alguém teve título protestado indevidamente, o equívoco deve ser informado ao público, ao mercado financeiro, e assim por diante. (fls., 44)*

Costuma-se invocar o obstáculo da falta de critério legal para fixação do valor em pecúnia, dos danos morais, tanto em relação ao *an debeatur* (o que é devido), quanto em relação ao *quantum debeatur* (quanto é devido), eis que os critérios conhecidos até então, utilizados pelo direito na aferição dos danos patrimoniais, são imprestáveis e inaplicáveis aos danos morais. No direito brasileiro, existem critérios legais⁷⁵⁰, onde o legislador estabelece, para determinados danos, em que deve consistir a obrigação e os parâmetros para medida do dano; e, critérios judiciais, aplicáveis quando da inexistência de padrões legais, caso em que caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (parágrafo único, do art. 953 do CCB).

Uma vez estabelecido pelo julgador a ocorrência, extensão e gravidade da ofensa perpetrada a quaisquer um dos direitos à integridade moral, o próprio julgador deve fixar na sentença, o valor da indenização, evitando deixar a fixação do valor para ser apurado em liquidação de sentença⁷⁵¹.

⁷⁵⁰ No dizer de AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 258-259, Se está diante de critérios legais, quando a própria lei delimita a prestação da indenização, determinando-se não o montante da indenização (*quantum debeatur*), mas sim em que a mesma deve consistir (*an debeatur*). É oportuno vincar que existem regras que tentam regulamentar a indenização pelos danos à honra. Assim, quando o dano à honra é cometido através dos meios de radiodifusão, a indenização é prevista no artigo 81 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.177/62), e deve ser fixada dentro dos limites previstos no parágrafo primeiro, do artigo 84, o qual estabelece, de forma tarifada que a indenização será quantificada entre 05 (cinco) a 100 (cem) salários mínimos para as hipóteses de calúnia, difamação e injúria. Essa *tarifação* foi rejeitada na jurisprudência. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Agravo Regimental em Arão de Instrumento nº 508537 / MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 19/12/2003, p. 483: *Civil e processual. Agravo regimental. Indenização. Prequestionamento insuficiente. Lei de imprensa. Tarifação. Inaplicabilidade. I. As questões federais não enfrentadas pelo Tribunal estadual recebem o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do C. STF, não podendo, por falta de prequestionamento, ser debatidas no âmbito do recurso especial. II. Segundo a jurisprudência do STJ, a responsabilidade tarifada prevista na Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, de sorte que o valor da indenização por danos morais não está sujeita aos limites nela previstos. III. Razoabilidade na fixação do quantum indenizatório, o que não justifica a excepcional intervenção do STJ a respeito. IV. Agravo improvido.*

⁷⁵¹ Ao Juiz, e só a ele, cabe a fixação do valor dos danos morais, utilizando-se para isso de sua experiência, prudência, do bom senso e sentimento de justiça, aliados à firmeza, sendo elucidativas as palavras de Adroaldo Furtado Fabrício (*apud* VALLER, Wladimir. *A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro*, 1ª Ed., Campinas: E. V. Editora Ltda, 1994, p. 270) nesse respeitante: *O próprio juiz, socorrendo-se de sua experiência, de sua ciência e de sua consciência, está tão habilitado quanto outra pessoa qualquer de formação superior à avaliação desse dano. Talvez melhor, aliás, do que outro especialista qualquer, mercê da riqueza e variedade de suas vivências profissionais e do diuturno convívio com a sofrida e variada clientela do verdadeiro hospital de almas que é o foro. Um arbitramento formal só viria agravar o custo do processo e delongar o final*

A Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) dispõe em seu art. 53, diversas diretrizes e serem observadas pelo julgador quando do arbitramento da indenização:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua conduta anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

Não obstante tais critérios sejam dirigidos especificamente aos crimes contra a honra cometidos por intermédio de imprensa, muitas de suas diretrizes são aplicáveis à generalidade dos danos contra a honra, aos quais a doutrina acrescentou outros, como se pode ver das regras colacionadas por Ávio Brasil, citadas por Aparecida I. Amarante:

1ª regra: que a satisfação pecuniária não produza um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio⁷⁵². 2ª regra: equilíbrio entre o caso em exame e as normas gerais, de um caso em equivalência, tendo em vista: I - a curva de sensibilidade: a) em relação à pessoa que reclama a indenização; b) em relação ao nível comum, sobre o que possa produzir, numa pessoa normal, tal ou qual incidente; c) grau de educação da vítima; d) seus

encerramento do litígio, sem maior proveito. É essa a orientação majoritária encontrada em nossa doutrina, apontada por REIS, Clayton. *Dano moral*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 84-85, para quem *a idéia prevalecente do livre arbítrio do magistrado ganha corpo na doutrina e jurisprudência, na medida em que transfere para o juiz o poder de aferir, com o seu livre convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente. Afinal, é o juiz quem, usando dos parâmetros subjetivos, fixa a pena condenatória de réus processados criminalmente e/ou estabelece o quantum indenizatório, em condenação de danos ressarcitórios, de natureza patrimonial* (grifo do original). Não deixa de ter razão o Emérito Magistrado Paranaense. De fato, se é dado ao juiz arbitrar a pena criminal, escolher *ad libitum* a quantia de tempo que um indivíduo terá cerceada a sua liberdade, observando apenas critérios gerais, não se lhe pode impedir a fixação do valor pecuniário dos danos morais, até porque a propriedade é bem jurídico inferior à liberdade. É antiga a expressão: quem pode o mais, pode o menos. Também por imperativo da celeridade e economia processuais, se deve evitar procrastinação do feito com a remessa das partes à liquidação de sentença, quando perfeitamente possível (e até preferível), que o juiz profira sentença líquida, como medida de justiça real e efetiva.

⁷⁵² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 316, comentando essa regra, coloca a questão com lógica inquebrável: *a indenização não tem o objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um avantajamento, por mais forte razão deve ser equitativa a reparação do dano moral para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro.* A indenização do dano moral é compensação pela dor, compatível com a situação econômica do ofendido, e não meio de ilícito e rápido enriquecimento, transformando um cidadão de poucas posses em milionário da noite para o dia, o que, é contrário aos princípios basilares do Direito Civil, de proteção da boa-fé, e proibição do enriquecimento sem causa.

princípios religiosos; II - influência do meio, considerando: a) repercussão pública; b) posição social da vítima do dano. 3ª regra: considerar-se a espécie do fato: se é de ordem puramente civil, se comercial, ou se envolve matéria criminal. 4ª regra: que a extensão da repercussão seja em triplo à repercussão da notícia de que resultou o dano (grifos do original).⁷⁵³

Assim, devem ser analisadas a posição social, cultural e política do ofendido, a *popularidade* do mesmo⁷⁵⁴, a importância da lesão, sua duração e seqüelas sofridas, a intensidade do dolo, o grau de culpa do ofensor⁷⁵⁵ (dada a natureza punitiva da reparação, servindo a indenização como repúdio proporcional à ofensa perpetrada), o comportamento do ofensor antes e depois da ofensa moral⁷⁵⁶, a situação econômica do ofensor (já que a indenização tem como um dos seus motes o caráter punitivo do ofensor, e não se transformar no fato objetivo de sua ruína econômica e financeira⁷⁵⁷) e, ainda, é de ser observado que o valor da indenização deve servir como desestímulo à reiteração futura da lesão⁷⁵⁸.

7 A inexecução das obrigações

As obrigações devem ser fielmente cumpridas, tal como contratado, segundo os ditames da boa-fé. O devedor tem a necessidade jurídica de efetuar a prestação, no tempo, modo e lugar devidos, de maneira útil ao credor. Verifica-se a inexecução da obrigação quando chega o dia do vencimento e ela não é cumprida. Segundo

⁷⁵³ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 261.

⁷⁵⁴ BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*, Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1993, p. 113.

⁷⁵⁵ REIS, Clayton. *Dano moral*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 85.

⁷⁵⁶ REIS, Clayton. *Dano moral*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 84.

⁷⁵⁷ VALLER, Wladimir. *A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro*, 1ª ed, Campinas: E. V. Editora Ltda, 1994, p. 264-265.

⁷⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 94.

lição de Antunes Varela, a inexecução ocorre quando *a prestação debitória não foi efetuada*⁷⁵⁹ nem pelo devedor, nem por terceiro.

Na visão de Judith Martins Costa, não basta a situação objetiva de não realização da prestação para caracterizar o inadimplemento, sendo necessário a imputabilidade:

O inadimplemento não é, pois, nem a simples ausência de cumprimento nem a mera não-realização da prestação devida: constitui, especificamente, a não realização da prestação devida *na medida em que essa não-realização corresponda à violação da norma* (legal, convencional, imposta pelos usos ou derivada de modelo jurisprudencial) que era especificamente dirigida ao devedor (cominando o dever de prestar) ou ao credor (cominando o dever de receber).⁷⁶⁰

Assim, a inexecução pode ser: a) voluntária, quando nasce de um fato imputável ao devedor, dolosa ou culposamente; e, b) involuntária, quando decorre de causas estranhas à vontade do devedor, por exemplo, por caso fortuito ou força maior.

Conforme a inexecução seja voluntária ou involuntária, variarão os efeitos jurídicos, isto é, surgirá ou não a responsabilidade negocial, na forma que será escandida nos itens seguintes.

7.1 Inadimplemento

Para efeitos do presente trabalho se utiliza a expressão *inexecução* para significar o gênero, onde *inadimplemento* e *mora* são *espécies*. É interessante notar

⁷⁵⁹ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 50.

⁷⁶⁰ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 83.

que parte da doutrina utiliza a expressão inadimplemento para significar a inexecução, classificando-o em inadimplemento absoluto⁷⁶¹ ou definitivo⁷⁶², que ocorre quando a obrigação não mais pode ser cumprida exatamente como contratada ou não mais é útil ao credor recebê-la *in natura*, caso em que as perdas e danos abrangem não o valor do equivalente da prestação mais os danos experimentados; e inadimplemento **relativo**⁷⁶³, quando o cumprimento não foi feito no tempo, modo ou lugar convencionados, mas ainda pode sê-lo com proveito útil ao credor, caso em que o credor pode exigir a prestação exatamente como contratada, mais os danos advindos da demora.

De qualquer forma, é de se utilizar a palavra inadimplemento para significar a hipótese de não mais ser possível ou útil cumprir a prestação (inadimplemento absoluto), e a palavra mora é reservada para significar o caso de simples atraso no pagamento, sem qualquer impossibilidade do cumprimento *in natura* da prestação (inadimplemento relativo).

⁷⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 348: *O inadimplemento da obrigação pode ser absoluto (total ou parcial) e relativo. É absoluto quando a obrigação não foi cumprida nem poderá sê-lo de forma útil ao credor. Mesmo que a possibilidade de cumprimento ainda exista, haverá inadimplemento absoluto se a prestação tornou-se inútil ao credor. Este será total quando concernir à totalidade do objeto, e parcial quando a prestação compreender vários objetos e um ou mais forem entregues e outros, por exemplos, perecerem. O inadimplemento é relativo no caso de mora do devedor, ou seja, quando ocorre cumprimento imperfeito da obrigação, com inobservância do tempo, lugar e forma convencionados (CC, art. 394).*

⁷⁶² MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 148. *O incumprimento definitivo significa que a prestação, que não foi prestada como devida não poderá mais sê-lo. Embora a doutrina costume subsumir todas as hipóteses em que a prestação não mais poderá ser cumprida na mesma etiqueta – “incumprimento definitivo” – a verdade é que podemos divisar diferentes causas para essa definitividade da não-prestação: ou a impossibilidade, ou a perda do interesse do credor, por inútil, então, a prestação.*

⁷⁶³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 37). No mesmo sentido, MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 68, para quem o descumprimento da obrigação, ou a *falta pura e simples da prestação, provoca, em regra, o inadimplemento: a) por mora quando não definitivo (isto é, ainda possível e útil ao credor), ou, b) definitivo, habilitando o credor a uma prestação substitutiva (garantia), isto é, às perdas e danos, à cláusula penal ou a perda das arras, conforme o caso, ou possibilitando o exercício do poder resolutório (Código Civil, art. 475), se for o caso de contrato bilateral.*

7.1.1 Inadimplemento total

Ocorre o inadimplemento total quando a prestação *não foi cumprida, e nem poderá sê-lo*⁷⁶⁴, isto é, torna-se definitivo o inadimplemento justamente porque nada da prestação poderá ser proveitosamente cumprido tal como contratado. Isto é, cobre *a totalidade dos deveres objeto da prestação devida*,⁷⁶⁵

7.1.2 Inadimplemento parcial

O inadimplemento pode ser parcial, isto é circunscrito a uma parte da prestação, isto é, *quando a prestação compreender vários objetos e um ou mais forem entregues e outros, por exemplos, perecerem*.⁷⁶⁶ Ou melhor, ocorre quando apenas partes da prestação se torna impossível ou inútil ao credor.

Segundo Gustavo Tepedino,

...será parcial o inadimplemento absoluto da agência de turismo que promove uma excursão envolvendo visitas a diversas cidades, mas não leva os viajantes a uma delas porque deixou de confirmar, com a antecedência necessária, a hospedagem no hotel pré-agendado e não foi capaz de alojar os seus contratantes em outro estabelecimento; a viagem fora, portanto,

⁷⁶⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 7.

⁷⁶⁵ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 149.

⁷⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 348.

*realizada, mas acabou descumprida, de modo definitivo, uma das obrigações previstas no contrato.*⁷⁶⁷

Embora o inadimplemento parcial possa conduzir à resolução do contrato, pois o credor não pode ser obrigado a receber por parte (CCB, art. 314), *razão pela qual o inadimplemento de parte conduz, em regra, à resolução do todo*⁷⁶⁸, importante é definir os seus contornos, uma vez que nem sempre as prestações devem ser cumpridas integralmente de uma vez só, muitas vezes se sucedem no tempo, não permitindo – no plano fático - ao credor, recusar receber o pagamento parcial.

Para determinação do inadimplemento parcial, assaz importante é a verificação do cumprimento dos deveres acessório (ou laterais) derivados da cláusula geral de boa-fé (CCB, art. 422), conforme antes demonstrado.

7.2 Mora

Objetivamente, na forma prevista no art. 394⁷⁶⁹ do Código Civil, mora significa demora, atraso, retardamento, no cumprimento da obrigação. Isto é, a prestação tornou-se exigível pelo vencimento, e não foi cumprida, mas ainda pode ser cumprida tal como contratada de forma útil e proveitosa ao credor⁷⁷⁰, pois a

⁷⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 691.

⁷⁶⁸ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 149.

⁷⁶⁹ CCB, Art. 394. Consideram-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

⁷⁷⁰ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420).

*viabilidade do pagamento, após o vencimento, constitui, assim, um dos pressupostos da mora.*⁷⁷¹

Entretanto, o conceito de mora exige, em regra, um segundo elemento, que é a culpa (não exigível, por óbvio, em se tratando de caso submetido às regras da responsabilidade objetiva⁷⁷²), na forma exigida pelo art. 396⁷⁷³ do Código Civil. O devedor só incorre em mora quando retarda o pagamento sem causa justificada (exceto na hipótese de responsabilidade objetiva). Se há causa justificada, nem com interpelação fica constituído em mora. Assim, não há espaço, em regra, no direito brasileiro, para a mora sem culpa. A mora pressupõe um retardamento injusto, imputável tanto ao devedor (*mora debitoris*) quanto ao credor (*mora creditoris*), porque *culpa non carens*.

Sílvio Rodrigues⁷⁷⁴ entende que *a mora do credor não requer o aditamento da noção de culpa, para se caracterizar*, por dois motivos: a) o art. 963⁷⁷⁵ do Código Civil não exigiu tal requisito para constituir a *mora creditoris*; b) ao permitir-se ao credor não receber a prestação, sem culpa, sobrecarregar-se-á o devedor que, também sem culpa, passará a responder pelo acréscimo dos riscos, em face do princípio da *perpetutio obligationis*. Perfilham o mesmo entendimento Agostinho

Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 148. *A mora (cuja noção será detidamente examinada no comentário ao art. 394), também chamada de inadimplemento não-definitivo, ou relativo, consiste no fato de a prestação, possível e imputável ao devedor, não ter sido realizada no tempo, lugar e forma devidos. Mas este incumprimento pode não ter efeitos definitivos no programa contratual, já que a prestação, embora não cumprida tal como devida, ainda poderá ser cumprida, dependendo do interesse do credor, da utilidade que a prestação ainda pode ter para si.*

⁷⁷¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 171.

⁷⁷² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1992; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. vol. II, São Paulo: RT, 1993; STOCO, Rui. A responsabilidade por vício de qualidade e quantidade no Código de Defesa do Consumidor é objetiva ou subjetiva? *Revista dos Tribunais*, São Paulo; RT, nº 774, p. 134-139, abril/2000.

⁷⁷³ CCB, Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

⁷⁷⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 2, Parte geral das obrigações. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 272.

⁷⁷⁵ A obra faz referência ao Código Civil de 1916, com igual redação do atual Art. 396.

Alvim⁷⁷⁶, Clovis Beviláqua⁷⁷⁷, Manuel Ignácio Carvalho de Mendonça⁷⁷⁸, Valdecir Mendes de Oliveira⁷⁷⁹, e Carlos Roberto Gonçalves⁷⁸⁰.

Contrariamente, entendem que a mora do credor exige também o elemento culpa: San Tiago Dantas⁷⁸¹, Miguel Maria de Serpa Lopes⁷⁸², Washington de Barros Monteiro⁷⁸³, Arnaldo Rizzardo⁷⁸⁴. J. M. de Carvalho Santos, mencionando apoio de Dernburg, aduz que: *Se nenhum dos dois tem culpa, também é claro que não se pode falar em mora, precisamente porque falta o elemento culpa, que é essencial à constituição em mora. E cita exemplo: O credor ficou obrigado a ir receber a prestação no domicílio do devedor e não o pode fazer pela mesma razão, isto é, devido à inundação.*⁷⁸⁵

⁷⁷⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 32-36.

⁷⁷⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, Tomo IV, p. 90.

⁷⁷⁸ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. T. I. 4ª Ed. aum. e atual. por DIAS, José de Aguiar. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 478.

⁷⁷⁹ OLIVEIRA, Valdecir Mendes. *Direito das Obrigações Aplicado*. São Paulo: Edipro, 1996, p. 283 e 284.

⁷⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 359: *Se o elemento culpa (fato ou omissão imputável ao devedor) é necessário para a caracterização da mora deste, conforme dispõe o retrotranscrito art. 396 do Código Civil, tal não ocorre com a do credor. Se aquele oferece a prestação oportunamente, configura-se a mora deste, se não a recebe, independentemente de culpa. O primeiro deixa de responder pelos riscos da coisa (ainda que o último não a tenha recebido por motivo alheio à sua vontade), por ter oferecido o pagamento quando se tornou exigível.* Muito embora, na mesma obra, mais adiante (fls., 368), admita que o credor não se considera em mora quando Há justa causa para a recusa: Recusa injustificada em receber. Não basta somente a recusa. Para que o credor incorra em mora é necessário que ela seja objetivamente injustificada. Observe-se que o art. 335, I, do Código Civil refere-se a esse requisito essencial da mora, subordinando a consignação em pagamento ao fato de o credor, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na dívida forma. Por conseguinte, não há mora accipiendi se a abstenção do credor tem fundamento legítimo e é, portanto, justificada, como sucede, por exemplo, quando o devedor oferece menos do que aquele tem direito, ou a oferta não é feita no momento ou lugar devido ou lhe é oferecido objeto defeituoso.

⁷⁸¹ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil II*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983, p. 76.

⁷⁸² LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 2, Obrigações em Geral. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 342.

⁷⁸³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28º ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 321.

⁷⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro; Forense, 1999, p. 323.

⁷⁸⁵ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. vol. XII. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1985. p. 212.

Conclui-se pela aplicabilidade da corrente que exige o elemento culpa, pelos seguintes motivos: a) O devedor tem direito a pagar e obter o recibo na devida forma (CCB, art. 319). Então, a *contrariu sensu*, o credor tem obrigação de receber e fazer o recibo (*ius et obligatio sunt correlata*)⁷⁸⁶. Ora se o devedor da obrigação de receber e fazer o recibo (credor) não cumpre com essa obrigação em razão de um caso fortuito ou força maior, não pode ser responsabilizado pelos prejuízos em face do disposto no art. 393 do Código Civil; b) Se a mora do devedor depende de culpa, também a mora do credor deverá depender dela. Os dois institutos (*mora creditoris* e *mora debitoris*) correm paralelamente, intimamente vinculados no Código, não havendo como deixar de exigir para ambos, os mesmos requisitos, sob pena de violação do princípio da igualdade de tratamento entre as partes, sob pena de se estabelecer dois pesos e duas medidas. Neste mesmo sentido, não se pode olvidar do texto expresso do art. 392, que exige a presença da culpa para exigir responsabilização, não se refere a credor ou a devedor, mas sim à “*parte*”.

Assim, como a culpa é da essência da mora (CCB, arts. 392 e 396), não havendo fato ou omissão imputável ao credor ou ao devedor, não incorrem estes em mora, não se podendo falar em mora no caso de retardamento sem culpa, exceto se aplicável ao caso a responsabilidade objetiva.

⁷⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 715: *O princípio da boa-fé objetiva impõe às partes deveres anexos à obrigação principal, como os de cooperação e o de proteção aos interesses recíprocos (v. comentário ao art. 422). Portanto, não é mais possível sustentar que o credor tenha mero direito de receber, uma vez que, em função da cláusula geral da boa-fé objetiva, hoje expressamente prevista no art. 422, cabe ao credor, também, a obrigação de cooperar para que o devedor possa desincumbir-se da obrigação.* Em outros termos, mas com igual sentido, MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 239-240. *A relação jurídica obrigacional é relação entre situações jurídicas correlatas, e não apenas entre direitos e deveres. Desse modo, não só o devedor está numa situação subjetiva de dever, em relação ao credor: este também está em situação de dever em relação ao devedor. Por isto mesmo, ocorre a mora do credor quando este não cumpre com o dever de cooperação que lhe concerne, deixando de colaborar para que a dívida seja solvida.*

Portanto, mora é o injusto retardamento no cumprimento (pagamento no sentido amplo) da obrigação, quer por parte do devedor, quando não satisfaz a tempo a obrigação, quer por parte do credor, quando não quer receber a prestação oferecida no tempo, lugar e forma convencionados, ou por qualquer outro modo a embaraça ou impede.

Importante lembrar, neste passo, que a culpa do devedor é presumida: o simples retardamento é prova *juris tantum* da mora (nos casos de mora *ex re*: CCB, art. 397), ou melhor, da culpa daquele que está em atraso, permitindo à outra parte a prova em contrário, para justificar o retardamento (a impossibilidade de obter dinheiro ou a insolvência não constitui justo motivo para liberar o devedor da mora). Se não há data pré-fixada, é necessária a interpelação ou notificação do devedor (mora *ex persona*: CCB, art. 397, parágrafo único), para colocá-la em mora e tornar eficaz a presunção de culpa.

Há contratos que se prorrogam automaticamente, após o vencimento, não havendo, portanto, mora pelo vencimento: locação, arrendamento, parceria agrícola, etc, também exigindo notificação.

7.2.1 Mora do credor

A recusa injustificada⁷⁸⁷ de aceitar a prestação devidamente ofertada, ou de aceder ao convite do devedor para prestar a sua cooperação quando esta é

⁷⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 710: *Os requisitos da mora do credor (ou mora accipiendi) são: i) a oferta regular do devedor (completa, no lugar e tempo oportunos); e ii) a recusa, sem justa causa (v. comentário ao art. 396), do credor em recebê-la ou a prestar a cooperação necessária para o adimplemento, quando esta se fizer*

necessária para tornar materialmente possível a prestação (escolha, preparação das contas, recusa à quitação, a devolução do título, etc.), constitui em mora o credor (mora *creditoris* ou mora *accipiendi*). Se a recusa do credor em receber for justa, não haverá mora.

Estando o credor em mora, sua responsabilidade é delimitada pelo disposto no art. 400 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

O primeiro efeito da mora *accipiendi* não consta expressamente do texto legal, mas é haurido por simples interpretação teleológica. A mora do credor não pode agravar a obrigação do devedor (que continua devendo!!!), mas não faz desaparecer a obrigação, nem modifica o vínculo obrigacional, nem piora sua condição, ficando o devedor apenas e tão somente isento de responder pelas conseqüências da mora.

O segundo efeito da mora do credor é restringir a responsabilidade do devedor pela conservação da coisa apenas ao caso de dolo (ou à culpa grave, que é equiparada ao dolo⁷⁸⁸, apesar de forte posicionamento doutrinário em contrário⁷⁸⁹). O simples abandono da coisa é considerado dolo. Para Carlos Roberto Gonçalves, *procede com dolo o devedor que, em face da mora do credor, deixa a coisa em*

necessária. A oferta pode ser feita pelo próprio devedor, por terceiro interessado ou, ainda, terceiro não interessado (v. arts. 304 e 305).

⁷⁸⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro; Forense, 1999, p. 326: *Não se estende a ausência de dolo a quem não alimenta o gado, ou não dá o tratamento veterinário reclamado no caso de moléstias. Iguamente, não favorece a norma aquela que não protege das intempéries os bens.*

⁷⁸⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 105: *Em face do nosso direito, entendemos que fixa excluída a culpa grave, omitida pela lei. Não obstante isso, entende que o devedor não pode abandonar a coisa, causando sua destruição, sob pena de responder por dolo, dando o exemplo de pássaros engaiolados (p. 108).*

*abandono. Exige a lei que tenha um mínimo de cuidados com a sua conservação, pois lhe assegura o direito ao reembolso das despesas que efetuar*⁷⁹⁰. No mesmo sentido, Silvio Rodrigues, afirmando que o *abandono por parte do devedor, capaz de conduzir à destruição da coisa, ainda que representasse o exercício de um direito, colidiria com o interesse da comunidade, que não pode aplaudir qualquer solução que leve a uma perda da riqueza social que ponha ênfase no desperdício*⁷⁹¹. O devedor meramente culposo fica isento da responsabilidade pela conservação da coisa, passando ao encargo do credor o risco e o perigo da coisa, mesmo se forem coisas incertas. Em resumo, o risco da coisa (*res perit domino*) que até então era do devedor, passa a ser suportado pelo credor, inclusive os decorrentes de caso fortuito ou força maior.

Demais disso, a mora do credor não extingue a obrigação, mas prolonga-a no tempo. Se o aumento do tempo não é imputável ao devedor, não é justo fique ao seu encargo suportar as despesas empregadas na conservação da coisa que é do credor. Por exemplo, a mora de receber o gado, onde o devedor tem despesas de manutenção e conversação dos animais. Todas essas despesas de guarda e conservação da coisa, que forem devidamente comprovadas pelo devedor, devem ser suportadas pelo credor. É o terceiro efeito da mora do credor.

E, por fim, como quarto efeito da mora do credor, esse não poderá tirar lucro de sua mora. Em regra, na contrato de compra e venda, incumbe ao vendedor os

⁷⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 369.

⁷⁹¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 2, Parte geral das obrigações. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 248. No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 721-722: *Desse modo, o abandono por parte do devedor, capaz de conduzir à destruição da coisa, ainda que representasse o exercício de um direito, colidiria com o interesse social, que não pode aplaudir qualquer solução que leve ao desperdício ou à perda de riqueza social... [...]Se a coisa vier a se deteriorar durante a mora deste e tendo o devedor adotado os cuidados indispensáveis à sua conservação, aquele sofrerá a perda ou poderá aceitar a coisa no estado em que se encontra sem, contudo, eximir-se de sua prestação. Esta parece ser a correta interpretação da primeira parte do dispositivo ora comentado.*

riscos da coisa e ao comprador os riscos do preço, na forma prevista no art. 492⁷⁹² do Código Civil. Logo, se o valor da coisa objeto do contrato oscilar por influência das leis de mercado, o comprador (credor da entrega da coisa) suportará o risco de perder ou ganhar, conforme a oscilação se dê para mais ou para menos. Essa equação se quebra por efeito da mora do credor, passando o devedor a auferir os lucros advindos da valorização do valor da coisa. Se o valor da coisa que deve ser entregue, oscilou entre a data marcada para o pagamento e a data da sua efetiva realização, resta o credor obrigado a receber a coisa pelo seu valor mais alto (cotação mais alta). Se valorizar, deve ressarcir, isto é, deve pagar um sobre-preço. Se desvalorizar, quem perde é o credor em mora.

Por fim, é de se registrar, ainda, que, havendo mora do credor, não incide o devedor na cláusula penal e não responde pelos juros moratórios, e pode o consignar em pagamento⁷⁹³ (Arts. 334 e seguintes).

7.2.2 Mora do devedor

A mora do devedor (mora *debitoris* ou mora *solvendi*) ocorre quando o devedor não cumpre, culposamente, no devido tempo, lugar⁷⁹⁴ e forma

⁷⁹² CCB, Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

⁷⁹³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 722: *O art. 400 não indicou todos os efeitos da mora do credor. Além daqueles ali expressamente previstos, a mora do credor produz pelo menos outros três efeitos: i) o devedor libera-se da pena convencional estipulada para o caso de inadimplemento; ii) o devedor não paga os juros de mora; e iii) surge a possibilidade do devedor de consignar em pagamento para se desobrigar (nesse sentido, STJ, REsp. 146.650, 6º T., Rel. Min. Vicente Leal, julg. 25.03.1999, publ. DJ 26.04.1999 e Carvalho Santos, Código Civil, p. 335).*

⁷⁹⁴ Mas há quem não concorda: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 709: *O CC, entretanto, parece ter incorrido em certa imprecisão*

convencionados (determinado banco, determinada cidade, determinado dia, por determinada forma) obrigação exigível.

Uma vez constituído o devedor em mora, suportará ele os efeitos da mora *debitoris*, cujos efeitos estão escandidos em dois dispositivos do Código Civil.

Os três primeiros efeitos encontram-se consubstanciados no art. 395 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá rejeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Em primeira linha de raciocínio, a mora do devedor não extingue a obrigação. Como primeiro efeito da mora do devedor, ele continua devendo exatamente a prestação devida (*idem*), continuando vinculado a cumprir a *praestatio vera rei debita* em favor do credor. Em segundo lugar, o devedor responde pelo ressarcimento dos prejuízos que provierem ao patrimônio do credor, como consequência da mora.

Sempre que o retardamento causar prejuízos ao credor, o devedor em mora deve ressarcir, além de cumprir o *idem (praestatio vera rei debita)*, tudo o que o credor deixou de tirar da prestação, se esta tivesse sido feita no tempo devido (frutos, juros, cláusula penal, lucros cessantes, etc.), tudo devidamente corrigido e acrescido de juros moratório. A indenização das perdas e danos não é substitutiva da prestação devida (como ocorre no inadimplemento), mas complementar a ela. Se

técnica, ampliando demasiadamente o conceito de mora. É verdade que o devedor responde também pelas infrações relacionadas com o lugar e o modo de cumprimento da obrigação, mas isto, tecnicamente, Não configura mora (Orlando Gomes, Obrigações, p. 200). A prestação realizada em local diverso do pactuado ou de modo inadequado configura o cumprimento defeituoso da obrigação, uma das possibilidades de inadimplemento, a que se convencionou chamar violação positiva do contrato (v. comentário ao art. 389).

o credor receber a prestação e mora, sem qualquer reclamação, não poderá, ao depois, pedir complementação, pois se presume este ato como renúncia ao direito⁷⁹⁵. Uma vez purgada a mora, a obrigação se extingue, ou o contrato permanece vigente entre as partes, ficando afastada a resolução contratual por inadimplemento.⁷⁹⁶

Em regra, o credor não pode recusar receber a exata prestação devida (interpretação a *contrariu sensu* do art. 313 do CCB). Mas, havendo mora do devedor, se a prestação não mais seja útil ao credor ou tenha sido ajustado o pacto comissório (estipulação da resolução do contrato de pleno direito em caso de mora – CCB, art. 474⁷⁹⁷) ou outra cláusula específica (*o credor poderá, todavia, se desincumbir deste ônus se acordar previamente com o devedor que a prestação efetuada em desacordo com o tempo, forma e lugar devidos será havida por inútil.*⁷⁹⁸), como terceiro efeito da *mora solvendi*, o credor pode validamente recusar o recebimento da prestação *in natura* (*idem*) e exigir o pagamento de todas as suas perdas e danos (*in quod interest*), ou seu substitutivo:

⁷⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 712. é, mas logo em diante, se desdiz: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 723-724: *É importante notar que o recebimento sem ressalva da prestação a destempo pelo credor implica a renúncia deste ao direito de reclamar os prejuízos decorrentes da mora solvendi.*

⁷⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 278.064/MS, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, STJ/DJU de 14/04/03, pág. 225: *Seguro. Cláusula de cancelamento automático do contrato em caso de atraso no pagamento do prêmio. Insubistência em face do Código de Defesa do Consumidor. Ausência de interpelação. Pagamento feito no dia seguinte do vencimento. É nula a cláusula de cancelamento automático da apólice (art. 51, inc. IV e XI, do CDC). Pagamento do prêmio efetuado no dia seguinte ao vencimento; antes, pois, interpelação, do segurado (Resp. nº 316.449-SP). Recurso Especial não conhecido.*

⁷⁹⁷ CCB, Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

⁷⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 713.

O descumprimento dessas circunstâncias, ou a falta pura e simples da prestação, provoca, em regra, o inadimplemento: a) por mora quando não definitivo (isto é, ainda possível e útil ao credor), ou, b) definitivo, habilitando o credor a uma prestação substitutiva (garantia), isto é, às perdas e danos, à cláusula penal ou a perda das arras, conforme o caso, ou possibilitando o exercício do poder resolutório (Código Civil, art. 475), se for o caso de contrato bilateral.⁷⁹⁹

É lógico que, na ausência de pacto comissório ou outra cláusula expressa, o credor terá que provar essa inutilidade⁸⁰⁰, que não se presume (isto é, a recusa em receber a prestação in natura não é arbitrária) e será analisada objetivamente⁸⁰¹ sob a exclusiva ótica do credor. Vale dizer, a inutilidade não é *generaliter*, mas sim *para o credor daquela obrigação específica*⁸⁰². De fato, a preparação de um jantar será sempre útil para a generalidade das pessoas, mas não aos formandos, se já passou a data da formatura.

⁷⁹⁹ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 68.

⁸⁰⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, Tomo IV, p. 91; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 55; SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. vol. XII. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1985. p. 323, e RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 2, Parte geral das obrigações. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 247; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 355, citando Inocêncio Galvão Telles: “*Não basta que o credor diga, mesmo convictamente, que a prestação já não lhe interessa; há que ver, em face das circunstâncias, se a perda de interesse corresponde à realidade das coisas: Assim, por exemplo, “um industrial, que tem de se deslocar em determinado dia a um país estrangeiro a fim de fechar um contrato, freta um avião para essa data. Se a companhia aérea falta, a viagem materialmente poderia realizar-se em data posterior. Provando-se, porém, que objetivamente a viagem perdeu interesse porque entretanto o contrato foi fechado com outra entidade, não há apenas mora mas não cumprimento (definitivo)”*”.

⁸⁰¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 924-925: *este critério significa que a importância de tal interesse, embora aferida em função da utilidade concreta que a prestação teria para o credor, não se determina de acordo com o seu juízo arbitrário, mas considerados elementos suscetíveis de valoração pelo comum das pessoas. Além disso, exige-se a efetiva perda do interesse do credor e não uma simples diminuição. O caso mais freqüente consistirá no desaparecimento da necessidade que a prestação se destinava a satisfazer.*

⁸⁰² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 54, e RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 2, Parte geral das obrigações. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 247. Nesse respeitante, MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 256, acredita que : (...), a “inutilidade” do inadimplemento derivado de um contrato pode ser mensurada, objetivamente, à vista das suas repercussões no equilíbrio entre as prestações; na funcionalidade do contrato, implicada no concreto programa negocial, que organiza os riscos e vantagens, os custos e os benefícios de cada parte; na relação de proporcionalidade; na própria licitude, considerada à vista da cláusula geral do art. 187.

O quarto efeito da mora do credor está previsto no art. 399 do Código Civil, com a seguinte redação:

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior se estes ocorrerem durante o atraso, salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

De regra, o caso fortuito ou força maior resolve a obrigação (CCB, art. 393), porém, a *mora debitoris* tem o efeito de perpetuar a obrigação, tornando-a subsistente pelo seu equivalente mesmo quando a coisa pereça sem culpa do devedor. A regra é: o devedor em mora responsabiliza-se por todos os riscos da coisa, ocorridos durante a mora.

O referido dispositivo legal, ao consubstanciar a frase *salvo se provar isenção de culpa* pode levar o intérprete mais apressado a entender que o devedor se exime de indenizar os danos que foram produzidos sem sua culpa. A redação legal é defeituosa: ora, se a mora pressupõe a culpa não se pode falar em devedor em mora sem que tenha culpa. Admitindo-se a mora, não se concebe possa o devedor livrar-se dos riscos da coisa; se ele não tinha culpa, não era um devedor em mora⁸⁰³. Em resumo: elide a responsabilidade, se provar que não estava em mora...⁸⁰⁴

Na parte final, consubstancia o art. 399 uma situação interessante: fica o devedor livre da responsabilidade se provar *que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada*. Significa que o credor não deve perder com a mora do devedor, mas também não deve ganhar, não lhe sendo lícito

⁸⁰³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 59.

⁸⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 366: *A expressão “salvo se provar isenção de culpa” é defeituosa, pois se o devedor provar tal isenção não haverá mora, e, portanto, estará livre das conseqüências desta. Ademais, se a impossibilidade da prestação resulta de caso fortuito ou de força maior, é porque não houve culpa do devedor.*

exigir a satisfação de um dano estranho à mora. A hipótese legal é justamente essa: se o devedor provar que, mesmo oportunamente cumprida a obrigação, ainda assim o credor teria experimentado o prejuízo do fortuito, ficará ele isento de indenizar. Isto é, o devedor deve provar⁸⁰⁵ que o dano sobreviria mesmo que a coisa estivesse em poder do credor (que a casa, mesmo em mão do credor se incendiaria, os bois morreriam ou a colheita se perderia na enchente).

A prova não é fácil, eis que o devedor terá que provar, também, que o credor não teria tempo hábil para transformar ou proteger o objeto da prestação (venderia, etc...). A prova do devedor deve consistir que, ao se verificar o fortuito, não poderia ter completado a transformação. Não fazendo tal prova, fica responsável pelo pagamento do valor do equivalente.

7.2.3 Mora bilateral (simultânea e sucessiva)

Na lacônica previsão legal a mora é sempre unilateral: ou é mora do credor ou é mora do devedor. Mas, e se houver mora bilateral, isto é, mora de ambos os pólos da relação jurídica obrigacional?

Não obstante o silêncio do Código, a mora bilateral pode ser sucessiva ou simultânea.

⁸⁰⁵ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 300: (...) *Aqui o núcleo da questão reside na prova de inexistência de nexo causal entre a mora (mesmo imputável à culpa), e o dano. Como averbara Medeiros da Fonseca, cabe ao devedor comprovar a relação, “absoluta e exclusiva” de causa e efeito entre o caso fortuito e o dano, não havendo, portanto, um deslocamento dos riscos, mas apenas a agravação, para o devedor, do ônus probandi.*

Será sucessiva a mora bilateral, quando uma mora sucede a outra, não coexistindo, no tempo. O devedor em mora quer purgar e o credor não quer receber (ou vice versa), caso em que daí por diante cessa a mora do primeiro e começa a mora do segundo. A regra, neste caso é: a última mora elimina a anterior⁸⁰⁶. É interessante registrar, que existe entendimento contrário, admitindo que cada um responda pelos prejuízos resultantes de sua mora⁸⁰⁷. Sem razão, contudo, eis que a dicção do Código Civil não deixa dúvidas: uma vez que a parte – mesmo em mora – se ofereça a suportar os efeitos de sua mora, considera-se purgada, isto é, extinta a sua mora, e com ela todos os seus efeitos. Daí que, na mora sucessiva, permanece apenas os efeitos da última mora.

Será simultânea se ocorre a um só tempo a mora de ambos (credor e devedor deixam de comparecer ao lugar ajustado para o pagamento), sendo que os efeitos da mora se anulam mutuamente, neste caso⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 265: *Preciso se tornará, no entanto, que simultânea seja a mora bilateral: se sucessiva, só a última acarreta conseqüências (posterior mora nocet)*; Nesse sentido, também: MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. T. I. 4ª Ed. aum. e atual. por DIAS, José de Aguiar. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 487: *Se, porém, a mora é sucessiva, só a última produz todos os efeitos*.

⁸⁰⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 2, Obrigações em Geral. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 354: *O mesmo já não sucede quando a mora é sucessiva. Apesar da regra posterior mora nocet, o que se admite no caso é que a mora superveniente atinge o culpado, tornando-o passível de suas conseqüências, sem prejuízo de que ele possa, a ser turno, obter, por igual, os direitos correspondentes à mora cessada por sua própria culpa. Assim, se o devedor incidir em mora, mas posteriormente sobrevier a do credor, a cessação da mora do devedor, por efeito da superveniência da do credor, não retira a este o direito de haver as perdas e danos, relativo ao tempo em que durou a primeira. Em síntese: o princípio posterior mora nocet – não importa em destruir os direitos adquiridos, em conseqüência da mora anterior desaparecida em face da posterior*. No mesmo sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 370; MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 243; e, ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.p. 166.

⁸⁰⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII, t. III, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 56; Também MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 304: *Se se tratar de “dívida mista” o devedor tem de ir levar e o credor tem de ir receber num lugar que não corresponde ao domicílio ou ao centro de interesses de nenhum deles. Qualquer que se omita incide em mora se o outro comparece. Se nenhum dos interessados se faz presente ao lugar do pagamento, não se pode ter como caracterizada a mora de qualquer*

7.3 Adimplemento imperfeito (violação positiva do contrato)

Mas há um outro problema, não solucionado pelo lacônico texto civil. E se a obrigação foi cumprida, porém *mal* cumprida? Segundo Gustavo Tepedino,

...há casos, por fim, em que não há que se falar propriamente em inexecução, mas no cumprimento indevido da obrigação. O devedor não deixa de prestar, mas o faz mal. Diferentemente de que se dá no inadimplemento absoluto e na mora, em que o devedor omite-se, deixando de cumprir a obrigação ou de cumpri-la no tempo, forma ou local ajustados, nesta hipótese tem lugar uma ação positiva do devedor, porém sem satisfazer adequadamente o interesse do credor, exigível por força do título. A esse cumprimento defeituoso dá-se o nome de “violação positiva do contrato” ou “do crédito”, no sentido utilizado por Zitelmann (Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 208). Exemplo clássico é o do credor que adquire ração para alimentação dos seus animais, a qual, porém, muito embora tenha sido entregue no prazo, se encontrava imprópria para o uso e, por conta disso, acarreta a morte de diversas reses.⁸⁰⁹

deles, e a solução será a de considerar-se prorrogado o vencimento, por convenção tácita, para momento futuro e incerto, a ser determinado judicialmente ou mediante interpelação formal.; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, *Direito das Obrigações 1ª Parte*. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 265.: *Verificando-se mora de ambos os contratantes, como se, por exemplo, nenhum deles comparece ao lugar ajustado para pagamento, dá-se a sua compensação, e, por via de consequência, a recíproca exoneração da pena pecuniária pactuada. Nesse caso, as coisas devem ficar no mesmo estado, como se não tivesse havido mora, quer do credor, quer do devedor*; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 2, *Obrigações em Geral*. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 353-354: *Se a mora debitoris coincide com a mora do credor, temos uma simultaneidade de moras, o que importa no aniquilamento recíproco de ambas, por força de uma natural compensação. Dada a impossibilidade dessas duas moras serem coevas, elas se destroem, pois é um contra-senso a mora recíproca e simultânea*. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 370: *As situações permanecem como se nenhuma das duas partes houvesse incorrido em mora. Se ambas nela incidem, nenhuma pode exigir da outra perdas e danos*. No mesmo sentido, MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 243.

⁸⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 693.

Não obstante alguns autores preferam utilizar as expressões inadimplemento imperfeito, cumprimento defeituoso⁸¹⁰ ou adimplemento ruim, a expressão violação positiva já se encontra consagrada⁸¹¹.

Hermann Staub entendeu como suporte fático da violação positiva do contrato no direito alemão:

...os incontáveis casos nos quais alguém descumpra uma relação por meio de atuação positiva, nos quais alguém pratica aquilo de que deveria abster-se, ou efetua a prestação que deveria ser efetuada, mas de forma defeituosa.⁸¹²

É que essas atuações positivas ou o cumprimento defeituoso causam danos a parte, devido a não observância de um dever lateral de conduta, advindo do princípio da boa-fé, principalmente do seu vetor confiança⁸¹³. Conforme Jorge Cesa Ferreira da Silva, há violação positiva do contrato quando ocorrer *inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação*.⁸¹⁴

Em inteira sintonia, Judith Martins Costa argumenta que essa *espécie de inadimplemento* não se refere ao cumprimento da prestação, senão *espécie de dever descumprido*, recobrando os *deveres secundários, laterais, acessórios e*

⁸¹⁰ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 165.

⁸¹¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 125; No mesmo sentido, MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 151.

⁸¹² apud SILVA, Jorge César Ferreira da. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.13

⁸¹³ SILVA, Jorge César Ferreira da. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 270

⁸¹⁴ SILVA, Jorge César Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro:Renovar, 2002, p. 145-146.

*instrumentais, notadamente os deveres derivados do princípio que manda agir segundo a boa-fé.*⁸¹⁵

Assim, por este entendimento, apenas a quebra daqueles deveres laterais provenientes exclusivamente do princípio da boa-fé, não guardando relação com a tipicidade da prestação principal, caracterizam-se como violação positiva do contrato, com especial destaque para os deveres de proteção.⁸¹⁶

Entretanto, calha trazer à fiveleta os exemplos fornecidos por Antunes Varela (cana de açúcar entregue fermentada e dos animais entregues doentes⁸¹⁷) e dos exemplos – citados por Jorge Cesa Ferreira da Silva - do fornecedor habitual de forragem, que entrega um lote de forragem com grãos venenosos que causam a morte de animais, ou do comerciante que recebe um lote de maçãs estragadas que passam a estragar a maçãs boas.

É de se observar que nestes casos tem-se não apenas a afronta aos deveres laterais, mas também ao próprio dever principal da prestação, que, em tese, não estaria albergado pela violação positiva do contrato (se não, pela garantia do vício redibitório).

Entretanto, é de se observar que do mesmo ato surgem dois tipos de danos, os primeiros dizem respeito aos tipicamente causados pela não realização da prestação e são abarcados pelas categorias da mora e do inadimplemento absoluto (reposição dos produtos: cana, forragem, maçãs ou animais); os segundos são causados pela infração do dever lateral de proteção (a desídia com o restante do

⁸¹⁵ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 150.

⁸¹⁶ SILVA, Jorge César Ferreira da. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 273; No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 105.

⁸¹⁷ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 61.

patrimônio do credor, ou seja, os animais que morreram e as maçãs que vieram a apodrecer), sendo, pois, casos de violação positiva do contrato:

Uma série de motivações justificam esta compreensão. Em primeiro lugar, trata-se de interesses absolutamente distintos. Um deles é o interesse em obter a prestação (as maçãs, a forragem) em contraprestação a um valor pago ou a pagar. Outro é o interesse em manter o estado de seus próprios bens, pessoais ou patrimoniais. Em segundo lugar, características típicas dos deveres laterais mostram-se presentes, tal qual a manutenção do dever mesmo em face da nulidade do contrato. Veja-se que, se por qualquer motivo fosse inválido o contrato de compra e venda, não perderia a eficácia o dever de, exemplificativamente, avisar o comprador dos possíveis danos decorrentes da utilização do objeto pretensamente adquirido. Em terceiro lugar, a imposição doutrinária da necessidade de danos típicos, distintos dos danos ordinários decorrentes da mora e do inadimplemento absoluto, bem dá conta de que não se trata de um normal descumprimento. Ao contrário, extrapola-se o plano da ordinaryidade, agregando-se a ela elementos característicos decorrentes de outras fontes.⁸¹⁸

Para outros, contudo, o adimplemento imperfeito envolve, também, o descumprimento da prestação principal.

De fato, para Ubirajara Mach de Oliveira, a expressão violação positiva do contrato *abarca as hipóteses de cumprimento defeituoso da prestação principal, de incumprimento ou impossibilitação de prestações secundárias e de violação de deveres acessórios*.⁸¹⁹

No mesmo sentido, Ruy Rosado de Aguiar Junior, para quem

A imperfeição procede de ofensa: ao modo e a forma estabelecidos para a prestação, aí incluída a quantidade e a qualidade (entrega de coisas em quantia inferior; prestação de serviços com deficiência); ao mesmo tempo (os serviços prestados por menos tempo do que o previsto) e ao lugar (mercadorias entregues em cidade diversa da indicada). O cumprimento imperfeito pode estar ligado à própria prestação principal, e assim ofender diretamente a obrigação principal, mas também pode decorrer do descumprimento de obrigação acessória, sendo essa violação causadora de ofensa indireta à obrigação principal...⁸²⁰

⁸¹⁸ SILVA, Jorge César Ferreira da. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 247.

⁸¹⁹ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra positiva do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 25, p. 39-48, 1998.

⁸²⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 124; No mesmo sentido, CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 161: *O traço distintivo desta modalidade de incumprimento não consiste no atraso ou na inexecução definitiva, mas sim em deficiências ou defeitos na prestação que é desempenhada, mas não da forma (pelo*

Antunes Varela, a seu turno, centra seu conceito na espécie de dano produzido pela violação positiva do contrato, não apenas e tão somente na espécie do dever descumprido:

Há, porém, muitos casos em que a deficiência ou defeito da prestação ou em que a falta de cumprimento de um dos deveres acessórios de conduta a cargo do devedor causa prejuízos especiais ao credor, que não são cobertos pela sanção correspondente ao não-cumprimento da obrigação ou à mora. Não se trata apenas de ter ficado por satisfazer, definitivamente ou temporariamente, o interesse do credor a que a prestação se encontra adstrita. Outros interesses são afetados nesse caso pelo cumprimento defeituoso. Os animais vendidos e entregues ao fazendeiro estavam de tal modo atacados por doença contagiosa que não só morreram, mas contagiaram gravemente outros animais.⁸²¹

E, mais adiante, explica:

A morte dos animais entregues, mesmo que fosse considerada como não-cumprimento da obrigação, poderia ser reparada através da prestação de outros animais sãos. Mas essa prestação não cobriria o dano da doença provocada nos outros animais com o cumprimento defeituoso da obrigação.⁸²²

E conclui:

Há, portanto, cumprimento defeituoso da obrigação sempre que, por deficiência da prestação ou por inobservância de um dos deveres acessórios de conduta a seu cargo, o devedor causa prejuízos especiais ao credor.⁸²³

De igual forma, Mário Júlio de Almeida Costa, entende que a violação positiva do contrato deve ser analisada de forma residual, abrangendo tanto o cumprimento

modo) que foi imposta ao devedor, havendo ofensa a sua qualidade; CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das obrigações*. v. 2, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 440: *Dizemos que há cumprimento ou prestação inexata sempre que, chegando o prazo para a sua execução, esta seja efetivada em termos que não correspondam a conduta devida. A não correspondência pode advir de algum dos vários fatores acima referidos, como seja, a insuficiência, a má qualidade, etc., do comportamento tomado, face á atitude devida. Por isso, só caso a caso é possível indagar da excelência da prestação efetuada.*

⁸²¹ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 165.

⁸²² VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 165.

⁸²³ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 166.

defeituoso como também a violação dos deveres laterais, abrangendo apenas os danos que o incumprimento definitivo ou a mora, em si mesmos, não seriam susceptíveis de produzir, isto é, *de o devedor efectuar uma prestação cujas deficiências ou irregularidades produzem danos específicos ao credor.*⁸²⁴

E, em outra passagem, confirma:

Estamos em face, relativamente às outras duas formas mais vulgares de infracção do dever de prestar, de um conceito residual, que abrange a execução defeituosa e a violação de deveres acessórios ou laterais. Acrescenta-se à sua própria configuração, como elemento individualizante, a tipicidade dos danos causados ao credor; visto que ele os não sofreria se o devedor de todo não houvesse efectuado a prestação; dito de maneira diversa, o incumprimento definitivo ou a mora, em si mesmos, não seriam susceptíveis de produzir tais danos. Na verdade tratando-se de danos derivados da falta de cumprimento perfeito e não de danos específicos ocasionados pelo cumprimento defeituoso, a situação reconduz-se a incumprimento definitivo ou a mora.⁸²⁵

Para Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão, o cumprimento defeituoso ou violação positiva do contrato ocorre quando o devedor realiza prestação que não corresponde integralmente à prestação a que estava vinculada, inexistindo, por isso, *satisfação adequada ao interesse do credor*⁸²⁶, e assim estabelece a diferença com o incumprimento definitivo e temporário:

Em qualquer caso, o cumprimento defeituoso é susceptível de causar ao credor danos distintos daqueles que resultem da mora ou do incumprimento definitivo da obrigação, pelo que adquire autonomia em relação às outras de violação do vínculo obrigacional.⁸²⁷

⁸²⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 967.

⁸²⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 987-988.

⁸²⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. II: Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 265.

⁸²⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. II: Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 265.

Para Antonio Menezes Cordeiro, em situações em que o cumprimento da prestação principal, o desempenho do comportamento por parte do devedor, cause dano, utiliza-se a expressão para ressaltar que, *embora realizando o comportamento a que estava adstrito, o obrigado inadimpe a substância da relação jurídica*. Fala-se em violação positiva porque não há mero não agir ou agir completamente fora do previsto em contrato, mas atuação dentro dos parâmetros contratuais que não permite que o negócio jurídico atinja a finalidade para a qual foi celebrado e conseqüentemente, ocorre dano. Antonio Menezes Cordeiro identifica três situações como de violação positiva: *o mau cumprimento da prestação principal; o não cumprimento dos deveres acessórios; e o não cumprimento de prestações secundárias.*⁸²⁸

Esse conceito mais elástico é preferido, pois permite efetuar uma diferenciação entre adimplemento imperfeito e vício redibitório, permitindo convivência pacífica entre os referidos institutos no direito brasileiro, conforme será visto mais adiante.

Uma vez que a responsabilidade pelo inadimplemento imperfeito se fulcra no princípio da boa-fé objetiva, tem-se que essa responsabilidade é objetiva, isto é, independe de culpa:

Imagine-se o exemplo do pecuarista que entrega ao parceiro comercial cavalos adoentados e que a virose que infesta os animais comprados infecta o rebanho do último, causando-lhe danos. Mesmo que o solvens nunca tenha presenciado tal problema em sua propriedade e que não tenham notado qualquer anormalidade, ainda que possua rigoroso controle de qualidade mediante análises semanais, na sanidade de sua tropa, restando assim demonstrada a necessária diligência, ainda assim haverá de reparar tais danos, pois não há, na hipótese, excludente de causalidade hábil a ser invocada.⁸²⁹

⁸²⁸ CORDEIRO, Antonio Menezes. Violação positiva do contrato. *Estudos de Direito Civil*, vol. I. Coimbra: Almedina, 1987, p. 134

⁸²⁹ CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 165.

E o nexo de imputação é objetivo eis que o adimplemento imperfeito se verifica justamente pela violação da clausula geral de boa-fé, verificada no momento do adimplemento⁸³⁰.

Impende não olvidar, neste passo, que incide aqui, com toda a força, o princípio da boa-fé, notadamente o adimplemento substancial, de modo que:

(...) um pequeno vício na prestação, a falta de uma pequena parcela ou “inexatidões” não podem conduzir a que o credor recuse a prestação, ou proponha a resolução do contrato, *se a falta for totalmente desproporcional ao complexo dos interesses envolvidos*. Nestes casos verifica-se um conflito de direitos: de um lado, o direito do credor a exigir a prestação devida; de outro, a pretensão do devedor de não sofrer um prejuízo totalmente desproporcional à sua pequena falta. À luz da situação concreta, o intérprete deve *ponderar* qual das situações é a mais pesadamente atingida, “em termos de fazer ceder a outra”.⁸³¹

7.3.1 Vício redibitório

Segundo João Manuel de Carvalho Santos, vício redibitório é

... o vício ou defeito, oculto, que torna a coisa imprópria ao uso, a que é destinada, ou lhe diminui o valor, de tal sorte que a parte, se o conhecesse, ou não contrataria, ou lhe daria um preço menor.⁸³²

Em tese, os conceitos de inadimplemento e vício redibitório não se confundem, mas quando entramos na seara do adimplemento imperfeito, muitas

⁸³⁰ Há quem defenda que não se trata de responsabilidade objetiva, mas sim presunção de culpa, com inversão do ônus de prova. Nesse sentido, LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. II: Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 265: *Em segundo lugar, ao cumprimento defeituoso é aplicável a presunção de culpa do art. 799.º, n.º1, o que obriga o devedor a demonstrar que ele não procede de culpa sua*.

⁸³¹ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 230.

⁸³² SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. vol. XV, 11ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1986. p. 335.

vezes nos deparamos com situações em que o intérprete duvida se há mero vício da coisa, ou se há inexecução da obrigação, pelo viés do adimplemento imperfeito:

Ora, se é certo que a obrigação do vendedor fica descumprida todas as vezes que a coisa, no ato da entrega, não mostra corresponder às especificações do contrato de venda, isto é, não se ajusta á declaração de vontade, cabe perguntar que qualificação deve ser dada ao caso em que, só depois da entrega, a discordância em questão se patenteia. Por outras palavras: deve ser considerada não cumprida a obrigação do devedor, quando só depois da entrega da coisa se evidencia a falta de um dos atributos focalizados na conclusão do contrato? Ou deve essa falta ser tida como vício oculto, e conseqüentemente tratada como matéria redibitória?⁸³³

Essa distinção é assaz importante, eis que a pretensão pela inexecução do contrato (pelo viés do adimplemento imperfeito) pode ensejar não só tutela específica da obrigação (CCB, art. 395) como a resolução do próprio contrato (CCB, art. 474), com indenização das perdas e danos (CCB, art. 389), e é proponível no prazo de 10 anos⁸³⁴ (CCB, art. 205). Já as pretensões edilícias – redibitória ou estimatória (*quantum minoris*), conduzem à rejeição da coisa (CCB, art. 441) ou abatimento do preço (CCB, art. 442), autorizando a imposição da responsabilidade pelas perdas e danos tão somente se o alienante *conhecia*⁸³⁵ o vício ou defeito (CCB, art. 443), e a pretensão se submete ao prazo prescricional⁸³⁶ de 30 (trinta) dias, se a coisa for móvel, ou ao prazo decadencial de 1 (um) ano, se for coisa imóvel, na forma prevista no § 1º, do art. 445, do Código Civil.

⁸³³ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Proteção do comprador. *Problemas de Direito Positivo – Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 247.

⁸³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. III, Tomo II (arts. 185 a 232). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 305.

⁸³⁵ Isto é, o nexa de imputação *da responsabilidade* não só é subjetivo, mas não se caracteriza com a simples culpa, exigindo dolo específico: *conhecia o vício ou defeito*.

⁸³⁶ Conforme AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 744, p. 726-750, out. 1997, a natureza do prazo – se de decadência ou de prescrição – é determinado pela natureza da pretensão. Assim, a ação *quantum minoris* (estimatória, para abatimento do preço) é condenatória, razão do prazo prescricional. A ação redibitória, por resolver o contrato, é desconstitutiva, razão do prazo decadencial.

Qualquer um dos exemplos antes mencionados (forragem com grãos venenosos ou animais doentes) poderia ser classificado como vício redibitório, pois as prestações foram entregues com defeitos ocultos e intrínsecos.

Fundado nas lições de Gino Gorla, Francisco Clementino de San Tiago Dantas, salienta que os atributos ou qualidades de uma coisa podem ser normais (quando é lícito esperar que uma coisa tenha determinadas qualidades em razão de sua própria finalidade) ou convencionais (isto é, quando determinada qualidade é especialmente destacada pelas partes), e conclui que a falta de um atributo normal é vício redibitório e, a falta de um atributo convencional importa inexecução:

De inexecução da obrigação de entregar a coisa, fala-se, em primeiro lugar, quando o vendedor não executa a entrega, ou quando dá uma coisa por outra (discordância na identidade); e segundo lugar, quando a coisa entregue pelo vendedor não tem as qualidades previstas e garantidas no contrato (discordância nos *dicta et promissa*). Se a discordância é patente à verificação do comprador, de tal modo que este a denuncia para rejeitar a coisa ou para recebê-la sob reserva de aceitação ulterior, não há confusão possível do inadimplemento com a garantia de vícios redibitórios. Se, porém, só depois de aceita a coisa, a falta de uma qualidade garantida se vem a patentear, pode o intérprete entrar em dúvida sobre a sua qualificação jurídica. Entendo, pelas razões expostas acima, que a verificação do defeito em momento posterior à entrega não modifica a sua qualificação: se há falta de qualidade que o vendedor garantira, é de inadimplemento que se trata; se há falta de qualidade inerente à coisa, compreendida em sua normalidade, mas não especificada pelas partes no ato da compra, é caso de vício redibitório. Muitas vezes, sendo a qualidade garantida um acessório ou pertinência da coisa, na própria qualidade pode ocorrer o vício redibitório.⁸³⁷

Não nos convence essa argumentação. De fato, no exemplo dos animais doentes, em se aplicando o critério defendido por Francisco Clementino de San Tiago Dantas, somente restaria protegido o adquirente se constasse, no contrato, cláusula expressa de garantia de sanidade dos animais, restando ao adquirente apenas tão somente buscar, no exíguo prazo do vício redibitório, a redibição do contrato, pois a legítima expectativa do adquirente referente aos atributos normais e

⁸³⁷ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Proteção do comprador. *Problemas de Direito Positivo – Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 252-253.

esperados da coisa restariam completamente desprotegidos, mesmo com a incidência da cláusula geral de boa fé, informadora do adimplemento. Aliás, o próprio Francisco Clementino de San Tiago Dantas anteviu a fragilidade do seu critério de diferenciação, ao argumentar que, no caso de dúvida, o comprador que deve escolher qual a regra jurídica que orienta o caso (sendo inútil a regra de que pretensão especial exclui uma ação geral, pois no caso, as ações edilícias ou *ex-contrato* não são gênero e espécie uma da outra), pois,

A proteção edilícia é historicamente uma dilatação da proteção concedida ao comprador. É certo que a ação *ex-contrato* tem no direito civil de hoje uma amplitude bem maior do que tinha a *actio empti* no sistema do *ius civile*. Mas ainda assim nada explica que a proteção edilícia funcione como obstáculo às reclamações fundadas na boa fé dos contratos. Se um comprador está protegido pelo contrato, o fato de seu prejuízo derivar de um defeito, que também pode ser considerado vício oculto, não justifica a retirada do direito de ação fundado no contrato. Tal restrição desmentiria a finalidade dos meios redibitórios, e inverteria a proteção que eles dispensam, fazendo deles um anteparo para as infidelidades do vendedor.⁸³⁸

Assim, parece-nos mais correto utilizar o critério defendido por Antunes Varela⁸³⁹, Mário Júlio de Almeida Costa⁸⁴⁰ e Luis Manuel Teles de Menezes Leitão⁸⁴¹, realizando a diferenciação pelos efeitos do defeito: se o defeito que vicia coisa não extrapola os limites da própria coisa (touro entregue doente, tornando-se inservível para a reprodução), isto é, não produz ao adquirente prejuízos outros que não o dano decorrente do próprio incumprimento (dano intrínseco: o valor do equivalente do próprio touro e os lucros que o mesmo produziria), o caso é de vício redibitório; se o defeito que vicia a coisa extrapola os limites da própria coisa (a

⁸³⁸ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Proteção do comprador. *Problemas de Direito Positivo – Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 251-252.

⁸³⁹ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 166.

⁸⁴⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 987-988.

⁸⁴¹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. II: Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 265.

doença do touro entregue é transmissível), atingindo interesses outros do credor (dano exógeno: atinge o restante do rebanho do credor), o caso é de cumprimento defeituoso.

Neste particular, a solução não é de todo desconhecida do direito brasileiro. É ela utilizada nas relações do consumo, onde resta bem marcada a diferença entre cumprimento defeituoso (fato do produto ou serviço) e vício redibitório (vício de produto ou serviço).

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º. O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

Analisando referido dispositivo legal, Arruda Alvim *et alii*, argumentam que

O fato do produto, estrito senso, é a repercussão externa do defeito do produto, ocasionando dano na esfera de interesse juridicamente protegido do consumidor, ou seja, é a causa objetiva do dano causado ao consumidor em virtude de feito do produto, também denominado “acidente de consumo”. Em outras palavras, e tendo em vista a classificação que vimos acima, fato do produto é a manifestação danosa dos defeitos juridicamente relevantes, que podem ser de criação, produção ou informação (defeito), atingindo (nexo causal) a incolumidade patrimonial, física ou psíquica do consumidor (dano), ensejando a responsabilização delitual, extracontratual, do fornecedor, independentemente da apuração de culpa.⁸⁴²

Como se vê, a responsabilidade pela fato do produto, exige a presença de três elementos: o defeito, o dano, e o nexo de causalidade entre eles.

⁸⁴² ALVIM, Arruda, *et alii*. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2ª Ed. p. 118.

Nos termos do parágrafo primeiro, do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, o produto defeituoso traz perigo para a segurança do consumidor e por lhe causar dano, o que é contrário à sua expectativa legítima (ter produto seguro). A lei não exige que o produto ofereça uma segurança absoluta⁸⁴³, mas apenas a segurança que se possa legitimamente esperar, o que só poderá ser avaliado no caso concreto. Neste sentido, Eduardo Gabriel Saad argumenta:

...o que a lei espera é que o produto ofereça segurança contra riscos previsíveis e que seja inerentes à sua natureza. Se de um lado se reconhece a impossibilidade de todos os produtos oferecerem o máximo de segurança ao consumidor, de outro afirmar-se que o fornecedor tem a obrigação de proporcionar aos adquirentes de seus produtos amplas informações sobre a maneira correta e segura de utilizá-los⁸⁴⁴.

O ponto nodal do conceito de defeito é a segurança do produto, já que é defeituoso o produto que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, ou que contenha informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos:

... o defeito que ocasiona o dano não é estético, e sim, substancial, relacionado com a segurança que dele legitimamente se espera, atentando para aspectos extrínsecos, como a apresentação do produto, e intrínsecos, relacionados com a sua utilização e a época em que foi colocado em circulação⁸⁴⁵.

Mas, não basta o defeito, isto é a falha de segurança, a inadequação do produto ou serviço, que o torna capaz de oferecer um risco anormal para os

⁸⁴³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 227: *Não se trata de uma segurança absoluta, mesmo porque o CDC não desconhece ou proíbe que produtos naturalmente perigosos sejam colocados no mercado de consumo; ao contrário, concentra-se na idéia de defeito, de falha na segurança legitimamente esperada.*

⁸⁴⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei n. 8.078, de 11.09.90*. São Paulo: LTr, 1999. p. 218.

⁸⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et alli*. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 162.

consumidores, para que surja o fato do produto. É necessário o dano. Neste sentido, Roberto Senise Lisboa argumenta que

Responsabilidade pelo fato do produto e serviço é aquela que advém de um acidente de consumo, ou seja, de um evento que acarreta, ao menos, danos morais ao consumidor. No acidente de consumo, o produto ou o serviço apresenta um vício exógeno ou extrínseco, isto é, um defeito que extrapola a própria substância do bem e ofende a vida, a saúde (higidez física e psíquica) ou a segurança do consumidor (art. 6º, I, da Lei 8.078/90)⁸⁴⁶.

Logo, fato do produto não se traduz apenas e tão somente em defeito do produto ou serviço, mas no dano causado pelo produto ou serviço entregue ou cumprido de maneira defeituosa. A título de exemplo, o fato de uma determinada série de automóveis sair da linha de produção com defeito no sistema de freios, não caracteriza fato do produto (apenas vício do produto, conforme será visto mais adiante), se não ocorrer um dano que extrapole a própria essência do bem de vida (um acidente, causado pelo defeito de fabricação, causando dano ao consumidor).

Arruda Alvim *et alii*, esclarece:

É nesse momento que fica claro o sistema adotado pelo Código, qual seja, aquele que considera como fato do produto todo e qualquer dano, podendo este ser oriundo de um vício, que, por sua vez traz em si, intrínseco, uma potencialidade para produzir dano. Assim, caso o vício não cause dano, correrá para o consumidor o prazo decadencial, para que proceda a reclamação, previsto neste artigo 26. No entanto, vindo a causar dano, ou seja, concretizando-se a hipótese do artigo 12, deste mesmo código, deve-se ter em mente o prazo quinquenal, disposto pelo artigo 27, sempre que se quiser pleitear indenização.⁸⁴⁷

É que o mero defeito constatado no produto ou serviço não caracteriza fato do produto, mas sim vício do produto ou serviço, regulamentado na forma do art. 18 do Código de defesa do consumidor, *in verbis*:

⁸⁴⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 236-237.

⁸⁴⁷ ALVIM, Arruda, *et alii*. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed, São Paulo: RT, 1995, p. 172/173.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º. Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Como se vê, em se tratando de mera inadequação do produto ou serviço (quantidade e qualidade), circunscrita na esfera da previsibilidade e normalidade, isto é, onde os danos (demora, lucros cessantes pelo não funcionamento) se situam dentro da previsibilidade e normalidade do não cumprimento ou da mora, resta ao consumidor apenas e tão somente exigir que a mora seja purgada, isto é, a sanção do vício dentro do prazo de trinta dias, na forma prevista no § 1º, do art. 18, do CDC, retro transcrito, somente surgindo a possibilidade de reclamar a redibição do contrato (com perdas e danos), se o defeito não for sanado nesse prazo.

De início, pode causar espécie a previsão constante do inc. II, do § 1º, do art. 18, do CDC, ao falar em restituição da quantia paga *sem prejuízo das perdas e danos...* É que, se a ocorrência do dano é justamente o critério diferenciador em *fato e vício*, como é que se pode falar em perdas e danos em se tratando de *vício do produto*?

Óbvio é que mesmo o vício do produto tem potencialidade de causar algum dano ao consumidor. É de se voltar ao exemplo do automóvel com defeito nos freios. Mesmo que o fabricante faça um *recall* e substitua o sistema de freios defeituoso, ainda assim o consumidor ficará certo período de tempo – duração necessária à realização do conserto – impossibilitado de utilizar seu veículo. Eventualmente, nesse período, o consumidor terá que dispor de outro meio de transporte (alugar um

veículo, táxi, ou transporte coletivo), e quase com certeza terá dano patrimonial, mínimo que seja.

Maria Antonieta Zanardo Donato bem sintetiza a diferença:

Os defeitos previsíveis e normais encontram-se inseridos na expectativa do consumidor. Os que excederem a previsibilidade e a normalidade esperada, e que conjugados à demonstração de insegurança, serão considerados defeituosos, aptos, pois, a provocar um acidente de consumo.⁸⁴⁸

Tem-se, pois, que no âmbito de aplicação da legislação consumerista, caso o vício ou defeito verificado no produto diga respeito aos danos normais e típicos do descumprimento contratual, previsíveis e circunscritos à própria coisa ou à sua simples falta (isto é, danos típicos decorrentes do incumprimento), eis que inseridos na legítima expectativa do consumidor, haverá vício do produto. Ao contrário, se os danos extrapolam a previsibilidade e normalidade esperadas, atingindo outros interesses ou direitos do consumidor (danos especiais, não decorrentes da mera inexecução), isto é, indo além do objeto ou à sua simples falta, haverá fato do produto ou serviço. Em síntese, no microsistema consumerista, a diferença entre cumprimento defeituoso e o vício redibitório, é estabelecida, principalmente, pelos efeitos produzidos: se produzidos danos normais e previsíveis do incumprimento, haverá vício do produto (vício redibitório); se produzidos danos extraordinários e não previsíveis como decorrentes do incumprimento, haverá fato do produto (adimplemento ruim ou cumprimento defeituoso)

Nada impede a adoção desse critério, também, na seara civil, pois não é novidade a diferenciação, na doutrina civilista, do incumprimento em razão dos efeitos por ele produzidos. A própria classificação do incumprimento considera *não a*

⁸⁴⁸ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 7. p. 223.

*causa, mas o efeito (principal) do não cumprimento*⁸⁴⁹, distinguindo entre incumprimento definitivo (ou inadimplemento) e incumprimento relativo (mora ou retardamento), conforme já vincado no decorrer do presente trabalho.

Para analisar a robustez do critério de diferenciação, necessário é pô-lo à prova: é de se imaginar, por exemplo, a hipótese da entrega, por contrato oneroso, de um veículo de transporte, com defeito no sistema de injeção eletrônica. Verificado o defeito, o veículo necessita ser consertado e, por óbvio, permanecerá parado por um determinado período, causando danos normais ao adquirente (valor da substituição das peças e mão de obra, além do lucro cessante pelo tempo parado), o caso é de vício redibitório. Entretanto, se em razão do defeito, o veículo de transporte explode, queimando instalações ou outros veículos do adquirente, ou, ainda, sofre um acidente grave, referidos danos são extraordinários, não previsíveis para a simples hipótese de descumprimento contratual, que extrapolam o estreito limite do próprio defeito, é um caso de adimplemento ruim.

Luis Manuel Teles de Menezes Leitão confirma:

Relativamente aos danos causados pelo cumprimento defeituoso, eles poderão corresponder à frustração das utilidades causadas pela prestação (interesse de cumprimento) ou extravasar desse âmbito (danos exteriores, ou Begleitschaden). No primeiro caso, o credor terá direito a uma indemnização por incumprimento, podendo, no caso de se tratar de um contrato sinalagmático, exercer ainda as alternativas conferidas ao credor nesses contratos (excepção de não cumprimento do contrato e resolução por incumprimento). No segundo caso, a indemnização por esse danos é completamente exterior ao dever de efectuar a prestação, pelo que parece que poderá ser cumulada com a acção de cumprimento.⁸⁵⁰

Em conclusão, o critério de diferenciação do adimplemento imperfeito ou cumprimento defeituoso e vício redibitório, deve ser centrado nos efeitos produzidos

⁸⁴⁹ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 53.

⁸⁵⁰ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. II: Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 265-266.

pelo defeito constante da prestação cumprida pela parte, e não na natureza do dever (principal ou lateral) atingido.

7.3.2 Evicção

Em todo contrato de transmissão onerosa⁸⁵¹ de bens, o transmitente tem o dever legal de garantir o adquirente a posse justa da coisa transmitida, defendendo-a de pretensões de terceiros quanto ao domínio que lhe foi transferido. Tal garantia está presente nos contratos bilaterais⁸⁵², pois *a prestação de uma das partes tem por causa e razão ser a prestação da outra*⁸⁵³, sendo esse o fundamento da garantia.

É a evicção. Segundo Silvio Rodrigues, *Dá-se a evicção quando o adquirente de uma coisa se vê total ou parcialmente privado da mesma, em virtude de sentença judicial que atribui a terceiro, seu verdadeiro dono*⁸⁵⁴, em razão de uma causa preexistente ao contrato⁸⁵⁵.

De fato, aquele que transfere a posse ou domínio de uma coisa a outrem mediante contraprestação, deve assegurar a posse pacífica da mesma ou garantir o adquirente contra o risco de dela ser privado por direito de outrem, em razão de

⁸⁵¹ CCB, Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

⁸⁵² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 3, dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114.

⁸⁵³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 3, dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114.

⁸⁵⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 3, dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113.

⁸⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v; V. Direito das obrigações 2ª Parte. 30ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 61.

melhor direito constituído anteriormente à aquisição. É que a transmissão onerosa de bens normalmente é baseada em um negócio jurídico, o qual deve preencher os requisitos do art. 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, possível e determinável, forma prescrita ou não defesa em lei e, livre manifestação de vontade). No respeitante ao requisito *agente capaz*, o mesmo não se exaure no fato de o agente poder exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou estar devidamente representado ou assistido no ato (isto é, no conceito de capacidade). A doutrina entende que o mesmo abrange: a) a legitimação⁸⁵⁶ para realizar o ato, isto é, ser o verdadeiro titular do direito ao objeto do ato, podendo validamente dispor dele, pois, afinal, ninguém pode dispor de um direito que não tem (*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*); b) capacidade civil para realizar pessoalmente o ato; e, c) ausência de impedimento à prática do ato, isto é, aqueles casos onde alguém, não obstante legítimo e capaz, é impedido legalmente de praticar o ato considerando sua especial relação com o objeto do ato, como, por exemplo, a alienação de ascendente a descendente, que necessita do consentimento de todos os descendentes (CCB, art. 496), ou a proibição de o tutor adquirir os bens do tutelado, mesmo que com autorização judicial (CCB, art. 1.749), ou a existência de um direito de crédito oponível a terceiros (hipoteca, penhor, propriedade resolúvel, etc....). Daí que, em regra, efetuando-se a transferência de bens sem a intervenção do legitimado, essa transferência se faz a *non domino*, pois o adquirente não adquire, pela regra, mais direitos do que tinha o transmitente (e daí a regra da continuidade registral e da propriedade derivada, no direito Brasileiro), abrindo

⁸⁵⁶ Conforme AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial*. São Paulo: [s. e.], 1986, p. 155/158, a legitimação é o poder de disposição de determinada *res*, constituindo conceito que não se confunde com o de “legitimidade” (qualidade do agente), mas com a sua posição em relação à *res*, ou a um direito, isto é uma relação de pertinência subjetiva entre o agente e o objeto de disposição do negócio jurídico. Portanto, tem legitimação quem tem o poder de dispor. A consequência da falta de legitimação é a ineficácia do negócio jurídico de disposição.

possibilidade à reivindicação da coisa pelo *verus dominus*. Interessante vincar que, satisfeitos alguns requisitos, o princípio da boa fé é capaz de pós-eficacizar a transferência a *non domino*, pela aplicação da teoria da aparência ou teoria da confiança. O ordenamento jurídico, na disputa entre o terceiro de boa-fé que em erro escusável acreditou na aparência e aquele que deu causa à aparência (o prejudicado poderia ter evitado essa situação de aparência), penitencia aquele a quem é imputável a aparência. Esse é um dos principais fundamentos da teoria da aparência, isto é, a *pos eficacização* do negócio jurídico realizado ao amparo da *aparentia iuris*, mesmo em detrimento do verdadeiro titular do direito, pois *quem dá lugar a uma situação enganosa, ainda que sem o deliberado propósito de induzir a erro, não pode pretender que seu direito prevaleça sobre o direito de quem depositou confiança na aparência*⁸⁵⁷.

Havendo, assim, um vício de direito, isto é, um defeito no vínculo jurídico (em qualquer um dos seus requisitos) que autorizou a transferência de propriedade, em regra, estará o adquirente sujeito a perder a coisa adquirida, em razão da regra *nemo plus iuris*, caracterizando, assim a evicção. Isto é, na evicção, vício é no vínculo jurídico (de direito⁸⁵⁸) e não na coisa. É exatamente aí que reside a diferença entre vício redibitório (vício físico) e evicção (vício jurídico).

Segundo João Manuel de Carvalho Santos, são requisitos essenciais da evicção:

⁸⁵⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da Aparência*. Revista *Ajuris*, Porto Alegre: *ajuris*, nº 24, p. 222 e ss, mar/1982; Sobre o assunto, vide CORRÊA, Luiz Fabiano. *A proteção da boa fé nas aquisições patrimoniais*. São Paulo; Lex Editora, 2000, p. 102 e ss; e, MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 501.

⁸⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III, fontes das obrigações, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 82: *o alienante deve ao alienatário garantia e defesa contra qualquer terceiro que, fundado em um vício do direito daquele, prive ou pretenda privar o adquirente, total ou parcialmente do uso pacífico da coisa*. No mesmo sentido, SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. XV. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1985. p. 380.

a) que o adquirente tenha sido privado da coisa por via judicial; b) que , ao tempo da aquisição, não tenha sabido ser alheia a coisa evicta, pressupondo-se, portanto, que o vício seja anterior à transmissão de propriedade; c) que o adquirente não tenha concorrido, com culpa sua, para a evicção; d) e não tenha sido omissos em notificar o litígio ao alienante, quando e como lhe determinarem as leis processuais....⁸⁵⁹

De acordo com Maria Helena Diniz,

A garantia por evicção constitui uma obrigação de fazer do transmitente: a) de não turbar o adquirente, assegurando-lhe a posse pacífica da coisa alienada; b) de o assistir e tomar a sua defesa, no curso de uma ação reivindicatória, ao ser denunciado à lide e, c) de reparar os danos sofridos pelo comprador, se a evicção se consumar.⁸⁶⁰

Assim, evicção é a perda da posse ou propriedade de coisa adquirida onerosamente, em razão de sentença judicial ou ato de autoridade⁸⁶¹, por vício de direito – seja decorrente de reivindicatória (reivindicação do *verus dominus*), de expropriatória (alienação judicial da coisa por dívida do alienante), ou de demanda resolutória (se a anterior aquisição do proprietário vier a resolver-se por estar subordinada a uma condição resolutiva, por exemplo) – desconhecido do adquirente⁸⁶², com fato gerador anterior à aquisição, razão porque a lei defere a ele

⁸⁵⁹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. XV. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1985. p. 380:

⁸⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. vol. 3, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 126.

⁸⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. Vol. 3. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 129, referindo-se ao alijamento da coisa por ato de autoridade policial, nas em razão de furto ou roubo ocorrido anteriormente à aquisição da coisa.

⁸⁶² CCB, Art. 457. Não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa.

o direito de exigir a devolução do preço, aos frutos e despesas⁸⁶³. Essa responsabilidade *não dependerá de culpa, dolo ou má fé do alienante*⁸⁶⁴.

Podem as partes estipular a dispensa da garantia (*non praestanda evictione*⁸⁶⁵), mas haverá dever de indenizar se a outra parte não soube do risco da evicção ou, dele informado, o não assumiu⁸⁶⁶.

Para exercer o direito que da evicção resulta, o evicto deve notificar⁸⁶⁷ (denunciar à lide, nos termos do art. 70, inc. I, do CPC) o alienante do litígio, sob pena de perder o direito que da evicção lhe resulta⁸⁶⁸, embora forte corrente jurisprudencial⁸⁶⁹ e doutrinária tenha se formado, admitindo a ação de evicção autônoma, independente da denúncia da lide, fulcrados no princípio geral de

⁸⁶³ CCB, Art. 450. Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou: I - à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; II - à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; III - às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído. Parágrafo único. O preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial.

⁸⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. vol. 3. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 127, No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III, fontes das obrigações, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 82.

⁸⁶⁵ CCB, Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção.

⁸⁶⁶ CCB, Art. 449. Não obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu.

⁸⁶⁷ CCB, Art. 456. Para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo. Parágrafo único. Não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos.

⁸⁶⁸ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Arts. 1º a 153). 11ª ed. rev. e atual. por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 251; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento* (arts. 1º a 100). V. 1, São Paulo: RT, 2002, p. 329. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual civil*. v. 1, 39ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2003, p. 113; e ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. v. 2, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 156.

⁸⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 9552-SP, Rel. Min. Nilson Naves. 3ª Turma, j. em 25.05.1992, DJ de 03.08.1992, p. 11.308: *Evicção. Direito de recobrar o preço. Denúnciação da lide. desnecessidade. Prescrição. 1. O direito que o evicto tem de recobrar o preço, que pagou pela coisa evicta, independente, para ser exercitado, de ter ele denunciado a lide ao alienante, na ação em que terceiro reivindicara a coisa. Cod. Civil, Art. 1.108. 2. Conta-se o prazo de prescrição da data em que a ação poderia ter sido proposta. hipótese em que não ocorreu a prescrição. 3. Recurso Especial não conhecido.*

proibição do enriquecimento ilícito⁸⁷⁰ ou no inadimplemento contratual⁸⁷¹ da obrigação do transmitente.

Neste sentido, aliás, o Superior Tribunal de Justiça já definiu:

Evicção e indenização. Cumulação. Possibilidade. Ainda que seja irrelevante a existência ou não de culpa do alienante para que este seja obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade, nada impede que o adquirente busque o ressarcimento também com base na regra geral da responsabilidade civil contida nos arts. e 1.059 do Código Civil. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". (Súmula nº 7/STJ). Recurso não conhecido.⁸⁷²

Como se vê, o Superior Tribunal de Justiça simplesmente equiparou os efeitos da evicção aos efeitos do inadimplemento, deixando ao credor o direito de optar entre um e outro.

Por fim, impende não olvidar que há um caso específico, onde o Código Civil expressamente afasta o regime da evicção e determina a aplicação das regras do inadimplemento. É a evicção da coisa recebida em dação em pagamento⁸⁷³ (CCB, art. 356). Neste sentido, disciplina o art. 359, do Código Civil, *in verbis*:

⁸⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3. p. 126. No mesmo sentido, GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 192-193; NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: contratos*. v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 141.

⁸⁷¹ MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Contratos no direito civil brasileiro*. t 1, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 375-376. No mesmo sentido, SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. vol. XV. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1985. p. 407; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2, São Paulo: Atlas, 2003, p. 568-569.

⁸⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 4.836-SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma. DJ de 18/10/99, pág. 232.

⁸⁷³ A dação em pagamento (*datio in solutum*) é um acordo liberatório convencionado entre o credor e o devedor, em virtude do qual o credor aceita receber do devedor, para exonerá-lo da dívida, prestação diferente da que constituía a obrigação. A dação é ato posterior à formação do contrato, sendo que o credor aceita o recebimento de prestação diversa, isto é, o credor aceita modificar o objeto do contrato, coisa que normalmente não poderia ser obrigado a aceitar (CCB, Art. 313). É ato, portanto, bilateral. Entretanto, *a dação em pagamento pressupõe que o devedor tenha o jus disponendi da coisa, pois se não puder efetuar a transferência da sua propriedade incorrerá o efeito liberatório. O accipiens, por sua vez, deve ter aptidão para dar o necessário consentimento. Se qualquer das partes estiver representada pro procurador, este deve ter poderes especiais, seja para reconhecer o débito e alienar, seja para anuir em receber aliud pro alio. Sendo um acordo extintivo, tem de avançar-se depois de contraída a obrigação ou após o seu vencimento.* (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 308. No mesmo sentido,

Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros.

Aqui, pressupõe o código que o credor receba em dação em pagamento uma coisa que não era do devedor e, ao depois, venha a perder tal objeto em virtude do direito de reivindicação, expropriação ou resolução de terceiro. Neste caso, não se aplicam as regras gerais atinentes à evicção, pois a norma geral é afastada pela norma especial, que prevê a restauração da obrigação primitiva, voltando *as partes, logo, ao status quo anterior à dação*⁸⁷⁴, eis que se deu em pagamento uma coisa que não lhe pertencia, na verdade não pagou, não ficou liberado e volta a dever⁸⁷⁵, eis que o credor ficou privado do domínio que lhe foi indevidamente transferido. Volta a dever, inclusive, as obrigações acessórias (hipoteca, penhor, etc...), prestadas pelo próprio devedor.

Contudo, contrariamente ao entendimento firmado sob a égide do Código de 1916, quando se admitia que os avalistas e as garantias prestadas por terceiros (que não o devedor e o fiador) voltavam a garantir o débito⁸⁷⁶, agora a regra é que as

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II, Teoria geral das obrigações. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 140; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 2, Obrigações em Geral. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 246-247, n. 200; MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. t. I. 4ª Ed. aum. e atual. por DIAS, José de Aguiar. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 580; MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 485).

⁸⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.655.

⁸⁷⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 4, 3ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, p. 160: *Se a dação é uma forma de pagamento, não se compreende que este se possa fazer senão de modo a liberar o devedor e satisfazer, plenamente, os interesses do credor. Ora, se o que elle prestou não era seu, não se pode ver de que modo possa se exonerar. Por outro lado, se o credor pode ainda ser incomodado por terceiro, se aquilo que recebeu como uma prestação, que lhe era devida, deixa de o ser, de facto, a que ficaria reduzido o seu direito creditório?*

⁸⁷⁶ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. XII, 12ª ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 149.

garantias prestadas por terceiros, isto é, pessoas que não o devedor principal, e que garantiam a obrigação (fiadores, avalistas, intervenientes garantes, etc...), não ressurgem. Daí que se a obrigação era garantida por fiadores, os fiadores ficam definitivamente liberados (CCB, art. 838, III); se a obrigação era garantida por hipoteca prestada por terceiro, fica a hipoteca definitivamente liberada. Mas não só os fiadores se liberam, todos os terceiros garantidores (em qualquer um das formas de garantia fidejussória: avalistas, intervenientes garantes, etc...), também se liberam, embora existam interpretações restritivas, que somente admitem a liberação dos fiadores, e não dos demais garantidores fidejussórios.⁸⁷⁷ De qualquer forma, há uma extensão da regra para proteção de terceiros estranhos á obrigação: o retorno das garantias que forem prestadas pelo próprio devedor (por exemplo, a hipoteca de um bem do próprio devedor) somente se fará se forem preservados os direitos de terceiro. Por isso, se o devedor já vendeu o imóvel que antes garantia a obrigação para um terceiro de boa-fé, essa garantia não volta; ou se o devedor já deu esse mesmo imóvel em garantia real para outro credor de boa-fé (em primeiro grau, por exemplo), a hipoteca anterior volta, mas respeitada a preferência deste (volta em segundo grau, por exemplo). Os terceiros serão protegidos, por óbvio, se de boa fé.

Não obstante a exclusão do regime geral da evicção, aplicam-se à dação normalmente as regras atinentes aos vícios redibitórios.⁸⁷⁸

⁸⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 312: *As garantias reais ou fidejussórias, como acessória, seguem o destino da obrigação principal e, portanto, permanecem. A fiança, todavia, não se restabelece, como expressamente dispõe o art. 838, III, do Código Civil.*

⁸⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.656: *A dação em pagamento, além da responsabilidade pela evicção acima tratada, também enseja a responsabilidade por vícios redibitórios, ainda que não haja fixação de preço e ainda que a dação não se identifique com a compra e venda (v. art. 357). Isto porque a disciplina dos vícios ocultos aplica-se a todos os contratos comutativos (v. art. 441).*

7.4 Inexecução antecipada

A violação antecipada do contrato, ou inadimplemento antes do termo (*anticipatory breach of contract*), é manifestação da violação positiva do contrato, estando expressamente mencionada no art. 72 da Convenção de Viena, que estabelece: *Se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste.*⁸⁷⁹

Não se confunde, por óbvio, com a hipótese de vencimento antecipado das obrigações, na forma prevista no art. 333 do Código Civil, mas sim se funda na boa-fé e na legítima expectativa do credor de que o devedor deve se preparar ou estar preparado (dever lateral) para o adimplemento. A não preparação caracteriza falta ou descumprimento dos deveres laterais⁸⁸⁰. Conforme Anelise Becker,

Nosso direito, ainda fiel à divisão pandectística da relação obrigacional, veda expressamente ao credor demandar o devedor antes de vencida a dívida, com certeza por desconhecer a relação de confiança que liga as partes durante todo o curso do vínculo. Considerada esta, é perfeitamente possível a adoção da teoria do inadimplemento antecipado entre nós, por tratar-se de da violação daquele direito que desde o nascimento da relação obrigacional tem o credor de tê-la firme, presumindo que o devedor manter-se-á sempre pronto, hábil e querendo adimplir, exigível durante toda a vida da relação e, portanto, violável, passível de ocasionar um verdadeiro inadimplemento que, em relação ao termo do contrato, seria antecipado.⁸⁸¹

Ocorre a inexecução antecipada do contrato quando o devedor adote conduta contrária à obrigação assumida ou se manifeste expressamente no sentido de não

⁸⁷⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 128

⁸⁸⁰ SILVA, Jorge César Ferreira da. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 256 e ss.

⁸⁸¹ BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 77-78, 1994.

cumprir a obrigação, de modo a ser possível prever, com razoável objetividade, que a prestação não será cumprida⁸⁸², ou melhor, tornando certo o inadimplemento⁸⁸³, conforme exemplifica Judith Martins Costa:

Pode, contudo, ocorrer a hipótese (principalmente nos contratos de trato sucessivo), em que o devedor declare que não cumprirá, ou demonstre que não cumprirá por meio de comportamento concludente. Figure-se, num exemplo singelo, um contrato de empreitada, na construção civil, em que se ajuste a entrega do prédio, um apartamento de quinze (15) andares a ser construído, para vinte e quatro (24) meses após a conclusão do contrato. Obviamente um prédio dessas dimensões não se constrói de uma hora para outra. Se transcorrerem, por exemplo, quatorze (14) meses, e a obra sequer começou a ter suas fundações escavadas, pode o devedor demandar o inadimplemento?⁸⁸⁴

Nestes casos, pode o credor, mesmo ainda não vencido o termo ajustado, exercer o direito de resolução do contrato (direito formativo extintivo), *máxime no momento em que ele, por sua vez, como devedor, é obrigado a cumprir uma prestação organicamente vinculada a uma outra ainda futura, da qual é credor, porém já tendo sobre ela impende a afirmação categórica ou indícios claros que não será cumprida.*⁸⁸⁵

Não se pode impedi-lo, também, de tomar as medidas judiciais cabíveis para exigir ou garantir o cumprimento específico da prestação devida, uma vez que os atos praticados pelo devedor nem sempre importarão na impossibilidade da

⁸⁸² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 126: *O incumprimento antecipado ocorrerá sempre que o devedor, beneficiado com um prazo, durante ele pratique atos que, por força da natureza ou da lei, faça impossível o futuro cumprimento. Além da impossibilidade, o incumprimento antecipado pode resultar de conduta contrária do devedor, por ação (venda de estoque, sem perspectiva de reposição) ou omissão (deixar de tomar as medidas prévias indispensáveis para a prestação) ou de declaração do devedor expressa no sentido de que não irá cumprir a obrigação. Ficam excluídas a simples dificuldade e a impossibilidade temporária.*

⁸⁸³ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97.

⁸⁸⁴ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 156.

⁸⁸⁵ BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 77-78, 1994.

futura prestação ou retirada o interesse do credor na satisfação específica da prestação devida.

7.6 Constituição em Mora

7.6.1 Mora ex re

Mora *ex re* é a mora automática, isto é, aquela mora em que o devedor se presume constituído independentemente da prática de qualquer ato pelo credor.

A primeira hipótese de mora *ex re* foi analisada no item obrigações com termo ou prazo, na forma definida pelo caput do art. 397 do Código Civil: se a obrigação for positiva e líquida, em obrigação com prazo definido, considera-se constituído o devedor em mora pelo simples vencimento (*dies interpellat pro homine*).

A segunda hipótese de mora *ex re* ocorre nas obrigações negativas. Disciplina, neste respeito, o art. 390 do Código Civil:

Art. 390. Nas obrigações negativas, o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Sendo a obrigação negativa, a inexecução da obrigação se dá quando o devedor faz aquilo que se obrigou a não fazer, isto é, por intermédio de um fazer, de uma ação positiva. Praticada a infração contratual, sem necessidade de qualquer notificação, interpelação ou aviso, isto é, mora *ex re*⁸⁸⁶, fica o devedor obrigado a

⁸⁸⁶ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 165: *Em razão destas características, a prestação negativa é inadimplida justamente no momento em que é praticada. Não há necessidade de notificação, ou interpelação,*

desfazer o ato (se possível) ou ressarcir as perdas e danos, na forma prevista no art. 251. De qualquer forma, haverá mora⁸⁸⁷, pois o desfazimento do ato já é uma forma de reparação *in natura* do inadimplemento⁸⁸⁸, desde que, por óbvio, o ato possa ser materialmente desfeito. Se não há como desfazer o ato, cabe apenas e tão somente indenização⁸⁸⁹.

Por fim, a terceira hipótese de mora *ex re* ocorre nas obrigações de indenizar, resultantes de responsabilidade extracontratual. Neste sentido, dispõe o art. 398 do Código Civil:

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Trata a hipótese legal daquelas obrigações de indenizar em dinheiro, resultantes do descumprimento do princípio fundamental do *neminem laedere* (CCB, arts. 186 e 187). O princípio é que nas obrigações provenientes de atos ilícitos, o devedor entra em mora desde o instante que praticou o ato ilícito (mora *ex re*⁸⁹⁰), passando os riscos da coisa devida ao devedor (que não pode alegar em seu benefício a ausência de culpa, para eventualmente eximir-se dos efeitos do caso fortuito ou força maior). Não só o autor do ato ilícito fica constituído em mora, mas

para a constituição da mora, que é, portanto, automática ou ex re, como ocorre na mora decorrente da prática de ato ilícito (art. 398): somente porque faz, o devedor responde pela infração, que é o próprio fazer, ou o não-tolerar.

⁸⁸⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XX, Rio de Janeiro: Borsoi, § 2.699, p. 118-119, tem razão ao informar que existe mora nas obrigações negativas, uma vez que o ato pode ser desfeito.

⁸⁸⁸ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980. p. 42, não reconhece a possibilidade de mora nas obrigações negativas, eis que o desfazimento do fato é reparação *in natura*, e não o caráter de execução forçada da obrigação.

⁸⁸⁹ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 168.

⁸⁹⁰ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 292.

também os co-autores (CCB, art. 942), e as pessoas por eles responsáveis (CCB, art. 932).

É exatamente por isso que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual⁸⁹¹ (Súmula 54 do STJ), pouco importando que a responsabilidade seja apurada subjetiva ou objetivamente⁸⁹².

O conflito entre o art. 398 e o art. 405, que determina contarem-se os juros de mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação, é apenas aparente: o disposto no art. 398 é destinado a obrigações decorrentes de ilícito extracontratual, e o do art. 405 é para obrigações ilíquidas oriundas de ilícito contratual. Assim, *se, por exemplo, o passageiro de um ônibus sofre danos em decorrência de um acidente com o coletivo, os juros moratórios são devidos a partir da citação inicial, por se tratar de responsabilidade contratual (contrato de adesão, celebrado com a transportadora). Mas se a vítima é um pedestre, que foi atropelado, os juros são contados desde a data do fato (responsabilidade extracontratual)*⁸⁹³.

7.6.2 Mora ex persona

⁸⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Agravo Regimental em Ag. Nº 183.410-SP, Rel.: Min. Ari Pargendler/3ª Turma, DJU de 13/03/2000, pág. 178: *Juros. Termo inicial. Responsabilidade extracontratual. O vocábulo delito, no contexto do artigo 962 do Código Civil, diz respeito aos atos ilícitos de natureza não contratual, de modo que os juros incidentes sobre condenação resultante de acidente de trânsito são contados a partir do evento danoso (STJ - Súmula nº 54). Agravo Regimental não provido.*

⁸⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Embargos de Divergência em REsp nº 63.068-RJ, Rel. Min. César Asford Rocha, Corte Especial, DJU 04.08.2003: *Responsabilidade objetiva. Juros moratórios. Fluência. Termo inicial. No campo da responsabilidade extracontratual, mesmo sendo objetiva a responsabilidade, como na hipótese, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso. Embargos conhecidos, mas rejeitados*

⁸⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 364.

Mora *ex persona* é aquela que não se presume, resulta da prática de um ato por parte do credor ou do poder judiciário.

É o que ocorre nas obrigações sem prazo, onde necessário é que o credor constitua o devedor em mora por intermédio da interpelação (CCB, art. 397, parágrafo único) ou da citação judicial (CPC, art. 219).

É o que ocorre, também, nas obrigações positivas e ilíquidas de origem contratual (se for de origem extracontratual, é caso de mora *ex re*, por força do disposto no art. 398 do CCB), eis que a mora se constitui com a citação no processo judicial, por força do disposto no art. 405 do Código Civil, combinado com o disposto no art. 219 do Código de Processo Civil.

8 Prevalência da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente

Segundo Gustavo Tepedino, fulcrado no art. 947 do Código Civil, o qual consubstancia em seu bojo que *se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente, a conversão da obrigação em perdas e danos não é opção ao credor:*

...em regra, portanto, incumbe ao credor perseguir a execução direta da obrigação, invocando o Estado para compelir o devedor a cumprir o prometido. Somente na impossibilidade da execução específica da obrigação (CC art. 947) ou quando o título preveja a transformação automática da mesma, a obrigação original converte-se na de indenizar (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, p. 325).⁸⁹⁴

⁸⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 695.

Mas não é bem assim. Na disciplina específica das obrigações de fazer, o Código Civil dispõe que a única solução para o credor de obrigação de fazer infungível é a convolação em perdas e danos (CCB, art. 247) e, sendo esta fungível, será livre ao credor mandá-lo executar à custa de terceiro (CCB, art. 249), demonstrando que o credor tem o direito potestativo (sem que o juiz pudesse interferir nessa escolha⁸⁹⁵) de optar pelo caminho da execução específica ou pela convolação em perdas e danos. Assim, se o direito material autoriza ao credor optar pela conversão segundo a sua conveniência, negá-la, é fazer *tabula rasa da lei civil*⁸⁹⁶, e, por isso, não é legítimo forçar o credor a exigir a tutela específica.⁸⁹⁷

Essa conclusão não é infirmada pelas regras processuais, uma vez que claro e evidente é que a opção do legislador é primordialmente pela tutela específica e subsidiariamente pela tutela assecuratória e, somente quando não for possível prestar essas duas formas de tutela ou se o autor assim o requerer (CPC, § 1º, do art. 461), haverá conversão em perdas e danos.

Além da hipótese de possibilidade, pode obstaculizar a tutela específica, também, a falta de razoabilidade, em razão da excessiva onerosidade⁸⁹⁸ da forma específica para o devedor. Se a reparação *in natura* causar ônus despropositado ou onerosidade excessiva ao agente, o ressarcimento deve se operar em pecúnia, dado

⁸⁹⁵ BERMUDEDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1996, p. 119.

⁸⁹⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 99.

⁸⁹⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 58.

⁸⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 252: *A prioridade do ressarcimento na forma específica é imposição que decorre do próprio direito material. Na realidade, se o lesado tem o direito ao ressarcimento, cabe-lhe escolher a forma de reparação, que pode ser na forma específica ou pelo equivalente. Apenas, quando, diante da situação concreta, o ressarcimento na forma específica for impossível ou configurar uma forma excessivamente onerosa, e que o ressarcimento deverá ser pelo equivalente monetário. Isso quer dizer que, nos casos em que a tutela ressarcitória na forma específica for concretamente possível, ela somente será excluída por opção do próprio lesado ou quando o ressarcimento na forma específica, ainda que possível, não for justificável ou racional em vista da sua excessiva onerosidade.*

que o lesado não tem o direito de impor ao causador do dano um ônus economicamente ineficiente ao agente. É caso de aplicação do princípio da boa-fé (CCB, art. 187). Tem-se, por exemplo, a hipótese do custo de reparação superior ao valor da própria coisa depois de reparada. No caso em que o valor da reparação supera o valor da utilidade que por meio dela pode ser obtida, não há como admitir o ressarcimento na forma específica. As cores de cada caso concreto, e os interesses envolvidos (patrimoniais ou não patrimoniais) definirão a incidência da onerosidade ou não, que pode ser alegada em qualquer fase do processo, até na execução. Nos casos em que a reparação específica gerar uma vantagem (lucro) para o lesado, deve ser aplicada a regra *compensatio lucri cum damno*⁸⁹⁹, determinando ao lesado pague ao agente o valor correspondente ao lucro auferido (pequeno risco que leva à pintura do carro inteiro, elevando seu valor de mercado).

Há aqueles que entendem que deve ser obedecida a ordem estabelecida no art. 461 do CPC, pois ao devedor assiste o direito de cumprir a prestação na forma originalmente estabelecida, em face do princípio de que a execução deve dar-se de maneira menos onerosa para o devedor (CPC, art. 620), bem como em razão do direito de o devedor purgar sua mora (*favor debitoris* do art. 401, do CCB). Contudo, é de bom alvitre lembrar que o credor poderá recusar a purgação da mora se a prestação restou inútil em razão da mora (CCB, art. 395, parágrafo único), ou se houver cláusula eficaz de resolução automática do contrato, ou, ainda, se o credor perder o interesse (e este não precisa ser justificado) na prestação (CCB, arts. 247 e

⁸⁹⁹ MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 239: *...al fijar la cuantía de la indemnización, también las obligaciones de hacer incumplidas tiene lugar en su caso la “compensatio lucri cum damno”, que como es sabido es la deducción o rebaja en la cuantía de la indemnización del importe de las ventajas o provechos que haya producido al mismo tiempo el hecho dañoso.*

249), conforme antes mencionado, justificando, assim sua opção⁹⁰⁰ pela conversão em perdas e danos.

Logo, o credor é livre para optar⁹⁰¹ entre a tutela específica ou a conversão em perdas e danos, estando o devedor em estado de sujeição quanto a isso. Somente pode ser imposto ao credor essa conversão nas hipóteses de impossibilidade da prestação ou de onerosidade excessiva para o devedor.

9 Tutela específica das obrigações contratuais de fazer e não fazer

No respeitante ao objeto da prestação, as obrigações classificam-se em: dar (positiva), fazer (positiva) e não fazer (negativa).

Serão obrigações de dar aquelas cuja prestação (objeto), consistir na entrega (transferência de propriedade) ou restituição (devolução da coisa ao legítimo dono) de uma coisa. Exemplos: compra e venda, doação, permuta, depósito, etc...

Serão obrigações de fazer aquelas cujo objeto consistir na prestação de um fato, tendo por objeto principal atos ou trabalhos do devedor (material ou intelectual). Exemplos: construir uma casa, prestar fiança, assinar escritura, etc...

Serão obrigações de não fazer aquelas cujo objeto consistir em uma omissão a que o devedor se obriga, consubstanciada em abster-se de atos que teria direito de praticar, ou tolerar atos praticados pelo credor quando teria direito de se opor, ou ainda, evitar que não seja o ato praticado por pessoa pelo qual o devedor seja

⁹⁰⁰ CAMBLER, Everaldo Augusto. *Curso Avançado de Direito Civil, vol. 2: Direito das Obrigações*. São Paulo, RT, 2001, p. 57: Coerente com o sistema estabelecido, a conversão da obrigação em perdas e danos, solução preferida pelo Código Civil (Arts. 879, 880 e 881), somente será admissível por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente (art. 84, § 1º, do CPCon).

⁹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 154.

responsável. Exemplos: em condomínio vertical, proíbe-se aos condôminos modificar as portas, janelas e fachadas do prédio, ter churrasqueiras nos apartamentos, conversar no hall dos elevadores, etc...

No regramento específico de cada uma das modalidades das obrigações, preocupou-se o legislador em prever os riscos incidentes sobre as prestações (pois tudo que existe está submetido ao perene risco de perecer, de deteriorar ou de lucrar), e estabelecer a divisão desse risco entre as partes. E, para divisão desse risco, utilizou-se o legislador de várias regras gerais, cujo conhecimento prévio é útil não só para entender as soluções determinadas pelo legislador, mas também para entender a razão ou fundamento dessas mesmas soluções. Eis as regras gerais: a) O domínio das coisas se transfere pela tradição⁹⁰², não pelo contrato (CCB, art. 1.267⁹⁰³); b) A coisa se perde para o dono (*res perit domino*); c) O acessório segue o principal - *accessorium sequitur suum principale* -, pela interpretação a *contrariu sensu* do disposto na parte final do art. 184⁹⁰⁴ do Código Civil; d) Proibição do pagamento *aliud pro alio* (Código Civil, art. 313); e) A impossibilidade resolve o negócio jurídico (CCB, art. 104, II c/c art. 166, II), apenas se for absoluta (CCB, art. 106, a *contrariu sensu*); f) Se há culpa, em regra, há obrigação de indenizar perdas e danos (CCB,

⁹⁰² No caso de bens móveis é a entrega, em razão de que o pressuposto da titularidade da coisa móvel reside na posse (*en fait des meubles, la possession vault titre*), isto é, a posse é o elemento exteriorizador do domínio das coisas móveis (CCB, Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição), e no caso de bens imóveis é a transcrição no registro de imóveis; CCB, Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a transcrição, ou a inscrição no Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.).

⁹⁰³ CCB, Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição. Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

⁹⁰⁴ CCB, Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se este for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

art. 392⁹⁰⁵); g) Se não há culpa, em regra, não há indenização de perdas e danos (CCB, art. 392 c/c art. 393⁹⁰⁶); e, h) Se cessar a justa causa para o pagamento, este deve ser restituído (CCB, art. 884⁹⁰⁷ c/c art. 885⁹⁰⁸).

Mas, se o Código Civil já prevê tudo o que pode ocorrer com as obrigações, para que serve o contrato? Além de função primeva de prova da existência das obrigações (inclusive possibilitando, conforme o cumprimento dos requisitos legais, a formação do título executivo extrajudicial), o contrato serve justamente para alterar a divisão do risco estabelecido na lei, eis que o regulamento civil, como já visto, é meramente supletivo da vontade das partes (eis que tudo que não for expressamente proibido é permitido), isto é, incide apenas e tão somente quando as partes não foram específicas no respeitante aos efeitos jurídicos desde ou daquele fato.

Importante não olvidar, neste passo, novamente, que responsabilidade é diferente de exigibilidade. Uma vez devida a prestação e vencido o prazo previsto pela lei ou pelas partes, surge para o credor a possibilidade de exercer judicialmente a pretensão (exigibilidade) de ver concretizado, no mundo dos fatos, a prestação pessoal devida pelo devedor (*idem*), isto é, o cumprimento específico da prestação devida. Eventualmente, surgirá também a responsabilidade (se presentes os requisitos legais), por compor as perdas e danos resultantes da demora (mora) ou

⁹⁰⁵ CCB, Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça; nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

⁹⁰⁶ CCB, Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

⁹⁰⁷ CCB, Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

⁹⁰⁸ CCB, Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

substitutivas da própria prestação devida (inadimplemento) ou, ainda, se assim lho autorizarem as circunstâncias ou o contrato, buscar a resolução do negócio jurídico (CCB, art. 475).

Tal consideração é assaz importante, uma vez que estamos tratando, no presente trabalho, não de deveres de fazer, mas de obrigações contratuais de fazer, em que, pré-existindo a obrigação contratual, a exigibilidade em si da prestação exige tutelas diferenciadas (tutelas específicas) em relação a responsabilidade derivada do incumprimento, as quais diferem nos seus requisitos.

A tutela específica é o gênero, onde se inserem, como espécies, as tutelas inibitória, de remoção do ilícito, ressarcitória em forma específica e a tutela do adimplemento contratual.

A tutela **inibitória** é destinada a impedir a **prática** (não houve ilícito, mas fatos ou indícios de que o ilícito será cometido), a **repetição** (houve ilícito, e não se quer que outro ilícito seja praticado) ou a **continuação** do ilícito (o ilícito é continuado, prolongando-se no tempo), sendo, por isso, voltada para o futuro, e completamente desvinculada da idéia de dano.

A tutela de **remoção** do ilícito, por sua vez, é destinada a remover os efeitos de uma ação ilícita anterior, cujos efeitos perduram no tempo, eliminando sua fonte. Daí é tutela voltada ao passado e ao ilícito, não sendo, por isso, vinculada à idéia de dano.

A tutela **ressarcitória** (em forma específica ou em pecúnia) é forma de tutela integral e exclusivamente vinculada à hipótese de dano, sendo, portanto, voltada para o passado, tendo como pressupostos o ilícito, o nexo de imputação, o nexo de causalidade e o dano.

A tutela do **adimplemento contratual** é destinada a satisfazer *in natura* a pretensão devida ao credor de uma relação jurídica obrigacional, ou assegurar o seu *resultado prático equivalente*. Como se vê, não é tutela voltada contra o dano, e sim contra o ilícito contratual, voltada a conferir ao credor uma prestação que lhe é devida⁹⁰⁹, e por isso centrada no requisito de exigibilidade do direito de crédito alegado pelo autor, podendo ser cumulada, ou não, com outras formas de tutela para efetiva proteção dos direitos de crédito.

Para ter acesso a essas formas de tutela jurisdicional do direito, isto é, para obter a tutela específica, o credor terá que – normalmente – buscar a tutela jurisdicional, e, para esse efeito, tudo dependerá da força probante dos documentos que comprovam a existência do direito de crédito do credor.

De fato, conforme o contrato – ou declaração de vontade – que comprova a existência da obrigação caracterize ou não título executivo extrajudicial, terá o credor que optar se ingressa com ação de conhecimento ou se parte, se assim lho permitir seu título, para a ação de execução de obrigação de fazer ou de não fazer.

Se o título que comprova a obrigação não preenche os requisitos para ser havido como título executivo extrajudicial (CPC, art. 585), resta ao credor de obrigação de fazer ou de não fazer, que pretenda o cumprimento específico da obrigação⁹¹⁰, pouco importando a fungibilidade ou não da prestação⁹¹¹, unicamente

⁹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: RT, 2000, p. 187: *Se o inadimplemento pode causar dano e, assim, abrir oportunidade à tutela ressarcitória, parece que a tutela que visa o adimplemento da obrigação na forma específica não pode ser definida como ressarcitória ou como tutela voltada contra o dano. A tutela do adimplemento da obrigação na forma específica confere ao autor uma utilidade que lhe era devida; não se volta ela contra um dano provocado por um ilícito. O não-recebimento de uma prestação que ainda pode ser entregue não configura dano, mas apenas inadimplemento. Se há apenas retardamento na entrega da prestação, a tutela destinada a dar ao credor a prestação devida não é tutela contra o dano, mas tutela voltada a assegurar o adimplemento na forma específica. Parte da doutrina chega a pensar desta forma quanto está adiante de uma obrigação de fazer, mas muda incoerentemente de opinião quando se depara com uma obrigação de não-fazer.*

⁹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 512: *A doutrina contemporânea, todavia, evoluiu no sentido de se perseguir, sempre que*

a via do processo de conhecimento, com base no art. 461 do CPC (inclusive com possibilidade de tutela antecipada se relevantes os fundamentos da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final), o qual tem natureza substancial e processual, podendo extrair, justamente daí, tanto meios coercitivos (como é o caso de cominação de multa ou, eventualmente, a prisão civil) quanto sub-rogatórios (como é o de medidas que façam as vezes do adimplemento voluntário, ou lhes assegurem a obtenção do resultado prático) como técnicas para a efetivação do provimento jurisdicional⁹¹².

Por outro lado, se o credor dispõe de título executivo extrajudicial (CPC, art. 585), não necessita utilizar a ação de conhecimento prevista no art. 461 do CPC, podendo disparar a execução de fazer (CPC, 632) ou de não fazer (CPC, art. 642), onde o juiz, independentemente da alegação ou prova de receio de dano ou justificado receio de ineficácia do provimento final, *fulcrado tão somente na exigibilidade do direito plasmado no título executivo extrajudicial*, vai ordenar ao devedor que satisfaça a prestação devida (fazer) ou que desfaça o ato que praticou (não fazer), no prazo que ele juiz fixar, inclusive cominando multa para o caso de

possível, a execução específica, em favor da efetividade da relação obrigacional, em sua perspectiva dinâmica, funcionalizada aos interesses que o vinculum iuris pretende tutelar. Nesta direção parece superar-se, pouco a pouco, a idéia de inexecutabilidade específica das obrigações de fazer e não fazer, reforçando-se (não propriamente a posição do credor) mas o interesse merecedor de tutela veiculado por tais espécies de obrigações.

⁹¹¹ GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 64: *Para a obtenção da tutela específica, podem as penas preliminares abranger quaisquer obrigações de fazer ou não fazer, sem distinção quanto àquelas fungíveis ou infungíveis (personalíssimas)*; No mesmo sentido, BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p. 112; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 79, p. 65-76, jul/set, 1995.

⁹¹² SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: RT, 2002. p. 44. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 2 ed. São Paulo: RT, 2000. p.. 68 a 76.

não acatamento dessa ordem (CPC, art. 645), ou determinar a utilização do meio sub-rogatório necessário a implementar a ordem inicialmente concedida⁹¹³.

Considerando que na execução de título extrajudicial o devedor tem o direito de opor embargos á execução, os quais *eram* recebidos em épocas prístinas com automático efeito suspensivo (CPC, art. 739, *em sua redação original*) e que a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela (CPC, arts. 273 e 461), com execução imediata, fundada em execução provisória (execução esta em que se permite até mesmo a alienação imediata dos bens do devedor, conforme art. 588 do CPC), discutia-se na doutrina se poderia o credor munido de título executivo, simplesmente deixar de ajuizar ação de execução para tentar obter, em antecipação de tutela concedida em processo de conhecimento, *considerado mais efetivo*⁹¹⁴, tendo a execução de título extrajudicial um caráter residual⁹¹⁵, com o que não concordava Marcelo Lima Guerra⁹¹⁶.

⁹¹³ Não obstante o Art. 645 só faça referência à utilização, na ação de execução de título extrajudicial de fazer ou de não fazer do meio coercitivo previsto no § 4º do Art. 461 (multa), não existem impedimento à utilização, também, dos meios sub-rogatórios previstos no § 5º do mesmo artigo, uma vez que se é permitida a utilização dos meios sub-rogatórios antes da formação do título executivo, não há sentido não admitir referidos meios quando já exista o referido título – ainda que extrajudicial -, fazendo presumir legítima a obrigação nele consubstanciada. Nesse sentido, BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p. 152; e, ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 220 e ss.

⁹¹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004. pp. 1405-1406: *dado o menor grau de eficácia das ações de execução diante do novo modelo do artigo 461, no entanto, é possível ao portador de título executivo judicial ou extrajudicial dele renunciar para valer-se da ação de conhecimento regulada pelo art. 461 que admite, inclusive, a antecipação da tutela pretendida, nos termos do seu parágrafo 3º. Considerando que o modelo de atuação do direito material adotado pelo art. 461 tem maior aptidão de produzir efeitos, se for o caso antecipadamente, no mundo dos fatos, é possível imaginar-se uma migração do processo de execução dessas espécies de obrigação para o processo de conhecimento*. No mesmo sentido, YARSHELL, Flavio Luiz. *Efetividade do Processo de Execução. Processo de Execução*. Org.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001, p.387-390.

⁹¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – teoria geral e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 509: *...quanto à execução das obrigações de fazer ou de não fazer após as modificações havidas nos arts. 84 do CDC e 461 do CPC, as normas que antes tratavam do tema somente devem ser aplicadas naquilo que não forem incompatíveis com a lei nova, o que equivale a dizer que os arts. 632 e s. do CPC incidem em caráter residual, nos casos em que for inaplicável o sistema instituído pelas normas jurídicas e não ao contrário*.⁹¹⁵

⁹¹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 120.

Essa discussão perdeu completamente o sentido, uma vez que, com as modificações introduzidas pela Lei nº. 11.382, de 06 de dezembro de 2006, que alterou a redação do art. 739 do CPC, modificou substancialmente o procedimento dos embargos do devedor, excluindo o automático efeito suspensivo, e determinando que a regra seja que os embargos do devedor não tem efeito suspensivo (CPC, art. 739-A), exceto se o juiz o conceder *uma vez sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação* (CPC, art. 739-A, § 1º), o que pode ser revisto a qualquer tempo (CPC, art. 739-A, § 2º).

Demais disso, a citada Lei nº. 11.382, de 06 de dezembro de 2006, também simplesmente revogou os parágrafos do art. 634 do CPC, simplesmente extinguindo o anacrônico e moroso procedimento de licitação do fazer ou do desfazer.

Isso torna a execução extrajudicial de fazer ou de não fazer, principalmente nos casos onde é necessária a realização do ato ou desfazimento do ato por terceiro muito mais célere, uma vez que restou relegado ao prudente arbítrio do juiz decidir a realização do ato (fazer ou desfazer) por terceiro. Mediante simples incidente processual, onde as partes manifestar-se-ão sobre a necessidade de cumprimento por terceiro, indicando, se assim o quiserem, o terceiro que poderá fazer ou desfazer o ato e apresentando orçamentos, decidindo o juiz na seqüência, podendo, inclusive, o juiz nomear diretamente esse terceiro, tal como faz no respeitante ao perito ou outros auxiliares.

Ora, considerando que execução de fazer (CPC, 632) ou de não fazer (CPC, art. 642), onde o juiz, independentemente da alegação ou prova de receio de dano ou justificado receio de ineficácia do provimento final, *fulcrado tão somente na exigibilidade do direito plasmado no título executivo extrajudicial*, uma vez que a

tutela do adimplemento não necessita de discussão quanto ao dano⁹¹⁷ (isso somente será discutido ao final do procedimento), vai ordenar *initio litis* ao devedor que satisfaça a prestação devida (fazer) ou que desfaça o ato que praticou (não fazer), determinando os meios coercitivos ou sub-rogatórios necessários e adequados a tal finalidade ou a assegurar o resultado prático equivalente ao credor. E considerando ainda que, atualmente, os embargos do devedor à execução de título extrajudicial não têm mais efeito suspensivo automático, conduz ao corolário lógico de que nas obrigações de fazer ou de não fazer de origem contratual a ação de execução de título extrajudicial tem mais, ou igual, eficácia que a ação de conhecimento.

Assim, uma vez eleito pelo credor o processo judicial mais adequado segundo os documentos de que dispõe para comprovar a existência da obrigação, pode postular judicialmente a tutela jurisdicional do direito que lhe seja necessária e adequada a lhe proporcionar o cumprimento específico da obrigação ou a lhe assegurar o resultado prático equivalente.

Para melhor ilustrar isso, é de se utilizar novamente como exemplo um eventual contrato firmado por conhecido atleta com uma também notória marca de produtos esportivos, onde o atleta assume a situação de “garoto propaganda” da referida marca. No contrato, constam cláusulas onde o atleta se obriga à variadas prestações **de fazer** (participar de eventos promovidos pela marca, participar de campanhas de marketing, usar artigos da marca nas suas aparições sociais ou profissionais, etc..) e de **não-fazer** (abster-se de usar produtos esportivos ou realizar campanhas de marketing de outras marcas, em resumo, a *exclusividade*).

⁹¹⁷ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde* (Arts. 83 e 84, CDC). São Paulo: RT, 2003, p. 277:a tutela do adimplemento na forma específica não é voltada contra o dano, relacionando-se fundamentalmente com a adequação do serviço segundo os fins legitimamente esperados, diante da hipótese de adimplemento imperfeito.

Neste caso, conforme a conduta (ou ameaça de conduta) adotada pelo atleta, haverá se der eleita a tutela jurisdicional do direito que melhor proteja os direitos da companhia de material esportivo.

Assim, se o atleta se recusa a participar de uma campanha de marketing, pode ser utilizada a tutela específica contra o incumprimento para constrangê-lo, mediante técnica mandamental, a cumprir sua prestação e, ou, mediante provimento executivo, autorizar ao credor a utilização de imagens do atleta em competições esportivas para preparação da mídia (eventualmente, uma tutela ressarcitória pode ser utilizada cumulativamente para reparar os danos causados pela demora).

Se o atleta ameaça participar de uma campanha de marketing de empresa concorrente, a credora não só pode usar a tutela inibitória para impedir que o atleta grave a campanha (com utilização de provimento mandamental ou executivo, por exemplo, removendo o atleta do estúdio de gravação, inclusive com auxílio de força policial⁹¹⁸) ou para impedir que a campanha seja levada ao ar (utilizando provimento executivo, mediante a busca e apreensão das originais e cópias das mídias gravadas pelo atleta, antes da distribuição para veiculação), bem como pode utilizar a tutela de remoção do ilícito, caso a campanha já esteja sendo veiculada (provimento executivo, mediante a busca e apreensão das originais e cópias das mídias gravadas pelo atleta e proibição de as companhias de publicidade utilizar

⁹¹⁸ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde* (Arts. 83 e 84, CDC). São Paulo: RT, 2003, p. 184: *A técnica sub-rogatória assume, nesse contexto, fundamental importância. Suponha-se um contrato de plano de saúde, modelado para a chamada “medicina pré-paga”, típico contrato cativo a que se refere Cláudia Lima Marques, isto é, que envolve prestações continuadas para o consumidor, provavelmente por toda sua vida – desde que ainda tenha como pagar as mensalidades! -, porque resulta de uma necessidade essencial à dignidade humana, dever do qual o Estado tem sabido muito bem se furtar. Pois bem, caso o fornecedor se negue a contratar, muito embora tenha procedido à larga captação no mercado, mediante anúncios publicitários, é possível uma tutela específica que seja efetivada mediante técnica sub-rogatória, nomeando-se interventor judicial que providencie para que as cláusulas gerais, lista de profissionais, clínicas e hospitais credenciados e todas as demais informações pertinentes ao contrato sejam entregues ao consumidor, com ou sem força policial junto ao estabelecimento da operadora.*

referidas mídias⁹¹⁹), cumulando-a, eventualmente, com tutela inibitória (buscando cominação de pena para o caso de novas violações) e com tutela ressarcitória (na hipótese de se verificarem danos).

9.1 Conceitos e delimitação do objeto

9.1.1 Fazer

A obrigação de fazer consiste na prestação de um fato, tendo por objeto principal atos ou trabalhos do devedor (material ou intelectual). Segundo Carlos Alberto Bittar,

As obrigações e fazer são aquelas que consistem em atividade pessoal do devedor, que se vincula a executar trabalho físico ou intelectual, a realizar obra com o seu engenho ou com o emprego de materiais, ou a prestar fato determinado pela vantagem almejada pelo credor, mesmo não sendo trabalho. Consubstanciam-se, assim, na prestação pessoal de fato pelo devedor, de interesse do credor.⁹²⁰

Logo, qualquer forma de atividade humana, de *ordem física, artística, científica ou intelectual*⁹²¹, desde que lícita (isto é, conforme a moral, aos bons costumes e à lei), materialmente possível e vantajosa ao credor, pode constituir objeto da obrigação⁹²². São exemplos: construir uma casa, prestar fiança, assinar escritura, prestar atendimento médico, realizar o conserto de uma máquina, etc...

⁹¹⁹ No respeitante aos efeitos da obrigação em relação a terceiros, vide capítulo 4.3.4, *in fine*.

⁹²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985, p. 55.

⁹²¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 119.

⁹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68: *As prestações de fato podem consistir: a) no trabalho físico ou intelectual (serviços), determinado pelo tempo, gênero ou qualidade; b) no trabalho determinado pelo produto, ou se já, pelo resultado; c) num fato determinado simplesmente pela vantagem que traz ao credor.*

O devedor de obrigação de dar pode ser constrangido pela violência a entregar a coisa (imissão de posse), o que não acontece com o devedor de obrigação de fazer, uma vez que sua obrigação é uma *atividade ou serviço pessoal*⁹²³, não pode ser obrigado pela violência a prestar a obrigação, sob pena de atingir direito maior, que o direito à liberdade individual.⁹²⁴

Nem sempre as obrigações de fazer aparecem, nos contratos, de forma pura. Podem as prestações de fato ser puras, isto é, consistirem a uma conduta, sem qualquer ligação com coisas, como ocorre, geralmente, na prestação de serviços de profissionais liberais (médicos, advogados, etc...). Contudo, Muitas vezes aparecem unificadas em um mesmo negócio jurídico, nas quais das prestações de fato resulta uma coisa a ser entregue ao credor. Assim, por exemplo, em um contrato de compra e venda, pode o vendedor (devedor da obrigação de dar – entregar – a coisa) obrigar-se a transportar (que é prestação de fazer) a coisa até o domicílio do comprador; em contrato de empreitada (construção), pode o construtor (devedor da obrigação de construir: fazer) obrigar-se a fornecer o material de construção (que é prestação de dar), ou o artista que, terminando a escultura (fazer), transfere

⁹²³ OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996, p. 111.

⁹²⁴ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil, v. 3: direito das obrigações e direito hereditário*. Trad. Paulo Capitanio, atual. Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 217: *A execução é ordinariamente indireta. Na verdade, das três espécies de obrigações definidas a dar, a fazer, ou a não fazer, as últimas duas não são suscetíveis de uma execução direta, não se podendo coativamente obrigar a pessoa a cumprir o ato que devia ser praticado ou coativamente impedi-la de praticar o ato proibido.*

ao encomendante a propriedade sobre o material (pedra) onde foi esculpida a obra.⁹²⁵

Nestes casos, como assevera Washington de Barros Monteiro,

... o substractum da diferenciação esta em retificar se o dar ou o entregar é ou não consequência do fazer. Assim, se o devedor tem de dar ou de entregar alguma coisa, não tendo, porém de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entregá-la, se tem ele de realizar algum ato, do qual será mero corolário do de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer⁹²⁶.

Há que se verificar qual é a prestação principal, imediata ou antecedente (que precede as outras) e, por ela classificar-se a obrigação. É simples: ao se contratar um pintor renomado, qual é o mais importante: a propriedade sobre a tinta e a tela, ou a forma especial com que o artista “espalha” a tinta na tela? A obrigação antecedente, neste caso, é o fazer, e por ela a obrigação é classificada:

Verdadeiras dificuldades só surgem quando a prestação devida envolva fazer a própria coisa que deva ser entregue. Evidentemente que se toda prestação debitória diz respeito a uma atividade do devedor, mesmo nas obrigações de dar teremos essa atividade, que no caso, consistirá em fazer a entrega da coisa. Todavia, nessas obrigações de dar, o interesse do credor não está propriamente na atividade do devedor, mas na coisa que deve ser entregue. Já nas obrigações de fazer, o interesse do credor está na realização da própria atividade, mesmo quando esta seja condição para a obtenção de uma coisa. Por isso, diz-se que será de fazer a obrigação em que a ação de entregar pressupõe prévio facere e que será de dar aquela que não o pressuponha. A essência da obrigação de fazer está na atividade que deve ser realizada, e não na coisa dela resultante.⁹²⁷

⁹²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 119-120: *Assim, a par de obrigações que se resumem em um desempenhar de pura atividade, há aquelas que abrangem a atividade e o bem, finalizando-se na entrega de um resultado elaborado ou confeccionado.*

⁹²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28º ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 89.

⁹²⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39.

Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão acrescenta que a diferença se dá em razão de que a prestação de fazer importa em uma alteração da realidade existente ao tempo da contratação⁹²⁸.

9.1.2 Não fazer

A obrigação de não fazer é uma omissão a que o devedor se obriga, consistindo em abster-se de atos que teria direito de praticar, de *interesse do credor*⁹²⁹, ou tolerar atos a serem praticados pelo credor quando teria direito de se opor⁹³⁰, ou ainda, evitar que não seja o ato praticado por pessoa pelo qual o devedor seja responsável. Segundo San Tiago Dantas,

...nas obrigações negativas, se tem sempre como conteúdo uma omissão. O devedor compromete-se a não fazer, e, neste não fazer, dois podem ser os aspectos: ou o devedor se compromete a não fazer alguma coisa, que normalmente estaria na esfera do seu direito, e, nesse caso, em que ele assume a obrigação de abster-se de um ato ou, então ele vai mais adiante e assume a obrigação de tolerar que o credor faça alguma coisa, que ele normalmente poderia repelir e, então, ele não se limita a abster-se de um ato, mas vai mais adiante, e chega, até a sofrer um ato que outro pretende praticar.⁹³¹

No dizer de Valdecir Mendes de Oliveira,

⁹²⁸ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, vol. I: Introdução. Da constituição das obrigações. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 121: *Pelo contrário nas prestações de facto não é possível distinguir entre a conduta do devedor e uma realidade que existia independentemente dessa conduta. O direito do credor tem por objecto a prestação do devedor e o seu interesse não corresponde a nenhuma realidade independente dessa prestação.*

⁹²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985, p. 61.

⁹³⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 642. *Observe-se que estas se apresentam sob duas formas: ou consistindo em pura omissão ou não fazer (<<non facere>>); ou consistindo numa tolerância, num deixar fazer ou suportar (<<pati>>). Na segunda hipótese temos as obrigações de tolerar; em que o devedor se compromete a consentir, sem protesto ou resistência, aquilo a que podia legitimamente opor-se caso o vínculo obrigacional não existisse (ex: quando o proprietário de um prédio se obriga a deixar que um vizinho passe sobre ele, sem contudo se constituir uma verdadeira servidão com eficácia real).*

⁹³¹ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil II*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983, p. 31.

A obrigação de não fazer, também é denominada obrigação negativa, é aquela cuja prestação ou compromisso do devedor refere-se a uma abstenção economicamente importante, ou a um fato de tolerância, em benefício do credor. Por essa modalidade de obrigação o devedor se compromete a não praticar certo fato ou ato, que poderia tranquilamente praticar, não fosse o vínculo estabelecido com o credor.⁹³²

São exemplos: direito de passagem⁹³³, restrições constantes das normas de condomínio (proibição: de modificar as portas dos apartamentos; de conversas no hall de entrada ou dos elevadores; de utilizar churrasqueiras nos apartamentos; de pendurar roupas na janela, etc...), restrições ao direito de construir⁹³⁴, não se estabelecer comercialmente em determinado local⁹³⁵, não divulgar segredo. Aliás, normalmente, as cláusulas de exclusividade em determinados contratos, como por exemplo de âncoras de telejornais ou artistas com as redes de televisão, caracterizam uma obrigação de não fazer (além da prestação principal de fazer, isto é de apresentar ou representar em programas da rede de televisão contratante), isto é, de não conceder entrevistas ou participar de programas promovidos por outras redes de televisão.

⁹³² OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996, p. 135.

⁹³³ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 165: *Pode também a obrigação negativa assumir a feição de "obrigação de tolerar", isto é, obligatio ad patiendum: nesses casos, há um conteúdo negativo e pode haver um conteúdo positivo, pois "quem se obriga a tolerar não só há de se abster de quanto possa obstar ou dificultar a prestação negativa como também há de remover, com ato positivo, o que a obste ou dificulte"*.

⁹³⁴ Há determinados loteamentos constituídos com restrições urbanísticas determinadas no contrato padrão arquivado no Cartório do Registro de Imóveis. É o caso julgado no RESP 457726, onde os adquirentes construíram três pavimentos em afronta ao contrato padrão que determinava que nenhuma construção pode ter mais que dois pavimentos acima do nível da rua. Outra irregularidade encontrada na obra foi a construção do muro, que deveria ter a altura máxima de dois metros de altura. No entanto, onde deveria estar o muro da casa encontra-se, na verdade, a parede lateral da construção principal. A obra não respeitava, ainda, a metragem recomendada para os recuos laterais. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aceitou em parte a ação movida por seus vizinhos e determinou que os compradores providenciassem a adequação da obra às convenções determinadas no contrato padrão, decisão esta mantida pelo STJ.

⁹³⁵ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p. 91. *Obriga-se o devedor, por exemplo, a não elevar o seu muro divisório acima da altura de dois metros; obriga-se o réus debendi a não se estabelecer com o mesmo ramo industrial ou comercial que vendeu o terceiros, evitando, com tal atitude negativa, a concorrência que poderia trazer àqueles com que transigiu*.

Como se vê, as obrigações de fato negativo importam em uma autolimitação de direitos individuais, uma vez que seu conteúdo é justamente não realizar um fato que teria direito de praticar. Nesta seara convém verificar a problema da validade dessa abstenção frente ao ordenamento jurídico, uma vez que há o entendimento de que não são admissíveis vedações aos direitos individuais ou que afrontem princípios de ordem pública: não casar ou não trabalhar⁹³⁶, não fazer concorrência jamais⁹³⁷, não observar tal religião, etc....

Daí que *são ilícitas as obrigações de não fazer que envolvam restrição acentuadamente prolongada à liberdade individual, ou que contrariem interesse de ordem pública e social* (nunca ser comerciante, nunca trabalhar, etc.)⁹³⁸, isto é, que faça restrição *num grau manifestamente excessivo*⁹³⁹, admitindo-se, por isso, a licitude de restrições limitadas (não casar com tal pessoa, não exercer o comércio em tal localidade, etc...).⁹⁴⁰

⁹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78: *Não sendo lícitas convenções em que se exija sacrifício excessivo da liberdade do devedor ou que atentem contra o direito fundamentais da pessoa humana (como, p. ex., a de suportar indefinidamente determinado ônus, de não sair à rua, de não casar, de não trabalhar etc.).*

⁹³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985, p. 62-63: *Ressalte-se, a propósito, a ilegalidade do pacto em que se consigne sacrifício excessivo da liberdade do devedor (como o contrato definitivo de não fazer concorrência jamais ao outro contratante, ou de não prestar certo serviço, ou de suportar indeterminadamente algum ônus, etc...).*

⁹³⁸ OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996, p. 138.

⁹³⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 643.

⁹⁴⁰ OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996, p. 137: *Em virtude da acentuada especialização técnica nos segmentos das indústrias, muitos conhecimentos e segredos que o trabalhador adquire no manuseio de máquinas e fórmulas precisam ser preservados. Por isso, são freqüentes as cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho celebrados com alguns técnicos e profissionais especializados, no sentido de que, cessada a relação de emprego, abstenham-se esses técnicos de locar seus serviços para uma empresa concorrente, tudo sob pena de multas e indenizações por perdas e danos. Mas, essa cláusula dever ser limitada a certo tempo e lugar. Efetivamente, para a validade das cláusulas restritivas da concorrência são necessárias pelo menos três condições mínimas: a) restrição no tempo – a cláusula não pode impor uma proibição eterna; b) restrição no espaço – não se pode impedir o exercício de uma atividade em todos os lugares; e, c) restrição no gênero de comércio – não se pode proibir o exercício de qualquer outro ramo de comércio ou atividade.*

A doutrina costuma diferenciar as prestações negativas e positivas segundo a ação do devedor (ação ou omissão⁹⁴¹). Neste passo convém vincar a crítica tecida por Luis Diez-Picazo no respeitante à distinção entre obrigações positivas e negativas:

...como todas las distinciones escolásticas en que se utilizan como criterios diferenciales las ideas de lo positivo y de lo negativo, no deja de tropezar con algunas dificultades. Se ha dicho, y con razón, que el carácter afirmativo o negativo pertenece más al terreno de la expresión gramatical que al terreno de la estructura o de la consistencia del hecho previsto por una norma o una regla jurídica. El lenguaje permite muchas veces describir en forma positiva o negativa, desde un punto de vista gramatical, un mismo acontecimiento. Así, por ejemplo, la obligación de no clausurar un establecimiento mercantil es también la obligación de mantenerlo abierto y de continuar el ejercicio de la industria. Por ello, acaso sea más exacto diferenciar las prestaciones positivas frente las negativas, según que la prestación prevista consista en una alteración o un cambio en el estado de cosas existente en el momento de la celebración del negocio constitutivo de la relación obligatoria o en el mantenimiento inalterable de tal situación o estado de cosas.⁹⁴²

Com razão o civilista espanhol. É de se voltar ao exemplo da cláusula de exclusividade (que não é um contrato propriamente dito, mas uma cláusula acessória que normalmente acompanham outras prestações principais), e, nestes casos,

No obstante ser el pacto de exclusiva una cláusula accesoria de un contrato, influye en él en materia de cumplimiento, pues la prestación realizada a favor de otra persona distinta a la beneficiaria de la exclusiva supone incumplimiento del contrato. ... Hay que reconocer que la obligación de exclusiva, aunque puede consistir en una obligación de hacer, casi siempre aparece como obligación de no hacer.⁹⁴³

É de se tomar, neste sentido, o exemplo de uma gráfica que se compromete a realizar trabalhos gráficos com exclusividade para determinada editora. A

⁹⁴¹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. I: Introdução. Da constituição das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 122.: *As prestações de facto também admitem uma classificação entre prestações de facto positivo (facere) e prestações de facto negativo (que por sua vez se subdividem em prestações de non facere e de pati)*.

⁹⁴² DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Patrimonial*. t. II, 4ª Ed. Madrid: Civitas, 1993. p. 239.

⁹⁴³ MARTÍNES, María Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 151.

exclusividade aí pode ser tomada por um lado positivo (a gráfica deve realizar os serviços de impressão gráfica solicitadas pela Editora) como pode ser tomada por um aspecto negativo, isto é, a gráfica não pode aceitar encomendas ou prestar serviços para outras editoras.

Por esta circunstância, é possível dizer que a classificação das obrigações em positivas ou negativas, segundo os critérios adotados usualmente pela doutrina, torna essas categorias como obrigações de dupla face ou ambivalentes, pois em várias circunstâncias o fazer previsto no contrato poderá caracterizar um não fazer e vice-versa.

Oportuno é vincar que em razão da própria natureza das obrigações *ad non faciendo*, as mesmas não são instantâneas, mas ao contrário, se estendem no tempo. *A abstenção é constante, sucessiva, estando o devedor obrigado a omitir em todas as ocasiões em que poderá praticar o ato, cumprindo, dessa forma, a obrigação.*⁹⁴⁴ O incumprimento (definitivo ou temporário) surge no exato momento em que o devedor pratica o ato que devia se abster.

Por fim, importante vincar, ainda, que normalmente é admissível a violência, o uso da força, isto é, o cumprimento *manu militari*, no caso de inexecução de obrigação de não fazer, pois se reconhece ao credor o direito de desfazer as obras à custa do devedor.

9.2 Classificação

⁹⁴⁴ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p. 92-93.

Interessante é classificar as prestações de fazer ou e não fazer, eis que tais classificações são importantes para definir a ocorrência de impossibilidade do cumprimento, suas conseqüências e, ainda, a averiguação da perfeição do cumprimento.

9.2.1 Genéricas e específicas

As obrigações de dar são classificadas pelo Código Civil em dar coisa certa e dar coisa incerta. Será certa a coisa quando o seu objeto é um corpo certo e determinado, perfeitamente distinguível, por característicos próprios, de outros da mesma espécie⁹⁴⁵. A coisa é de tal modo identificado, no contrato, que se torna única, infungível contratualmente: Se a coisa é certa (única no mundo, com aquelas características), o devedor deve entregar a própria coisa designada, sob pena de se alterar unilateralmente a convenção, modificando a o objeto da prestação sem aquiescência do credor, uma vez que há proibição do pagamento *aliud pro alio* (CCB, art. 313). Se a coisa não for perfeitamente identificada, isto é, estiver descrita no contrato com apenas algumas características, de modo que se possa identificar, no mundo, várias coisas com as mesmas características (ex: veículo gol), em algum momento do processo obrigacional alguém terá que identificar (escolher) entre todas as coisas da mesma espécie e qualidade previstas no contrato, qual irá cumprir a obrigação. Neste caso, estamos frente à obrigação de dar coisa *incerta* (CCB, art. 243). A diferença entre uma e outra é exatamente essa: na coisa certa o objeto é

⁹⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43: *A coisa certa a que se refere o Código Civil é, pois, a determinada, perfeitamente individualizada, a species ou corpo certo dos romanos, isto é, tudo aquilo que é determinado de modo a poder ser distinguido de qualquer outra coisa.*

infungível (só aquele corpo certo e determinado pode cumprir a obrigação) e na coisa incerta o objeto é *fungível* (pois existe uma gama de opções à escolha das partes).

A diferença no tratamento jurídico é justificada por uma simples constatação: se a coisa certa perece, não resta alternativa que não considerar-se extinta a obrigação, eis que o credor não pode ser obrigada a receber outra (CCB, art. 313), tornando impossível o objeto da obrigação (CC, art. 166, II); se uma das coisas incertas previstas no contrato perece, será possível encontrar outras coisas, no mundo, da mesma espécie e qualidade, tornando extremamente difícil ocorrer impossibilidade da prestação (CCB, art. 246), pois o gênero (espécie) não se perde ou deteriora⁹⁴⁶ (*genus nunquam perit* ou *genus perire non censetur*), correndo os riscos da coisa, até a individualização, por integral conta do devedor (que afinal, nas obrigações de dar, é seu proprietário).

Com a mesma finalidade, as obrigações de fazer podem ser classificadas segundo a forma com que as partes tenham definido o objeto da obrigação em genéricas e específicas.

São *genéricas* aquelas prestações de fazer que possam ser substituídas por outras do mesmo gênero e qualidade, isto é, que se submetem ao princípio do *genus nunquam perit*. O que interessa aqui é o grau de determinação da prestação⁹⁴⁷ (por exemplo: a cooperativa de trabalho médico se obriga a assistir o consumidor em qualquer enfermidade que o acometa; a advocacia “de partido”, onde o advogado se compromete a defender o contratante – normalmente empresas - em

⁹⁴⁶ Mas existem duas exceções admitidas pela doutrina: a) quando o próprio gênero deixa de existir (Ex: escravos; ou coisa posta fora do comércio); e b) nas dívidas genéricas restritas ou limitadas (*genus limitatum*), quando todas as coisas do gênero limitado previsto no contrato perecerem.

⁹⁴⁷ MARTÍNES, María Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 193.

qualquer problema jurídico que se veja envolvido), e não a possibilidade de ser realizada por terceiro.

São obrigações de fazer específicas aquelas em que a prestação está perfeitamente determinada, como, por exemplo, o contrato de transporte de pessoa de um ponto certo até outro ponto certo.⁹⁴⁸

9.2.2 Fungíveis e Infungíveis

O interesse da classificação resulta, ou tem como critério de definição, possibilidade, ou não, de cumprimento por terceiro, ou seja,

...el interés de esa distinción deriva precisamente de esa posibilidad de ser substituidas en la realización: si ello sucede, cabrá, por ejemplo el cumplimiento por un tercero, la ejecución forzosa in natura, etc., lo que no podrá tener lugar si esa circunstancia no se da en la obligación.⁹⁴⁹

Normalmente são denominadas de fungíveis as prestações de fazer que possam ser realizadas pelo próprio devedor ou por terceiras pessoas e, de infungíveis aquelas prestações de fazer que só possa ser cumpridas pelo próprio devedor, e mais ninguém, afirmando-se que só as primeiras é que admitem cumprimento específico independentemente da vontade do devedor, enquanto as segundas estão inexoravelmente submetidas à conversão em perdas e danos, caso o devedor não lhas queira cumprir.

⁹⁴⁸ MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 194.

⁹⁴⁹ QUESADA, Bernardo Moreno. *Problemática de las obligaciones de hacer*. Madrid: R. D. P., 1976, p. 470.

Em outras palavras, o critério que deve ser utilizado para a diferenciação entre elas é o da possibilidade ou não de substituição da vontade do devedor e, por outra forma, obter a satisfação *in natura* da prestação de fazer incumprida, de forma útil para o credor⁹⁵⁰.

A regra é que o devedor não precisa cumprir pessoalmente a obrigação de fazer⁹⁵¹. Está essa regra implícita no sistema, em razão da expressão *a ele só imposta ou só por ele exeqüível* constante do texto do art. 247 do Código Civil.

Daí que só haverá *necessidade* de o devedor cumprir pessoalmente a obrigação de fazer quando: a) constar expressamente do contrato que a execução deverá ser pessoal (infungibilidade contratual); ou b) quando pela própria natureza da obrigação, se verificar que a contratação foi *intuitu personae*, isto é, quando a obra a executar depende do talento e da habilidade do devedor⁹⁵² (infungibilidade natural), ou melhor, quando o *trabalho ou a obra não possa ser executada com as mesmas virtudes ou qualidades que teria se a execução se fizesse com a pessoa com quem se contratou*.⁹⁵³

E, ainda, há uma terceira hipótese: há uma espécie de prestação de fazer que, de maneira inicial é infungível, que é a obrigação de emitir declaração de

⁹⁵⁰ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p. 94.

⁹⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 71: *Quando não há tal existência expressa, nem se trata de serviço cuja execução dependa de qualidades pessoais do devedor, ou dos usos e costumes locais, podendo ser realizados por terceiro, diz-se que a obrigação de fazer é fungível, material ou pessoal (CC, art. 249). Se, por exemplo, um pedreiro é contratado para construir um muro ou consertar uma calçada, a obrigação assumida é de caráter material, podendo o credor providenciar a sua execução por terceiro, caso o devedor não a cumpra.*

⁹⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70: *A infungibilidade pode decorrer, também, da própria natureza da prestação, ou seja, das qualidades profissionais, artísticas ou intelectuais do contratado. Se determinado pintor, de talento e renome, comprometer-se a pintar um quadro, ou famoso cirurgião plástico assumir obrigações de natureza estética, por exemplo, não poderão se fazer substituir por outrem, mesmo inexistindo cláusula expressa nesse sentido.*

⁹⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 123.

vontade (outorgar escritura de imóvel alienado por escrito particular, assinar certificado de transferência de automóvel já entregue e quitado, cumprimento de promessa de doação⁹⁵⁴, etc...), onde a sentença irá produzir os mesmos efeitos da declaração de vontade não emitida, e por isso denominada por parte da doutrina como *infungível juridicamente*⁹⁵⁵, uma vez que a infungibilidade desse tipo de prestação é originada no próprio ordenamento jurídico.

Neste passo, não é possível olvidar que

Tudo se passa no mundo jurídico, no primeiro momento, e no plano da eficácia. A sentença, que sub-roga a renitente volição do obrigado, não o compele a manifestá-la manu militari porque, simplesmente, dela prescinde, gerando no mundo jurídico consequência idêntica à declaração espontânea.⁹⁵⁶

Daí o interesse da classificação proposta por Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, em prestações de fazer material e prestações de fazer jurídico:

É ainda possível relativamente às prestações de facto, estabelecer uma subdistinção entre prestações de facto material e prestações de facto jurídico. Nas primeiras, a conduta que o devedor se compromete a realizar é uma conduta puramente material, não destinada à produção de efeitos jurídicos (ex: realizar ou não realizar determinada obra). Nas segundas, a conduta do devedor aparece destinada à produção de efeitos jurídicos, sendo assim esse

⁹⁵⁴ OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996, p. 115: *Isto significa que, havendo promessa de doação de imóvel, outro contrato definitivo – escritura pública definitiva – tem que ser outorgado e assinado, e aqueles que prometeram a doação assumiram uma obrigação de prestar nova e definitiva declaração de vontade.*

⁹⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol. III. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 390: *...infungibilidade das prestações de declaração de vontade é meramente jurídica. Se é certo que as prestações infungíveis, quando não satisfeitas pelo devedor, apenas permitem o recurso à indenização por perdas e danos, o mesmo, entretanto, não se pode dizer com referência às prestações juridicamente infungíveis, isto é, aquelas que exclusivamente por motivo de um princípio jurídico só podem ser prestadas pelo devedor. Neste caso, o Estado, que criou a infungibilidade, pode alterá-la, permitindo-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.* No mesmo sentido, SOUZA, Nilza Machado de Oliveira. *Tutela específica*. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*. Toledo: Unipar. V. 5, nº 1, p. 95-111, jan-jun. 2002; e GAIO JÚNIOR. Antonio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42.

⁹⁵⁶ SILVA, Luiz Tadeu Barbosa. Da ação de adjudicação compulsória resultante do contrato preliminar e do contrato de compromisso de venda e compra. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, nº 845, p. 50-64, março/2006.

resultado jurídico incluído na prestação (ex: celebrar ou não celebrar determinado contrato).⁹⁵⁷

Ora a infungibilidade de tais prestações é natural, uma vez que constitui a própria essência do conteúdo da obrigação de emitir declaração de vontade a personalidade e a impossibilidade de terceiro realizar tal prestação de forma eficaz. Contudo, no plano jurídico (intelectual), é possível cumprir a prestação independentemente da vontade do devedor. De fato, se no plano fático só o próprio titular pode outorgar a respectiva declaração de vontade, no plano jurídico, a *prestação é fungível*, pois a sentença judicial irá substituir a declaração de vontade, isto é, *não há necessidade* de o devedor cumprir pessoalmente a prestação. É que, em casos assim, estabelece o legislador que a sentença que condena o devedor a emitir declaração de vontade, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida (CPC, arts. 466-A e 466-B). É o caso do contrato preliminar (CCB, arts. 463⁹⁵⁸ e 464⁹⁵⁹). Logo, tal situação caracteriza hipótese de *fungibilidade jurídica*, pois, dado o cumprimento exclusivamente no plano jurídico, é possível cumprir especificamente a obrigação independentemente da manifestação de vontade do devedor.

⁹⁵⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. I: Introdução. Da constituição das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 122.

⁹⁵⁸ CCB, Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra parte que o efetive. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

⁹⁵⁹ CCB, Art. 464: Esgotando o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

É de se vincar, por fim, que há a tendência generalizada de considerar que *nas obrigações positivas a prestação pode ser muitas vezes efetuada por terceiro (fungível), o que já não acontece nas obrigações negativas (não fungível)*.⁹⁶⁰

Esse entendimento decorre do fato de que os autores consideram como critério classificatório exclusivamente a prestação (isto é, a conduta do devedor), e não o resultado útil pretendido pelo credor. Se for tomado como critério exclusivamente esta consideração, haver-se-á de definir que toda prestação de fazer é fungível, pois qualquer prestação humana pode ser repetida ou copiada por outrem: qualquer pessoa que tenha voz é capaz de cantar, mas o resultado dessa atividade, pode ou não agradar aos ouvidos dos interlocutores, embora isso não queira dizer que a prestação (cantar) não tenha sido desempenhada.

Resta demonstrado, assim, que o correto critério de classificação é aquele que leva em consideração o resultado dessa atividade, isto é a utilidade que o credor puder extrair dessa atividade.

Sob esse prisma, as prestações negativas podem ser também fungíveis⁹⁶¹, quando o credor possa obter a satisfação de seu interesse, isto é, possa haurir a utilidade da prestação por intermédio de outras pessoas ou mesmo da jurisdição, pois *os comandos negativos geralmente se podem substituir por positivos, ou seja, na obrigação de repor ao estado anterior*.⁹⁶² Utilizando-se o critério do resultado para o credor, as prestações de não fazer serão infungíveis quando não for possível desfazer o ato praticado pelo devedor, e serão fungíveis quando o resultado útil pretendido pelo credor (desfazimento do ato), for material ou juridicamente possível.

⁹⁶⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 639.

⁹⁶¹ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, p. 103-110, out/nov, 1995.

⁹⁶² BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p. 110.

9.2.3 De meios e de resultados

Obrigação de meios é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligências normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, vincular-se a obtê-lo⁹⁶³. O objeto da obrigação é a atividade (meios tendentes a atingir o objetivo almejado) do devedor e não o resultado dessa atividade. Está o devedor obrigado a fazer o que estiver ao seu alcance para conseguir a meta pretendida pelo credor ao contratar a prestação. Se não atingir o resultado final esperado, não responderá o devedor, salvo de não agiu com a prudência ou diligências normais (imprudência, negligência ou imperícia), caso em que responderá por perdas e danos. O médico não pode garantir a cura.⁹⁶⁴ O advogado não pode garantir a vitória na demanda, a absolvição do réu. O objeto pretendido (cura, vitória) não é o objeto da obrigação, mas o trabalho, diligência consciente, prudente e leal do profissional.

⁹⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 174: *Diz-se que a obrigação é de meio quando o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem no entanto responsabilizar-se por ele.*

⁹⁶⁴ A atividade médica, por definição, é obrigação de meios, onde o devedor (médico), tem apenas a obrigação de esforçar-se para obter a cura, sem que esteja obrigado a atingir tal objetivo. O objeto do contrato é o trabalho do médico, e não o objetivo pretendido pelas partes: a cura do paciente. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 273, não deixa margens à dúvida, quando justifica: *Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, à toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.* Adverte o magistrado KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: RT, 1994, p. 53, que: *Não há, pois, culpa presumida do médico, por estarmos diante de um contrato. Ao autor, incumbe a prova de que o médico agiu com culpa.* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. v. 1, 8ª ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 229, é enfático: *O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência, na fórmula da Corte Suprema da França.*

Obrigação de resultado é aquela que o credor tem o direito de exigir do devedor, implícita ou expressamente⁹⁶⁵, a produção de um resultado, sem o que terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em só mesmo, de maneira que o devedor será responsabilizado tão só pelo fato de não ser atingido o objetivo⁹⁶⁶. Exemplos: contrato de transporte (conduzir em segurança); consertar automóvel; Promessa de fato de terceiro;

Como se vê, a distinção entre as duas categorias (meios e resultado), se estabelece por seu objeto, isto é, define o conteúdo da prestação do devedor como sendo o conteúdo do direito de crédito do credor. Veja-se que nas obrigações de resultado o devedor não se obriga somente a realizar uma determinada atividade de forma diligente, mas sim produzir um resultado concreto. Já nas prestações de meios, o conteúdo da prestação do devedor se esgota na realização da atividade diligente, sem que integre o conteúdo de sua prestação a produção do resultado que a atividade é destinada a produzir.

É que existe quem encontre na distinção entre as obrigações de meio, verdadeiro nexos de imputação objetivo:

O traço distintivo entre essas duas modalidades de obrigação encontra-se nos efeitos do inadimplemento. Na obrigação de meio, em que o devedor se propõe a desenvolver a sua atividade e as suas habilidades para atingir o objetivo almejado pelo credor, e não a obter o resultado, o inadimplemento somente acarreta a responsabilidade do profissional se restar cumpridamente demonstrada a sua negligência ou imperícia no emprego desses meios. Na de resultado, em que o objeto final é da essência do ajuste, somente mediante prova de algum fato inevitável capaz de romper o nexos de causalidade, equiparado à força maior, ou

⁹⁶⁵ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 129.

⁹⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 175: *Quando a obrigação é de resultado, o devedor dela se exonera somente o fim prometido é alcançado. Não a sendo, é considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso.*

de culpa exclusiva da vítima, pode o devedor exonerar-se caso não tenha atingido o fim a que se propôs.⁹⁶⁷

Mas, não é sempre assim (embora as obrigações com nexos de imputação objetivo se caracterizem como obrigações de resultado), pois, conforme reconhece Sérgio Cavalieri Filho, algumas obrigações de resultado operam, em verdade, uma inversão de prova, e não responsabilidade objetiva, caso em que *cabera ao devedor provar que não teve culpa*⁹⁶⁸.

Desta forma, na obrigação de meio, em que o devedor se propõe a desenvolver a sua atividade e as suas habilidades para atingir o objetivo almejado pelo credor, e não a obter o resultado, o inadimplemento somente acarreta a responsabilidade do profissional se restar cumpridamente demonstrada a sua negligência ou imperícia no emprego desses meios. Na de resultado, em que o objeto final é da essência do ajuste, presume-se a culpa do devedor pelo simples fato de não ter atingido o resultado esperado pelo credor, invertendo-se o ônus de prova, tendo o devedor o ônus de provar que não incidiu em culpa.

Neste sentido, Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, argumenta:

O interesse da distinção, em termos de regime, resulta na forma de estabelecimento do ônus da prova. Nas prestações de resultado, bastaria ao credor demonstrar a não verificação do resultado para estabelecer o incumprimento do devedor, sendo este que, para se exonerar de responsabilidade, teria que demonstrar que a inexecução é devida a uma causa que não lhe é imputável. Pelo contrário, nas prestações de meios não é suficiente a não verificação do resultado para responsabilizar o devedor, havendo que demonstrar que a sua conduta não correspondeu à diligência a que se tinha vinculado. Assim, nos exemplos referidos, o transportador que não entrega as mercadorias no local e tempo estipulados fica sujeito a responsabilidade, salvo se demonstrar a ocorrência de factores externos que a excluam, como os de facto ser imputável ao credor ou devido a causa de força maior. Pelo contrário, o facto de o doente não se ter curado não indicia a responsabilidade do médico, cabendo

⁹⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 175.

⁹⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª Ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 198.

àquele demonstrar que o processo que visava obter a cura não foi conduzido com a adequada diligência.⁹⁶⁹

De fato, a maior importância da distinção se vê no campo da prova:

El interés práctico de la distinción es capital en el plano de la prueba, basta al acreedor de una obligación determinada establecer que el resultado no ha sido alcanzado, con ello demuestra que el deudor no ha cumplido su obligación; para desligarse el deudor debe entonces probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña. Si la obligación que pesa sobre el deudor es solamente de conducirse con prudencia y diligencia, se hace necesario en efecto un examen de la conducta del deudor, el acreedor, para demostrar que la obligación no ha sido ejecutada, debe probar que el deudor no se ha comportado con la prudencia y diligencia a las cuales estaba obligado; la prueba de una imprudencia o negligencia del deudor está a cargo del acreedor.⁹⁷⁰

Percebe-se que a distinção – tal como é posta usualmente pela doutrina - é empobrecedora, pois reduz a duas categorias toda a variedade das obrigações. Há, em verdade, um *tertius genus*, ou obrigação de resultado atenuado, que é um híbrido das duas categorias, na qual a culpa do devedor se presumirá, mas, para vencer dita presunção, bastaria ao devedor provar a sua diligência, isto é, ausência de culpa, não sendo necessária a prova de fortuito. Daí a corrente que estabelece um outro critério de diferenciação, qual seja o de verificar se o fim perseguido pelas partes apresenta uma álea, isto é, um risco natural e inerente à atividade.

Neste sentido, Bernardo Moreno Quesada argumenta:

El criterio de la distinción debe ponerse en el alea del resultado. Sin duda que el alea está presente en todos los casos, por lo que incluso en las obligaciones de resultado es preciso admitir circunstancias de fuerza mayor. Pero en las obligaciones de medios o de diligencia, el alea es tal que su incidencia en la consecución del resultado no permite presumir la culpa del deudor.

E conclui:

⁹⁶⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. I: Introdução. Da constituição das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 129.

⁹⁷⁰ MARTÍNES, María Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 211.

Es pues, de tener en cuenta que la distinción está fundada sobre el objeto de la obligación y no, como pudiera creerse, sobre el grado de diligencia exigible; y es que el grado de diligencia requerido del deudor puede ser más o menos elevado, como asimismo sucede en las obligaciones de resultado, según las circunstancias y lo pactado por las partes.⁹⁷¹

Isto é, quando a produção do resultado é aleatória, a obrigação é de meios, porque é de se presumir que, normalmente, o devedor não se compromete a obter um resultado que sabe ser aleatório, e por isso, a classificação das prestações em meio e resultado deve operar-se pelo referido critério (como é o caso dos exames laboratoriais que, considerando a álea ínsita à atividade é classificado como obrigação de meios⁹⁷², em como no referente à classificação da obrigação do cirurgião plástico⁹⁷³).

⁹⁷¹ QUESADA, Bernardo Moreno. *Problemática de las obligaciones de hacer*. Madrid: R. D. P., 1976, p. 475.

⁹⁷² SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica - Civil, Criminal e Ética*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 193-195): (...) *Esse mister se constitui em contrato de meios. Quando o resultado técnico tiver margem de erro, de imprecisão ou de índice estatístico, esses percentuais devem ser registrados em cada item do laudo, para ciência do médico e do paciente. Se eventualmente o resultado for incorreto, mas com adoção das técnicas recomendadas, o técnico incumbido (médico, analista, bioquímico) nenhuma responsabilidade terá. Em caso de dano ao paciente, a prova do nexo causal é ônus de quem alega, enquanto ao profissional incumbe provar conduta regular no exercício da função técnica. (...) Se o médico causar dano ao paciente, com base no resultado incorreto da análise clínica, mas cometendo erro grosseiro (deixar de pedir novo exame, por exemplo, quando o resultado laboratorial for incompatível com o quadro clínico do paciente), responderá pela indenização, solidariamente com o laboratório. De qualquer forma, em caso de constatação laboratorial de doença grave, além do dever de pedir exames de confirmação, deve o médico dar a notícia de forma adequada ao paciente, com as ressalvas que se fizerem oportunas, tanto para não levar mais desesperança ao doente - cumprimento da obrigação ética do bom relacionamento médico/paciente - como para não gerar outros gravames desnecessários, a exemplo do dano moral.*

⁹⁷³ Exatamente por essa circunstância – incorreto critério de classificação – que atualmente contende a doutrina nacional no respeitante à classificação da cirurgia plástica embelezadora. De um lado, os que a classificam como obrigações de resultado com fincas na expectativa do credor, e nesse passo esclarecedoras são as palavras de GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 176: *A obrigação assumida pelos cirurgiões plásticos é, igualmente, como foi dito, de resultado. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia plástica, na se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado.* No mesmo sentido: LOPES, Teresa Ancona. *O dano estético*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 91; MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde (Arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2003, p. 279; KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 160. e, CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª Ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 280. De outro lado, utilizando como critério de diferenciação a álea natural da atividade, estão aqueles que classificam a cirurgia estética como obrigações de meios. Esclarecedoras, neste sentido, são as palavras de Ruy Rosado de Aguiar Junior, ao considerar que *o acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem*

9.3 Crise no programa obrigacional

Conforme já vincado, para efeitos do presente trabalho, utilizamos como critério metodológico de classificação entre as formas de incumprimento ou inexecução obrigacional pelos efeitos ou resultados do descumprimento a obrigação⁹⁷⁴. Por esse critério, utilizamos a expressão *inexecução* para significar o gênero, onde *inadimplemento* (incumprimento definitivo), *mora* (incumprimento temporário) e *cumprimento defeituoso* (adimplemento imperfeito) são espécies.

Neste sentido, considera-se que *inadimplemento definitivo* aqueles casos onde, por circunstância imputável⁹⁷⁵ ao devedor, a prestação não mais pode ser cumprida exatamente como contratada ou não mais é útil ao credor recebê-la *in natura*, caso em que a prestação se converte em perdas e danos, que abrangem não só o valor pecuniário equivalente ao da prestação incumprida, mas também todos os danos experimentados pelo credor em razão do incumprimento; Considera-

o que ninguém se submeteria, senão são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, nº 718, p. 33-53, agosto de 1995). No mesmo sentido: SANTOS, Ulderico Pires. *A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência*. Rio: Forense, 1984, p. 361; STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 4ª Ed., São Paulo: RT, 1999, p. 299; GIOSTRI, Hildegard Tagessel. Erro médico à Luz da Jurisprudência comentada. Curitiba: Juruá, 1988, p. 175; e, MAGRINI, Rosana Jane Magrini. Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. Revista Jurídica, nº 280, Porto Alegre: Notadez, P. 73-93, fevereiro de 2001.

⁹⁷⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 966: Outra perspectiva utilizada para a definição das modalidades de incumprimento atende ao seu efeito ou resultado, no que concerne à relação obrigacional. Pode estar-se em face de *não cumprimento definitivo*, de simples *atraso no cumprimento* ou de *cumprimento defeituoso*.

⁹⁷⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 966: *A respeito do não cumprimento propriamente dito, há que se verificar qual a sua causa. Importa distinguir, na verdade, se a prestação deixou de ser realizada em consequência de facto do devedor, ou se, pelo contrário, isso derivou de facto do credor ou de terceiro, de circunstância fortuita ou de força maior, ou, inclusive, da lei. Assim, o incumprimento dir-se-á imputável ou não imputável ao devedor. Só no primeiro caso existe uma autêntica e característica falta de cumprimento.*

se como *incumprimento temporário* ou *mora* quando o cumprimento não foi feito no tempo, modo ou lugar convencionados, de forma imputável ao devedor, mas que ainda pode sê-lo com proveito útil ao credor, caso em que o credor pode exigir a prestação exatamente como contratada, mais os danos advindos da demora.⁹⁷⁶ Considera-se *cumprimento defeituoso* (ou *adimplemento imperfeito*), as situações onde a prestação foi adimplida pelo devedor, não só *em desconformidade com o tempo, modo ou lugar avençado*⁹⁷⁷, isto é, quando o cumprimento da prestação *não corresponde integralmente à obrigação a que se vinculou, não permitindo assim a satisfação adequada do interesse do credor*⁹⁷⁸, mas também quando ocorrer o descumprimento de *deveres secundários, laterais, acessórios e instrumentais, notadamente os deveres derivados do princípio que manda agir segundo a boa-fé*.⁹⁷⁹

Neste passo, convém afastar a errônea noção – de invulgar força na doutrina –, de que as obrigações negativas são insuscetíveis de mora.

Mário Júlio de Almeida Costa, argumenta que não são aplicáveis as regras da mora às obrigações negativas, pois

...nas obrigações positivas o cumprimento é via de regra possível depois do vencimento, ao contrário do que sucede nas obrigações negativas, em que o prazo é essencial – e daí a inaplicabilidade dos preceitos sobre a mora do devedor; aquelas podem ser cumpridas antes do vencimento só por vontade do devedor, enquanto o prazo se presume estabelecido a seu

⁹⁷⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. II: Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.224: *No segundo caso, a prestação não foi realizada no momento devido, mas ainda é possível a sua realização, através de um cumprimento retardado. Nesse caso, sendo o atraso na realização da prestação imputável ao devedor (mora do devedor), o credor pode exigir indemnização, mas apenas pelo atraso da prestação, já que mantém o seu direito à prestação em falta.*

⁹⁷⁷ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde* (Arts. 83 e 84, CDC). São Paulo: RT, 2003, p. 276-277.

⁹⁷⁸ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. II: Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 265.

⁹⁷⁹ MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), p. 150.

favor, ao passo que estas não podem sê-lo, ainda em consequência da essencialidade do prazo;⁹⁸⁰

Pelo mesmo motivo, Agostinho Alvim criticava a inserção, no Código Civil de 1916, do art. 961 no capítulo que regulamentava a mora:

...o disposto no art. 961 não tem cabimento no capítulo de mora, segundo nos parece. Deixamos assentado que a mora difere na inexecução absoluta, precisamente porque, sendo aquela uma imperfeição no cumprimento da obrigação, ordinariamente uma tardança, persiste a possibilidade de ser a mesma executada... Ora, a obrigação negativa não comporta variante. Ou o devedor não pratica o ato proibido e está cumprindo a obrigação, ou pratica, e dá-se a inexecução.⁹⁸¹

É de se ver que tal posicionamento foi vitorioso no Código Civil de 2002, uma vez que inserido o art. 390⁹⁸² (que repristinou o texto do art. 961⁹⁸³ do CCB de 1916) dentro do regulamento do inadimplemento, excluindo-o do regulamento da mora.

Ora, só pode considerar insuscetível de ocorrer mora em prestações negativas aqueles que classificam o incumprimento pela ótica das prestações positivas, isto é, pelo objeto da obrigação (prestação pessoal do devedor), e sob esse prisma, realmente não há como considerar que a prestação negativa é incompatível com a mora, pois mora, neste contexto é *atraso*.

Contudo, uma vez que se classifica o incumprimento mediante o critério dos efeitos ou do resultado do incumprimento, isto é, se ainda é material ou juridicamente possível obter a satisfação *in natura* do resultado útil da prestação para o credor, não importa se a prestação de não fazer é instantânea ou

⁹⁸⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 639.

⁹⁸¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 4.ed., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 133.

⁹⁸² CCB, Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

⁹⁸³ CCB de 1916, Art. 961. Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster.

continuada⁹⁸⁴, mas sim se é possível obter, no plano fático, o cumprimento da prestação, isto é, o resultado útil da prestação (abster-se) para o credor. Se não mais for possível desfazer o ato praticado, trata-se de incumprimento definitivo, e, se for possível desfazer o ato, trata-se de incumprimento temporário ou mora.

9.3.1 Incumprimento definitivo (Inadimplemento)

9.3.1.1 Fazer

Por incumprimento definitivo consideramos aquelas situações onde já não mais é possível cumprir a prestação tal como contratada, ou não mais é útil ao credor receber a prestação tal como contratada.

É de se iniciar pela impossibilidade absoluta da prestação.

Neste respeito, em primeira linha de raciocínio, há que se distinguir se a impossibilidade é imputável ou não ao devedor, na forma disciplinada pelo Código Civil no art. 248, *in verbis*:

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Trata o dispositivo da impossibilidade absoluta de o devedor prestar, resultante de evento não imputável ao devedor. Trata-se de impossibilidade física ou jurídica, não imputável ao devedor que impeça o devedor de efetuar a prestação a

⁹⁸⁴ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde* (Arts. 83 e 84, CDC). São Paulo: RT, 2003, p. 270: *Se por um lado pode ter alguma pertinência na violação da obrigação de não fazer de eficácia instantânea, nenhuma razão assiste quando se trate de violação da obrigação de não fazer de eficácia continuada.*

que se obrigara. Apenas por exemplo: o compositor famoso que, contratado para elaborar o hino municipal, falece vítima de uma síncope cardíaca antes de efetuar o cumprimento da prestação. A impossibilidade, neste caso, é absoluta, a prestação não foi cumprida, nem mais pode ser cumprida – *irrealizável*⁹⁸⁵ - por *aquele que se obrigou*, tornando

A impossibilidade absoluta naturalmente produz o efeito de resolver a obrigação sem perdas e danos ou incidência na cláusula penal⁹⁸⁶, uma vez que ninguém pode ser obrigado a realizar aquilo que é impossível (*ad impossibilia nemo tenetur* ou *ad impossibilia nulla obligatio*)⁹⁸⁷, ficando o devedor obrigado a restituir o que em razão dela tenha recebido⁹⁸⁸, isto é, a única tutela jurisdicional do direito que resta ao credor é *a restituição do pagamento eventualmente adiantado, porquanto a força maior ou o caso fortuito, embora resolvendo a avença, não tem o condão de desonerar de tal decorrência.*⁹⁸⁹

Para esse efeito (resolução no caso fortuito), pouco importa que se trate de prestação fungível ou infungível⁹⁹⁰, eis que a lei não as diferencia⁹⁹¹ para essa

⁹⁸⁵ OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996, p. 116.

⁹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 17.377, rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 29.06.2000: *É pressuposto lógico da aplicação da multa, por atraso no cumprimento da obrigação de fazer, a mora, ao menos, culposa. A não realização da obra por motivos alheios à vontade dos réus afasta a sua incidência*

⁹⁸⁷ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003, p. 103: Depreende-se, portanto, que se a impossibilidade decorre de fato não imputável ao devedor, resolve-se a obrigação, porque ninguém está obrigado ao impossível, vigorando o princípio *ad impossibilia nemo tenetur*.

⁹⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 74.

⁹⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 124.

⁹⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 517: *A norma disciplina tanto a que atinja prestações fungíveis como as infungíveis.*

⁹⁹¹ *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 247, o qual, comentando o brocardo, aduz: *Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da*

hipótese, de maneira que, mesmo sendo possível realizar a prestação por terceiro, a impossibilidade absoluta de o devedor – se a contratação foi pessoal - cumprir a prestação, não imputável a ele, tem o condão de resolver a obrigação. Em sentido contrário ao exposto, Arnaldo Rizzardo conclui que

Dir-se-á, nas obrigações de fazer fungíveis, que remanesce a responsabilidade sempre que a impossibilidade atingir a pessoa que presta o serviço; já se decorrente de fato da natureza, de modo a não permitir o ato, e aí ocorrências como a destruição da coisa, ou a superveniência de fato incontornável, concretiza-se a liberação.⁹⁹²

Como se vê, exige ele que a impossibilidade da prestação do fato tenha tamanha força que se imponha *generaliter*, não liberando o devedor na hipótese de *para ele* se tornar impossível a prestação, sem sua culpa. Essa afirmação – não de todo correta, mas também não de todo incorreta - há que ser entendida com muito cuidado. Há caso em que a contratação do devedor pressupõe a prestação de trabalho pessoal do devedor, mesmo que a prestação tenha características de fungibilidade e possam ser realizadas, com igual proveito e utilidade, por terceiras pessoas (como ocorre, por exemplo, na contratação de um pintor, de um jardineiro), e há casos onde a contratação pressupõe que o contratado irá realizar a prestação do fato não pessoalmente, mas sim por intermédio de terceiras pessoas. É o que ocorre, por exemplo, na contratação de um engenheiro (pessoalmente ou por intermédio de uma firma de engenharia) para a construção de uma casa: é óbvio, e da própria natureza da contratação, que não é o engenheiro que – pessoalmente – irá “assentar os tijolos”, claro e evidente é que irá contratar pessoas para desempenhar o trabalho braçal e assim cumprir a obrigação.

questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.

⁹⁹² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 125.

No primeiro caso (pressuposição de trabalho pessoal por parte do devedor) a circunstância fática de o devedor, individualmente considerado, não ter possibilidade de desempenhar a obrigação, sem sua culpa, autoriza a resolução do vínculo obrigacional, pois, *em relação a ele*, a impossibilidade é absoluta (um pedreiro contratado para construir um muro, sofre um acidente vascular cerebral e fica com metade do corpo paralisado: *para ele* a atividade não é mais possível). No segundo caso (pressuposição de realização do fato por terceiras pessoas), a impossibilidade daquele que se obrigou de prestar pessoalmente o fato não o exime de cumprir a prestação, porquanto não caracteriza impossibilidade de cumprir o fato na forma como contratado, de acordo com as circunstâncias e a natureza da obrigação (Se o engenheiro sofrer o acidente vascular cerebral e suportas as seqüelas antes mencionadas, isso não o impedirá de levar a cabo a construção do imóvel).

Calha lembrar, por oportuno, que mesmo as prestações juridicamente fungíveis, isto é, aquelas que não obstante infungíveis no plano fático, são fungíveis no plano jurídico (emitir declaração de vontade⁹⁹³), também podem se tornar impossíveis, com ou sem culpa do devedor. De fato, uma promessa de doação ou uma preempção incidente sobre determinado bem (um apartamento) pode se tornar impossível em razão do perecimento do objeto (o prédio desabou em razão de um terremoto) ou, ainda, por desapropriação por parte do poder público. A prestação se tornou impossível sem culpa do devedor, caso em que a obrigação deve resolver-se, voltando as partes ao *status quo ante*. Diferente será a solução se essa impossibilidade for imputável ao devedor, conforme será visto adiante.

⁹⁹³ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 165: *...quando se trata de infungibilidade jurídica, isto é, quando a obrigação, apenas em virtude de um princípio jurídico, só pode ser prestada pelo devedor. Nesse último caso, na esfera jurídica que o Estado criou e pode livremente alterar, a infungibilidade permanece, mas os seus efeitos se atenuam. Não presta o Estado pelo devedor a declaração de vontade; cria, porém, uma situação equivalente à que nasceria se aquela declaração fosse prestada*

Outra é a solução, entretanto, se a impossibilidade for relativa.

A impossibilidade relativa, tanto a **temporal** (circunscrita a um determinado período de tempo, como, por exemplo: contratada a realização de show artístico ao ar livre, o mesmo não se realiza em virtude de fortes chuvas. O artista continua vivo, não perdeu a voz e, continuando sendo possível cumprir a prestação – realização do show – em outra data) quanto a **parcial** (circunscrita a uma parte da prestação, como, por exemplo, a contratação de famosa dupla sertaneja para realização de um show e, antes da data marcada, um dos cantores vem a falecer: o cumprimento da prestação no respeitante àquele que continua vivo remanesce possível, mas o mesmo não se dá com a prestação do falecido), é apenas um impedimento, não ensejando *prima facie* a aplicação do dispositivo e comentário⁹⁹⁴, face à previsão do art. 106 do Código Civil, caso em que se transfere ao credor o arbítrio de decidir⁹⁹⁵ se resolve a obrigação, sem perdas e danos e retornando as partes ao *status quo ante* (lembre-se: estamos falando de hipóteses onde não se verifica culpa do devedor) ou exige o cumprimento da prestação que remanesce possível (impossibilidade relativa parcial) ou aguarda cessar a impossibilidade (impossibilidade relativa temporal), caso em que remanesce vigente a relação jurídica contratual entre as partes, eximindo o devedor, apenas, dos efeitos da

⁹⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 74/75: *Deve a impossibilidade ser absoluta, isto é, atingir a todos, indistintamente. A relativa, que atinge o devedor mas não outras pessoas, não constitui obstáculo ao cumprimento da avença (CC, art. 106). A impossibilidade deve ser, também, permanente e irremovível, pois se trata de simples dificuldade, embora intensa, que pode ser superada à custa de grande esforço e sacrifício, não justifica a liberação.*

⁹⁹⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1005-1006. *Todavia, o nº 2 do referido art. 792.º declara que <<a impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor>>. Conseqüentemente, a impossibilidade deve ter-se como definitiva, por exemplo, nos casos de termo essencial.*

mora⁹⁹⁶. Interessante lembrar que o ônus de prova da impossibilidade – e do evento que a causou – é do devedor.

Por outro lado, se a impossibilidade (absoluta ou relativa) for imputável ao devedor – *verbi gratia*, resultar de sua culpa⁹⁹⁷ -, modificam-se as conseqüências jurídicas para as partes e, neste sentido, é preciso distinguir entre prestações fungíveis e infungíveis.

No caso de obrigação de fazer ser *intuitu personae*, em que a prestação deve ser pessoal do devedor (infungível naturalmente), e ficando este impossibilitado por culpa, a obrigação se transforma em perdas e danos, não restando alternativa ao credor, conforme anota Antonio Pereira Gaio Júnior:

Constitui-se em um outro limite natural ao atingimento da tutela específica, as hipóteses referentes às obrigações de fazer infungíveis, ou seja, personalíssimas. Desta modalidade de obrigação, o cumprimento só poderá ser obtido mediante o concurso da vontade do devedor, inexistindo meios executivos capazes de produzir o mesmo resultado que o devedor produziria se cumprisse com a sua obrigação. Assim, dada a inviabilidade de se eliminar a vontade do obrigado, bom como os movimentos corpóreos do mesmo, torna-se a execução específica impossível e, neste caso, a reparação do dano se dará pelo equivalente pecuniário, devendo o mesmo raciocínio ser aplicado às hipóteses das obrigações de não fazer.⁹⁹⁸

No caso de obrigação de fazer fungível, em que a prestação pode ser prestada por terceiros, a impossibilidade será relativa, circunscrita ao devedor, caso em que, havendo culpa, poderá ser aplicado o disposto no art. 249, do Código Civil,

⁹⁹⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1005: *Passemos à impossibilidade temporária, disciplinada no art. 792.º(4). Consiste numa situação diversa da mora propriamente dita, pois não é imputável ao devedor. Daí que se excluam os seus efeitos gravosos (nº 1). Enquanto a impossibilidade temporária dura, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes do retardamento da prestação, mas logo que o impedimento desapareça fica obrigado a efectuá-la.*

⁹⁹⁷ TOBEÑAS, José Castán. *Derecho Civil*, t. III, 16ª ed. Madrid: Reus, 1992, p 245: *la culpa contractual consiste en la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación: “la esencia de la culpa (que a la vez explica su ilicitud e imputabilidad al agente, a pesar de no mediar el comportamiento doloso) está en la falta de diligencias y previsión que supone en el autor del acto”.*

⁹⁹⁸ GAIO JÚNIOR. Antonio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 60.

isto é, pode ser exigida a prestação por terceiro, conforme será visto com mais detalhes no item atinente ao incumprimento temporário.

No caso de prestações contratualmente infungíveis (isto é, aquelas que podem ser prestadas por terceiros, mas se pactuou expressamente o cumprimento pessoal do devedor), podem ser objeto de cumprimento por terceiros, desde *que assim consinta o credor, que poderá renunciar ao direito de exigir a prestação pessoal, mandando executá-la à custa do devedor*⁹⁹⁹.

Por fim, no caso de prestação fungível juridicamente (emissão de declaração de vontade), ocorrendo impossibilidade absoluta por culpa do devedor, como corre na obrigação da outorgar a escritura de imóvel que o devedor já transferiu anteriormente para terceiros¹⁰⁰⁰, ou que não é de propriedade do devedor¹⁰⁰¹, a obrigação se transforma em perdas e danos¹⁰⁰². Neste ponto, importante é o grau de determinação da prestação (genérica ou específica), pois se a impossibilidade for relativa, isto é, for possível transferir – por exemplo – outro apartamento, no mesmo prédio, e com as mesmas características, impossibilidade não haverá, e a solução do caso passa a ser regido pelas regras do incumprimento temporário.

⁹⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 519.

¹⁰⁰⁰ BRASIL. Superior tribunal de Justiça. REsp nº 190.909, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma., DJ de 24.02.2003:....*se a construtora alienou para outrem as unidades que o autor havia comprado e pago, a obrigação de passar-lhe a escritura e imiti-lo na posse dos imóveis se tornou impossível, devendo converter-se em indenização por perdas e danos.*

¹⁰⁰¹ MARMITT, Arnaldo. *Adjudicação Compulsória*. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p.265.

¹⁰⁰² GAIO JÚNIOR. Antonio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 82: *Restando impossível a obtenção da tutela específica – como, por exemplo, no caso de imóvel, objeto de contrato preliminar, pertencer validamente a terceiro de boa-fé- não receberá o credor, efetivamente, o bem prometido, convertendo-se a obrigação pessoal (individual, personalíssima) em perdas e danos, sendo o valor destas apurado em processo de liquidação, seguindo-se a execução para a cobrança de quantia certa.*

9.3.1.2 Não fazer

Nas prestações de não fazer, o incumprimento definitivo ocorre quando se torna absolutamente impossível ao devedor deixar de abster-se de praticar o ato que se obrigou a não praticar.

Se para tal fato não concorreu o devedor com omissão ou ação culposa, incide o art. 250 do CCB, que verbera:

Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.

Referido dispositivo é intuitivo: se por fato não imputável (por ação ou omissão) ao devedor se tornar a este impossível evitar realizar o ato que prometeu não realizar¹⁰⁰³, caso em que se extingue a obrigação e, se *o credor adiantara algum pagamento pela abstenção pretendida, resta-lhe unicamente postular a restituição.*¹⁰⁰⁴

Contudo, a solução não é tão simples. O Código é extremamente sucinto, e esta solução (*extingue-se a obrigação*) deve ser analisada *cum granu salus*.

Neste passo, importa verificar se a prestação de não fazer é, em relação ao contrato, principal ou acessória e, ainda, se os efeitos dessa impossibilidade são absolutos ou relativos.

Se a prestação negativa for obrigação principal do contrato e havendo a impossibilidade absoluta do não fazer, o próprio contrato restará extinto, mediante

¹⁰⁰³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 152, exemplifica: *Sendo alguém obrigado a não permitir a presença de parentes no imóvel locado, não vingará tal cláusula contratual se é ele coagido a dar moradia a um familiar. Num contrato de depósito, comprometendo-se o depositário a não receber outros produtos de igual natureza, deixará de vingar a imposição se aparecer um caso fortuito que o obrigue a colocar outra mercadoria no local, como incêndio no depósito onde se encontrava.*

¹⁰⁰⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 152.

resolução (extinção do vínculo, com eficácia *ex tunc*) ou resilição (extinção do vínculo, com eficácia *ex nunc*) conforme o caso. Se a impossibilidade for relativa, isto é, circunscrita a uma parte do não fazer, ou a um determinado período de tempo, restará ao credor o direito potestativo de decidir pela resolução ou resilição da obrigação, ou então aguardar cessar a impossibilidade para então exigir o cumprimento, caso em que a impossibilidade relativa servirá apenas como fundamentação para elisão da responsabilidade do devedor pela demora no cumprimento. Por exemplo, na servidão de águas, onde o devedor se compromete a abster-se de impedir que o credor capte água de fonte localizada no prédio serviente, a eventual circunstância de secar a fonte¹⁰⁰⁵ de onde se efetua a captação da água, terá o condão de resilir o vínculo obrigacional, eis que em se tratando de obrigação duradoura, a extinção contratual de dará do evento danoso em diante, assegurados às partes os seus direitos até então constituídos.

Óbvio é que, se a prestação negativa for acessória (como, por exemplo, a cláusula de exclusividade em determinados contratos de artistas ou de confidencialidade em relação aos termos financeiros de determinados contratos), restará extinta apenas e tão somente a obrigação acessória, sem qualquer efeito em relação à obrigação principal (a menos, por óbvio, que a referida prestação acessória tenha característica de prestação substancial, isto é, é a própria razão de ser da prestação principal, quando, então, o próprio contrato será resolvido ou resilido, conforme o caso).

Demais disso, pode ocorrer o incumprimento definitivo culposos, isto é decorrente de ação ou omissão culposa do devedor, não obstante isso não venha

¹⁰⁰⁵ Aí se presumindo que esse fenômeno não seja eventual, temporário ou passageiro, e sim perene. Se for temporário (por exemplo, a mina secou em razão de seca, mas pode retornar á atividade), é caso de impossibilidade relativa, e é o credor que, *ad libitum*, decidira se aguarda a cessação da impossibilidade ou extingue a obrigação.

previsto expressamente no regulamento das prestações de não fazer, porquanto o art. 251 se refere apenas ao incumprimento temporário, isto é, à mora, uma vez que pressupõe possa ser desfeito o ato praticado pelo devedor. Importante frisar, neste passo, que conceituamos o incumprimento definitivo como sendo aquele em que não mais é possível obter a satisfação da prestação *in natura* ou prestação equivalente, ou, ainda, que não mais seja útil ao credor referida prestação.

Se refere às hipóteses onde, praticado o ato, não é material ou juridicamente possível ser desfeito o ato praticado, isto é, não é possível obter a satisfação *in natura* ou seu resultado equivalente, como ocorre, por exemplo, com a divulgação de um segredo comercial ou com a promessa de exclusividade em determinado projeto arquitetônico¹⁰⁰⁶, tornando absolutamente impossível o desfazimento do ato e, por conseqüência, impossível a tutela específica, resolvendo-se a prestação em perdas e danos.¹⁰⁰⁷

O mesmo se digna na hipótese de o credor perder o interesse na prestação, ato ao incumprimento temporário, e peça judicialmente a resolução do contrato, com imposição de condenação em perdas e danos.

Reporta a doutrina, ainda, a hipótese de o desfazimento se tornar indesejável, em razão de motivos econômicos ou sociais, caso em que restaria forçado o credor a resolver a obrigação de não fazer culposamente incumprida pelo devedor em

¹⁰⁰⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153: *Tendo um autor de projeto arquitetônico vendido a planta para outra pessoa, mais coerente a reservar-se apenas a indenização, se o proprietário ignorava o trato com a pessoa que contratara tal projeto, e se já desenvolvida a obra.*

¹⁰⁰⁷ OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996, p. 139: *Haverá casos em que, sendo descumprida a obrigação de não fazer, não mais será possível desfazer os efeitos funestos do ato consumado. Isso ocorre, por exemplo, quando o devedor se comprometeu a não publicar determinada notícia prejudicial ao credor ou à sua empresa, e acabou publicando-a. Ou então, quando o devedor se obrigou a não comparecer em determinada assembléia da empresa, e acabou marcando a presença. Nesses casos, os efeitos do ato consumado tornam-se irreversíveis, e por conseguinte, improvável o desfazimento da situação ruínosa derivada do descumprimento da obrigação de não fazer. Resta ao credor a opção de pedir indenização por perdas e danos, ou multa compensatória se tiver prevista no contrato.*

perdas e danos, mesmo sendo materialmente possível cumprir a prestação, pois, conforme considera Valdecir Mendes de Oliveira:

Outras vezes o desfazimento do ato se torna possível mas o interesse social reclama outra providência. Tal ocorre no campo das construções e obras acabadas ou em adiantado estado de edificação, cuja feitura estava proibida no lugar, Imagine o exemplo do devedor que construiu um prédio de 15 (quinze) andares num lugar onde antes se comprometera a não erguer edifício de qualquer natureza. Ou então, construiu o devedor um hospital, ou asilo, em lugar onde se comprometera a edificar outra coisa.¹⁰⁰⁸

E, nessa hipótese:

Recorre-se, então, à solução alternativa da indenização por perdas e danos, mantendo-se, nos exemplos acima, a realidade do prédio construído, ou hospital já pronto e com inegáveis serventias à coletividade. Permanecem as construções, impondo-se ao devedor de obrigação negativa descumprida o dever de indenizar o credor.¹⁰⁰⁹

Em verdade, há que se fazer um juízo de proporcionalidade entre os interesses das partes envolvidas no caso. Se o desfazimento da prestação – nos casos indicados – importar maior sacrifício (prejuízos) para o devedor do que para o credor, ou se o desfazimento da prestação é completamente desproporcional ao interesse do credor, tem-se que há abuso de direito. De fato, *o juiz pode pedir contas aos homens dos motivos de dos seus atos, sob o pretexto de que sendo todo o direito relativo não pode ser exercido com um fim contrário àquele para o qual foi dado ao homem.*¹⁰¹⁰ Por isso,

Não se pode admitir que o direito contratual seja superior, pela sua natureza, ao direito legal e a este título, não suscetível de abuso. Mas este direito nascido do contrato, é quase sempre estreitamente determinado no seu conteúdo, e limitado á utilidade que as partes contam

¹⁰⁰⁸ OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996, p. 139.

¹⁰⁰⁹ OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996, p. 140.

¹⁰¹⁰ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 190.

retirar do seu exercício. Para que haja abusos, é preciso, portanto, que o exercício deste direito não apresente utilidade alguma para aquele que o exerce, por exemplo, no caso em que um contratante esgota um prazo que lhe é inútil, só para causar prejuízos ao outro contratante.¹⁰¹¹

Essa solução de equidade e de proteção aos legítimos interesses das partes envolvidas, especialmente no que pertence ao sacrifício do menor prejuízo, em proveito daquele que teria maior prejuízo no caso concreto, é adotada expressamente pelo direito português, mediante a imposição ao credor, da conversão em perdas e danos sempre que o desfazimento da obra importar em prejuízo maior ao devedor¹⁰¹².

9.3.2 Incumprimento temporário (Mora)

Por incumprimento temporário entende-se as hipóteses de mora, isto é, de simples retardamento do cumprimento da prestação, sem que isso importe em impossibilidade ou perda de utilidade da prestação para o credor¹⁰¹³, ou melhor, em todas as hipóteses onde, não obstante o descumprimento é possível material ou juridicamente obter a satisfação do *resultado útil* de prestação para o credor, mesmo que a destempo. Assim, há mora nas prestações de fazer onde, não obstante o devedor não tenha praticado a prestação a que se obrigara, ainda é possível ao

¹⁰¹¹ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 185.

¹⁰¹² COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 642: *Quando o facto negativo consista em não fazer uma obra e esta for realizada, comina a lei a respectiva demolição a expensas do devedor inadimplente; contudo, apenas haverá lugar a uma indenização, nos termos gerais, se a demolição produzir ao devedor um prejuízo consideravelmente superior ao sofrido pelo credor (art. 829.º, n.os 1 e 2).*

¹⁰¹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 966-967: *Do não cumprimento definitivo se autonomiza o simples retardamento na prestação – a que se dá o nome de mora. Neste caso, a prestação ainda poderá ser cumprida, embora não tempestivamente.*

credor obter o resultado útil mediante a prestação pelo próprio devedor ou por terceiro. Também há mora nas prestações negativas, sempre que, praticado pelo devedor o ato a que se devia abster, for possível desfazer o referido ato.

Antes demais nada, convém vincar que a mora não é só do devedor, pode ser do credor também, quando, como ensina Bernardo Moreno Quesada:

Llegado el momento de cumplirse la obligación, no obstante la disposición para ello por parte del deudor, no pueda ser llevada a cabo por falta de cooperación del acreedor; esta cooperación es un fenómeno conocido que se da con cierta frecuencia a menudo, como es fácil observar en la realidad y está reglamentado en diversas normas, el sujeto ativo concurre a producir el resultado, para él útil, que constituye el fin de la obligación, la actuación del interés del acreedor es, en tales casos, efecto de la actividad desenvuelta no sólo por el deudor, sino por entre ambos sujetos de la relación.¹⁰¹⁴

Essa conduta do credor, de negar sua cooperação ao cumprimento¹⁰¹⁵ prejudica o devedor, que pode ter interesse em extinguir a obrigação, e para se desvincular da dívida pode se valer da consignação em pagamento (regulada pelos arts. 334 e seguintes do CCB). O devedor tem o direito de efetuar o pagamento, dando-lhe a lei o instituto do pagamento por consignação ou depósito judicial, para tornar efetivo tal direito. E assim o é, pois,

...o devedor é juridicamente interessado na própria exoneração, porque a permanência do débito é uma situação constrangedora e potencialmente danosa. Não se trata só da exestimatio pessoal e social nem apenas do renome de bom pagador com vistas à contração de débitos futuros; nem apenas da insegurança, da incômoda incerteza quanto ao momento em que será exigido o pagamento: as obrigações podem tornar-se mais onerosas com o só passar do tempo; algumas outras envolvem determinados riscos e encargos para o devedor desde o vencimento até o adimplemento. O Direito não poderia deixar de proteger este

¹⁰¹⁴ QUESADA, Bernardo Moreno. *Problemática de las obligaciones de hacer*. Madrid: R. D. P., 1976, p. 481.

¹⁰¹⁵ MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 242-243: *El campo dela mora del acreedor en las obligaciones de hacer es amplio: todas las prestaciones que tienen por objeto una parte del cuerpo humano, desde la actividad del peluquero, pasando por el dentista y el cirujano necesitan para su cumplimiento que el acreedor preste su cuerpo, para recibir las indiadas actuaciones; igualmente es necesaria su colaboración en otras que no le afectan tan directamente, pero que hacen relación al cuerpo de la persona, como posar durante un número de sesiones para que el pintor pueda hacer el cuadro retrato; o acudir al laboratorio fotográfico y posar un breve espacio de tiempo ante las câmaras, lo mismo se diga respecto a las radiografías o en el traje a medida hay que dejar sastrre que tome las medidas y realice una o dos pruebas.*

interesse do devedor na própria exoneração, de modo que não há impropriedade em falar-se de um direito subjetivo à liberação.¹⁰¹⁶

Contudo, a consignação em pagamento é admissível apenas quando o objeto da obrigação é uma coisa (certa ou incerta). Daí que não é admissível a consignação nas obrigações de fazer ou não fazer, devido à própria natureza dessas obrigações¹⁰¹⁷. Admite-se, por exceção, que se a obrigação de fazer (pintar) estiver associada a um dare (quadro), possa haver consignação¹⁰¹⁸.

Para as situações onde resta impossível a liberação do devedor mediante consignação, Bernardo Moreno Quesada propõe a liberação do devedor mediante o *ofrecimiento de pago*, ou seja,

...cuando llegado el momento de cumplir el deudor lo ofrece al acreedor intimándolo a recibirlo, y éste no lo admite o no pone de lo preciso par que pueda efectuarse, si ello sin razón (y lo será así siempre que se le ofrezca debidamente), aunque no haya culpa del acreedor y sea por caso fortuito o por fuerza mayor por lo que no está en condiciones de recibir la prestación.¹⁰¹⁹

Logo, nas prestações de fazer puras, caso o credor se recuse a receber a prestação ou não aceda ao convite para prestar sua colaboração ao pagamento,

¹⁰¹⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII, t. III, 8^a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p 39-40.

¹⁰¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 274: *O fato de a consignação realizar-se por meio de um depósito limita a sua aplicação às obrigações de dar, podendo tomar a forma de entrega ou restituição. Constitui ela modo extinção das obrigações inaplicável às prestações de fato.* RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 2, Parte geral das obrigações. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 171: *somente as obrigações de dar podem se objeto de consignação, sendo mesmo absurdo imaginar o deposito de uma obrigação de fazer ou de não fazer;* No mesmo sentido, QUESADA, Bernardo Moreno. *Problemática de las obligaciones de hacer*. Madrid: R. D. P., 1976, p. 482.

¹⁰¹⁸ MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 242: *Solo añadir que, en las obligaciones de hacer, que hacen referencia a cosas, el deudor podrá cumplir consignando la cosa en cuestión, siguiendo el mismo procedimiento que para las obligaciones de dar establece el C. C. Español;* No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II, Teoria geral das obrigações. 18^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 137, e, RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 2, Parte geral das obrigações. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 181.

¹⁰¹⁹ QUESADA, Bernardo Moreno. *Problemática de las obligaciones de hacer*. Madrid: R. D. P., 1976, p. 483.

considera-se extinta a obrigação, após regular interpelação extrajudicial neste sentido.

9.3.2.1 Fazer

No respeitante ao incumprimento temporário das prestações de fazer, disciplina o Código Civil, em seu art. 247:

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível.

Na hipótese legal acima, a obrigação tem objeto infungível, isto é, só pode ser prestada pelo próprio devedor, pessoalmente (seja pela expressa disposição contratual neste sentido – *a ele só imposta* -, seja implicitamente – *só por ele exeqüível* -), e este se nega a cumpri-la. Importante não olvidar que, na hipótese ora em comento, inexistente qualquer impossibilidade de cumprimento da obrigação. A hipótese é específica de simples mora, isto é, de atraso do devedor em cumprir a prestação devida (se houver impossibilidade absoluta, outros são os princípios aplicáveis).

Neste caso, o credor tem duas opções: a) exigir o cumprimento específico da obrigação, ou; b) opta por converter a obrigação em perdas e danos, uma vez que tenha perdido o interesse no cumprimento *in natura* da prestação, como ocorre nas obrigações sujeitas a termo essencial¹⁰²⁰ (por exemplo, o cantor que se obrigou a

¹⁰²⁰ MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 245: *El término final puede definirse como aquella especie del término fijado para el cumplimiento de la obligación que, bien por la naturaleza del contrato o por voluntad de las partes, se considera de tal importancia que la prestación ha de realizarse precisamente en tal plazo o nunca, pues de no efectuarse la prestación en el día fijado, se verifican*

animar a festa de um casamento e não apareceu), que torna impossível a purgação da mora.

Pode o credor optar, como já vincado, por exigir judicialmente o cumprimento específico da obrigação, pouco importando a fungibilidade ou não da prestação, tanto pela via do processo de conhecimento (CPC, art. 461, inclusive com possibilidade de tutela antecipada) quanto pela via da execução de obrigação de fazer (CPC, art. 632), de modo a coagir o devedor a cumprir o estabelecido mediante multa diária (*astreintes*) prevista no contrato ou arbitrada pelo Juiz (CPC, art. 645 c/c art. 461), ou outra medida sub-rogatória (CPC, art. 461, § 5º), além de eventual tutela ressarcitória das perdas e danos pelo atraso¹⁰²¹,

...desde que verificados prejuízos em outros tipos de prestações, e mesmo naqueles comuns, facilmente executáveis por uma grande gama de pessoas, também decorre a obrigação de reparar. No conserto de um veículo, de utensílios domésticos, de aparelhos necessários a profissões, do uso dos quais são extraídos rendimentos, autoriza-se o pedido de indenização ante o mero descumprimento, ou o desleixe em levar a efeito a empreitada. Suponha-se a recusa em sanar defeitos num sistema de informatização, ou em consertar um veículo utilizado comercialmente no transporte. Pelo tempo da paralisação, ou não-utilização do bem em vista da recusa, mostra-se insofismável a decorrência indenizatória.¹⁰²²

Tudo irá depender, conforme estabelecido no início do presente capítulo, das necessidades do direito material envolvido no litígio, sendo certo que, para a tutela jurisdicional desnecessário é investigar a existência dos nexos de imputação, de causalidade e dano (o que será necessário apenas se for postulada a tutela

no los efectos normales de la mora, sino otros parangonables a los del incumplimiento definitivo, produciéndose la resolución automática del contrato.

¹⁰²¹ MARTÍNES, Maria Julita. Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 245: *En las obligaciones de hacer que no hacen referencia a cosas, la mora llevará consigo la indemnización de los gastos que ocasione el retraso. Por ejemplo, si se ha alquilado por unas horas un teatro o local para efectuar una representación artística y los actores, músicos, etc., no aparecen, pero la realizan unos días después, tendrán que satisfacer el precio de nuevo arriendo del local, además de los anuncios comunicando la nueva fecha de representación de la obra.*

¹⁰²² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 126-127.

ressarcitória em qualquer uma de suas modalidades), bastando a exigibilidade do direito de crédito do credor.

Da mesma forma, se houver incumprimento antecipado do contrato. Não só o credor pode exercer direito de resolver ou resilir o contrato (conforme a relação jurídica seja instantânea, fracionada ou de trato sucessivo¹⁰²³), como também pode postular judicialmente a tutela específica, conforme exemplifica Clayton Maranhão:

Suponha-se que o usuário, em dia com as suas mensalidades, necessite do fornecimento de determinado medicamento, excessivamente caro. A operadora do plano privado de saúde aceita a cobertura por determinado tempo e, devido ao elevado custo, ameaça interromper tal fornecimento, mediante simples comunicação.

Trata-se de ameaça de inadimplemento de uma obrigação contratual visto que a operadora jamais negou cobertura, tampouco existia uma cláusula limitativa a esse respeito.¹⁰²⁴

Suponha-se, de outro modo, a empresa que tenha contrato de prestação de serviços de cobertura fotográfica de uma formatura, por exemplo, que é notificada por parte da comissão de formatura de que seu contrato está rescindido e que outra empresa foi contratada para tal desiderato, sendo que não será permitido o ingresso dos representantes da empresa no local da cerimônia. Pode ela postular o adimplemento específico da prestação, postulando tutela inibitória para afastar o prometido ilícito contratual, obtendo ordem para que os estudantes permitam o acesso dos funcionários da empresa ao local onde será realizada à cerimônia, mediante provimento mandamental (multa) ou mesmo executivo (com auxílio de força policial) e, eventualmente, se houver cláusula de exclusividade, também pode

¹⁰²³ MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 247: *en estos casos, el incumplimiento de una de las partes permite a la otra resolver el contrato; pero esta resolución... no tiene efecto retroactivo, se limita a poner fin en lo sucesivo a la relación, y las prestaciones ya realizadas permanecen intactas.*

¹⁰²⁴ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdiccional do direito à saúde* (Arts. 83 e 84, CDC). São Paulo: RT, 2003, p. 269.

postular tutela inibitória para impedir que representantes de outra empresa fotográfica se façam presentes ao evento, inclusive com uso de força policial.

O incumprimento antecipado é mais visível ainda nas prestações de fracionadas e nas de trato sucessivo, conforme anota Luiz Guilherme Marinoni:

Diante de certas obrigações, é possível pensar em violações suscetíveis de se repetirem no tempo. Ou melhor, na hipótese de obrigação dita de “trato sucessivo”, a obrigação pode ser violada por atos suscetíveis de repetição. Ainda que possa haver interesse em impedir a violação quando a obrigação exige somente uma prestação, o fato é que, no caso de obrigação que exige prestações periódicas, torna-se mais fácil, diante do inadimplemento de uma primeira prestação, demonstrar a probabilidade do inadimplemento da seguinte. Não há cabimento em não admitir a tutela jurisdicional anterior ao inadimplemento, entendendo que o contratante somente pode agir apenas após a violação. Ora, assim como a lei, o contrato obviamente não é capaz de impedir a violação do direito. Dessa forma, impedir a tutela inibitória do inadimplemento também é negar valor ao direito ao cumprimento da obrigação na forma específica, aceitando-se não só a desconsideração do contrato, como também a transformação da obrigação de prestar em obrigação de pagar o seu equivalente.¹⁰²⁵

Aliás, a tutela específica do art. 461 não pode ser excluída nem na hipótese de prestações fungíveis juridicamente, isto é, de emissão de declaração de vontade, que pode ser substituída pela sentença judicial. Não obstante Araken de Assis¹⁰²⁶ se oponha a tal desiderato, ao argumento de que, se a própria sentença ira substituir a declaração de vontade, não há razão para fixar prazo ou cominar multa para o devedor, tem-se que nada impede que o juiz fixe prazo razoável para o devedor cumprir espontaneamente sua prestação, cominando multa para a hipótese de descumprimento, exigível a partir da data da sentença¹⁰²⁷. Não há razão jurídica – considerando o direito constitucional à tutela jurisdicional célere – que possa afastar, no caso versado, a utilização de técnica processual capaz de abreviar a solução do litígio, uma vez que não há ordem de preferência entre os meios de coerção e sub-

¹⁰²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 397-398.

¹⁰²⁶ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IX, São Paulo: Lejur, 1985, p. 148-149.

¹⁰²⁷ GAIO JÚNIOR. Antonio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 65.

rogação, podendo o juiz lançar mãos daquele que, no caso concreto, se mostre mais útil e eficiente a tutelar com eficácia o direito do credor.

Ou, ainda, pode o credor escolher dar por extinto o contrato, repudiando a tutela específica e postulando tutela ressarcitória em pecúnia, isto é, exigindo indenização de todas as perdas e danos. Importante não olvidar que a opção entre exigir o cumprimento específico ou resolver o contrato, é arbítrio do credor¹⁰²⁸.

Por outro lado, se ocorrer mora do devedor de prestação fungível, isto é, que pode ser realizada por terceiro, o dispositivo a ser aplicado é o art. 249, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.
Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

A hipótese é de obrigação de fazer que possa ser *executada* (realizada ou prestada) por terceiro, sem prejuízo para os interesses do credor.

Neste passo, cumpre vincar que mesmo prestações contratualmente infungíveis podem ser objeto de cumprimento por terceiros, desde *que assim*

¹⁰²⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 513: A L. 8.952/94, que deu nova redação ao art. 461 do CPC, previu a concessão de tutela específica nas ações para cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, estabelecendo, em seu § 1º, a excepcionalidade da conversão em perdas e danos, que só ocorrerá “se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”. Multa cominatória e outras medidas coercitivas visando à entrega específica da prestação devida ou o resultado prático equivalente foram expressamente previstas nos §§ 4º e 5º do mesmo dispositivo e podem ser impostas inclusive de ofício. A multa, prevista nos arts. 644 e 645 do CPC, será devida por dia de atraso no cumprimento da obrigação e não coincide nem está limitada ao valor desta. O emprego desses meios de correção, adverte Barbosa Moreira, “não constitui atividade propriamente executiva (...) em vez de prescindir-se da atividade do devedor, o que se procura é influenciá-lo psicologicamente, para que se disponha a realizá-la, ele próprio” (O novo Processo Civil Brasileiro, p. 218).

*consinta o credor, que poderá renunciar ao direito de exigir a prestação pessoal, mandando executá-la à custa do devedor*¹⁰²⁹.

E assim o é, porquanto o foco central da prestação do devedor é a utilidade da prestação para o credor, considerando-se fungível a prestação que possa ser realizada por qualquer pessoa sem prejuízo para o credor¹⁰³⁰.

De fato, se for modificado o critério clássico de classificação entre as prestações fungíveis e infungíveis, deixando de lado a prestação humana como objeto da obrigação e centrar o foco no *bem de vida*, isto é no interesse do credor, ou melhor, na utilidade da prestação para o credor, facilmente é superado o entrave doutrinário à tutela específica das prestações contratualmente infungíveis, conforme já percebeu Clayton Maranhão:

Contudo, se se considera o objeto da prestação (o bem da vida), uma vez respeitadas as esferas de liberdade e de propriedade do devedor, pode-se acessar diretamente o bem almejado com técnicas sub-rogoratórias (busca e apreensão de coisas; remoção de pessoas e coisas; desfazimento; intervenção judicial para a prática de atos determinados na sede do fornecedor; impedimento do exercício de uma determinada atividade vedada pela lei ou pelo contrato, inclusive com força policial etc.).

Assim, muita vez quando se está diante de infungibilidade material da prestação, a tutela específica, primando mais pelo objeto da prestação, pelo seu resultado específico (correspondente ou equivalente), resolve facilmente o problema com uma fungibilidade jurídica da prestação ou mesmo com a fungibilidade material de alguns deveres instrumentais.¹⁰³¹

Demais disso, é de se considerar que a infungibilidade contratual normalmente é estabelecida em favor do credor, que dela pode renunciar, tornando possível cumprir a prestação por terceiro: *siempre que siga siendo posible la realización de la prestación, el acreedor puede exigir su cumplimiento y*

¹⁰²⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 519.

¹⁰³⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005, p. 643.

¹⁰³¹ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde (Arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2003, p. 185.

*concretamente en la obligación de hacer*¹⁰³². A possibilidade de realização da prestação por terceiro, havendo atraso imputável ao devedor, é definida, então, pela manutenção do interesse do credor na utilidade que possa haurir da prestação, mesmo que cumprida por terceiro.

Assim, havendo recusa ou mora do devedor, isto é, o caso não é de impossibilidade absoluta do devedor em cumprir a obrigação e sendo útil ao credor receber a prestação por terceiro, mas sim de incumprimento temporário imputável ao devedor, o credor tem duas opções:

a) dar por extinta a obrigação, exigindo indenização por perdas e danos (CCB, art. 475); ou,

b) exigir judicialmente o cumprimento específico da obrigação, tanto pela via do processo de conhecimento (CPC, art. 461, inclusive com possibilidade de tutela antecipada) quanto pela via da execução de obrigação (CPC, art. 632), de modo a coagir o devedor a cumprir o estabelecido mediante imposição da multa prevista no contrato ou arbitrada pelo Juiz (CPC, art. 645); se mesmo assim o devedor não cumprir, o credor tem novamente duas alternativas (CPC, art. 633): converter o pedido em indenização por perdas e danos ou, pedir no mesmo processo seja a obrigação executada por terceiro, à custa do devedor.

Nessa hipótese, uma vez que a Lei nº. 11.382, de 06 de dezembro de 2006, simplesmente revogou os parágrafos do art. 634 do CPC, extinguindo a necessidade de licitação judicial do fazer ou do desfazer, relegado ao prudente arbítrio do juiz decidir a realização do ato (fazer ou desfazer) por terceiro. Mediante simples incidente processual, onde as partes manifestar-se-ão sobre a necessidade de cumprimento por terceiro, indicando, se assim o quiserem, o terceiro que poderá

¹⁰³² MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 238.

fazer ou desfazer o ato e apresentando orçamentos, decidindo o juiz na seqüência, podendo, inclusive, o juiz nomear diretamente esse terceiro, tal como faz no respeitante ao perito ou outros auxiliares, conforme preconiza Arnaldo Rizzardo .

Tudo leva-se a efeito nos próprios autos que tramitam, sendo indispensável a intimação da proposta ao devedor. Admissível que o próprio juiz designe quem fará a obra, ao invés da indicação pela parte. Na hipótese, necessária a prévia apresentação do orçamento, com a ciência do devedor antes da obras ou do serviço. Nada impede a recusa da estimativa, desde que fundamentada, resolvendo o juiz os incidentes, com o direito ao recuso de agravo.¹⁰³³

Uma vez dispensada a necessidade da licitação judicial do fato (conforme exigido pelos revogados parágrafos do art. 634 do CPC), ultrapassada está a dificuldade que levava a ser um procedimento que raramente era utilizado¹⁰³⁴.

Por fim, uma vez praticado o ato, o juiz decide, também em mero incidente processual, o valor que foi necessário para tal desiderato, homologando o valor, prosseguindo o feito como cobrança de quantia certa.

Nem sempre, entretanto, necessariamente terá o credor que se submeter ao processo judicial. Na forma prevista no parágrafo único, do art. 249, retro transcrito, no caso de justo receio de dano grave, irreparável ou de difícil reparação (*a necessidade deverá impor a obra, a ponto de, se não realizada, redundar em prejuízo maior que o custo do fato*¹⁰³⁵), ocasionado pela mora no cumprimento da obrigação de fazer que possa ser realizada por terceiro, será lícito ao credor realizar diretamente o fato, ou mandar que terceiro o execute, para somente depois ir a juízo

¹⁰³³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133.

¹⁰³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75: *Os arts. 634 a 637 do Código de Processo Civil descrevem todo o procedimento a ser seguido, para que o fato seja prestado por terceiro. Todavia, pouquíssimas vezes esse procedimento tem sido usado. A razão é evidente: além da demora, decorrente da avaliação e publicação de editais, o procedimento acaba sendo oneroso em demasia. E, se é certo que todas as despesas serão carregadas ao devedor, também é certo que ao credor caberá antecipá-las, assumindo o risco de, mais tarde, não encontrar no patrimônio do devedor bens que permitam a recuperação de tudo que foi despendido.*

¹⁰³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133.

pedir indenização das perdas e danos que teve. É o caso da represa que está ameaçada de ruína, ou erguer um muro de arrimo ou realizar outra obra de proteção contra enchentes, em época de chuvas.

Contudo, necessário será ao credor obter o consentimento do devedor no respeitante ao preço a ser pago pela realização da prestação pelo terceiro? Neste respeitante, há aqueles que entendem que o credor só não dependerá de antecedente autorização judicial *caso mantido o preço combinado para o pagamento do inadimplente*¹⁰³⁶.

Tal entendimento não é correto. Clayton Maranhão, discorrendo sobre a reexecução do serviço por terceiro, no respeitante a esse problema, verbera

Relativamente ao custo, pode ser mais oneroso que a primeira intervenção ou prestação de serviço objeto da reexecução, desde que “economicamente viável”. Vale dizer, o que a doutrina não tem admitido é que seja excessivamente oneroso, situação bem diversa. Assim, no exemplo da cirurgia plástica corretiva estética, é óbvio que o usuário não poderá indicar um profissional famoso do país ou do exterior, em vista de que os custos serão excessivamente superiores aos praticados no mercado. Contudo, se o profissional anteriormente contratado praticou preços superiores ao de mercado, nada impede a indicação de um terceiro nos mesmos padrões financeiros. A excessiva onerosidade há de ser mensurada sempre a partir dos custos do serviço impróprio que se pretende reexecutar, sem prejuízo de outras peculiaridades que o caso concreto possa vir a apresentar.¹⁰³⁷

Por óbvio, assim, que o credor pode determinar a realização do serviço por terceiro, uma vez ocorrendo urgência, bastando que tome o cuidado de contratar com esse terceiro um valor razoável frente ao serviço que se pretende executar, à situação de fato gerada pela demora no atendimento da prestação pelo devedor, e à própria urgência que o caso requer.

¹⁰³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 128.

¹⁰³⁷ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde* (Arts. 83 e 84, CDC). São Paulo: RT, 2003, p. 280.

9.3.2.2 Não fazer

Nas prestações de não fazer, ocorre o incumprimento temporário quando o devedor, sem qualquer evento extraordinário e imprevisível, simplesmente realiza o ato que se obrigou a não realizar, sendo possível desfazer o ato. É essa, exatamente, a matéria versada no art. 251 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

O suporte fático hipotético da norma pressupõe a existência de prestação negativa, isto é, o devedor se comprometeu a não praticar determinado ato e, sem qualquer evento ou força extraordinária, por sua livre e espontânea vontade simplesmente pratica o ato que se devia abster.

Neste caso, considera-se o devedor como constituído em mora, desde o instante em que praticou o ato que não podia praticar (CCB, art. 390), independentemente de qualquer notificação ou interpelação (é caso de mora *ex re*), abrindo oportunidade para que o credor possa exigir o cumprimento específico da obrigação, isto é, possa ir a juízo exigir que o devedor desfaça o fato realizado, e ainda responda pela indenização de todos os prejuízos causados.

Essa exigência de desfazimento do ato será via judicial é claro, caso em que o credor pedirá que o juiz assinie prazo para desfazer, sob pena de multa diária (CPC, art. 642, na hipótese de execução de obrigação de não fazer, ou art. 461, na hipótese de processo de conhecimento), e havendo recusa do devedor, poderá

requerer ao juiz que mande desfazer o ato à custa do devedor¹⁰³⁸ (CPC, art. 643), respondendo o devedor, ainda, por perdas e danos eventualmente comprovados pelo credor¹⁰³⁹ (e só nessa hipótese é que se abre a discussão quanto ao nexo de imputação, de causalidade, e quanto ao dano). Esse desfazimento será autorizado e acompanhado pelo Judiciário, da mesma forma que nas obrigações de fazer (CPC, art. 634).

Por fim, no caso de justo receio de dano grave, irreparável ou de difícil reparação, e iminente, ocasionado pelo descumprimento da obrigação de não fazer, será lícito ao credor realizar diretamente o fato, ou mandar que terceiro o execute, para somente depois ir a juízo pedir indenização das perdas e danos que teve, conforme previsão do parágrafo único do art. 251 do CCB, como, por exemplo, obstáculos postos em servidão de passagem titulada, que impedem a retirada de produção rural perecível. Segundo Arnaldo Rizzardo,

A previsão, sem dúvida um tanto arrojada, deixa ao arbítrio do credor decidir pela dispensa do caminho judicial, e optar por ele próprio quanto a desfazer a obra. Submete-se a seu critério aquilatar se é ou não caso de urgência, o que abre ensanchas para abusos. De qualquer forma, desde que não enquadrada a situação de urgência, ressalva-se o direito à indenização, ao mesmo tempo em que pode o devedor socorrer-se dos meios judiciais possíveis para estancar as medidas, como a ação possessória, ou alguma providência cautelar. Assim se o credor do ato de abstenção retira uma cerca que divide a sua propriedade daquela do vizinho, sob o argumento de que a área cercada lhe pertence, ou se derruba uma parede, surgindo daí graves conseqüências, como a fuga de animais e o desabamento do prédio.

A preocupação externada por Arnaldo Rizzardo é coerente com o seu pensamento, porquanto o mesmo raciocina a autotutela permita pelo parágrafo único

¹⁰³⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 523: *Na experiência jurisprudencial recente, aliás, afirma-se o entendimento de que, no direito obrigacional, a regra há de ser a execução específica, relegando à posição secundária a indenização por perdas e danos, limitadamente às hipóteses em que o facere ou o non facere se torna impossível ou desinteressante para o credor.*

¹⁰³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153.

do art. 251 não nos estreitos limites em que ela é admitida (pré-existência de uma obrigação contratual de não fazer), mas sim exclusivamente na existência do dever de não atingir a esfera jurídica alheia. Basta uma análise dos exemplos onde seria admissível o desfazimento do ato diretamente pelo credor, independentemente de autorização judicial, catalogados por ele¹⁰⁴⁰. Todos os exemplos citados se referem ao dever geral de a ninguém lesar (*neminem laedere*), que se caracteriza como um dever jurídico, mas não como uma obrigação, conforme já vincado no decorrer deste trabalho. Todos os casos arrolados se caracterizam como exercício arbitrário das próprias razões.

Assim, a autotutela, *verbi gratia*, a autorização para que o credor possa, *sponte propria*, independentemente de autorização judicial, desfazer o ato praticado pelo devedor somente se aplica na seara contratual, isto é, havendo a pré-existência de uma obrigação contratual onde o devedor assumiu a prestação de não fazer, justificando e legitimando assim a ação do credor. Se encarada a questão sob esse prisma – aplicabilidade da autotutela apenas na existência de vínculo obrigacional – as hipóteses de abuso não serão tão freqüentes, eis que a ação do credor deve se limitar a desfazer exatamente aquela prestação que o devedor obrigou-se a se abster e a realizou.

Por fim, importa não olvidar que há o entendimento de que a execução específica ficará excluída quando importar em violência física sobre a pessoa do devedor (como, por exemplo, fechar o estabelecimento comercial daquele que se obrigou a não comerciar em determinada localidade), por importar em

¹⁰⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153-154: *Justificam-se, em contrapartida, casos de urgência o aterro de escavações procedidas pelo devedor, abalando as estruturas do prédio do credor; a retirada de encanamento que provoca inundação em prédio contíguo; o afastamento de parte do telhado que faz cair as águas da chuva sobre a área de estar das pessoas da casa vizinha; o afastamento de resíduos que causam mau cheiro aos moradores próximos; o desvio da canalização de esgoto que vaza detritos em prédios próximos.*

constrangimento corporal, inadmissível no ordenamento jurídico¹⁰⁴¹, caso em que a obrigação inexoravelmente se resolveria em perdas e danos.

O argumento não convence, uma vez que a imposição de impedimento ao acesso a determinados locais, ou a eventual remoção de pessoas de determinados locais, sem que isso importe em privação de liberdade, é perfeitamente admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro. O que não pode, é privar o devedor da liberdade, nem tampouco exercer castigos corporais contra o mesmo. Assim, perfeitamente possível é que, uma vez que determinada pessoa tenha se obrigado a não comparecer a determinado evento (assembléia empresarial, programa de televisão), e comparece, *o juiz pode determinar a remoção do sujeito, inclusive com a força policial (CPC, art. 461 § 5º, c/c art. 273, com a redação dada pela Lei nº. 8.952/94)*¹⁰⁴².

Logo, o credor de não fazer pode utilizar a tutela inibitória, a tutela de remoção de ilícito e a tutela ressarcitória em forma específica, utilizando como meio executivo não só a multa, mas também qualquer uma das medias sub-rogatórias previstas no § 5º, do art. 461 do CPC, utilizando aquela que for necessária e adequada a dar tutela eficaz a seu direito.

Utiliza-se, por exemplo, o caso do proprietário de uma rede de sorveterias que utiliza um determinado nome de fantasia (marca), vende suas lojas incluindo na venda o nome de fantasia, obrigando-se a não mais utilizar referido nome de fantasia (marca comercial). Depois, descobre-se que o mesmo está instalando uma

¹⁰⁴¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil, v. 3: direito das obrigações e direito hereditário*. Trad. Paulo Capitanio, atual. Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 217: *A execução é ordinariamente indireta. Na verdade, das três espécies de obrigações definidas a dar, a fazer, ou a não fazer, as últimas duas não são suscetíveis de uma execução direta, não se podendo coativamente obrigar a pessoa a cumprir o ato que devia ser praticado ou coativamente impedi-la de praticar o ato proibido.*

¹⁰⁴² OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996, p. 136.

sorveteria em outro bairro e encomendou placas e letreiros para a loja com o nome de fantasia anteriormente alienado, inclusive vem realizando campanha de marketing no rádio, noticiando a iminente inauguração da sorveteria.

Neste caso, o comprador não só pode usar a tutela inibitória para impedir que o vendedor instale as placas de propaganda (com utilização de provimento mandamental ou executivo, por exemplo, impedindo a instalação inclusive com auxílio de força policial) e para obstaculizar a continuidade da campanha de marketing (utilizando provimento executivo, mediante a busca e apreensão do material de propaganda e das originais e cópias das mídias gravadas para tal mister), bem como pode utilizar a tutela de remoção do ilícito, caso as placas e letreiros já estejam instaladas (provimento executivo, mediante a ordem para retirada das placas e letreiros, com a proteção, se necessário, de força policial), cumulando-a, eventualmente, com tutela inibitória (buscando cominação de pena para o caso de novas violações) e com tutela ressarcitória (na hipótese de se verificarem danos).

9.3.3 Cumprimento defeituoso

Conforme já vincado no presente trabalho, ocorre o cumprimento defeituoso naquelas situações onde, *embora realizando o comportamento a que estava adstrito, o obrigado inadimpe a substância da relação jurídica*. Fala-se em violação positiva porque não há mero não agir ou agir completamente fora do previsto em contrato, mas atuação dentro dos parâmetros contratuais que não permite que o negócio jurídico atinja a finalidade para a qual foi celebrado e conseqüentemente,

ocorre dano. Antonio Menezes Cordeiro identifica três situações como de violação positiva: *o mau cumprimento da prestação principal; o não cumprimento dos deveres acessórios; e o não cumprimento de prestações secundárias*¹⁰⁴³.

E assim o é porquanto o cumprimento, para ser eficaz, deve preencher os requisitos de identidade, quantidade e qualidade. De fato a *praestatio vera rei debita*, na forma estabelecida no art. 313 do CCB, envolve não somente a exatidão do objeto da prestação pessoal devida (o bem de vida pretendido com a prestação pessoal devida), mas também a exatidão de como (por inteiro, por partes) e de que forma deve ser prestado (estado em que a coisa deve ser entregue ou as condições em que o serviço deve ser prestado), de acordo com os ditames da boa-fé, que não só fornece critérios para interpretação do que foi avençado pelas partes, procedendo a determinação qualitativa do débito primário da obrigação, estabelecendo os comportamentos acessórios das partes, tendentes a assegurar a perfeição e utilidade da prestação devida, bem como criando deveres secundários ou anexos de consideração com o *alter*, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte, conforme já estabelecido no capítulo específico sobre o tema.

Para demonstrar essas as diversas circunstâncias onde isso pode ocorrer, necessário é exemplificar.

É possível imaginar a situação do contratante que adquiriu bilhete de viagem em companhia aérea e foi, efetivamente, transportado em segurança, até o destino, embora em classe inferior à contratada (pagou por primeira classe e foi transportado na classe turística). Trata-se de obrigação de resultado e o resultado foi obtido, mas

¹⁰⁴³ CORDEIRO, Antonio Menezes. Violação positiva do contrato. *Estudos de Direito Civil*, vol. I. Coimbra: Almedina, 1987, p. 134.

isso não quer dizer que a obrigação foi devidamente cumprida. Segundo Maria Julita Ledesma Martínes,

Lo que entendemos no admisible es que si en una obligación de resultado, el deudor no pone los medios y diligencia convenidos o que normalmente se desprendan de la naturaleza da la obligación, pero, a pesar de ello, consigue el resultado, el acreedor tiene con conformarse, y si no demuestra un perjuicio, no tendrá derecho a indemnización alguna.¹⁰⁴⁴

De fato, no caso a obrigação foi cumprida, mas não na forma contratada, uma vez que o conforto pretendido ao comprar a passagem de primeira classe não lhe foi proporcionado, restando não satisfeita adequadamente a prestação a que a companhia aérea se obrigara¹⁰⁴⁵. No caso, no mínimo uma tutela ressarcitória em pecúnia haverá de existir.

O pintor contratado para elaborar um serviço de pintura artística na fachada de um estabelecimento, denominado hipoteticamente de “Lanchonete Havaí”, executa o serviço elaborando uma paisagem com ondas, praias e coqueiros e encima a paisagem com letras garrafais “Lanxonete Havaí”. A prestação, por óbvio, não foi cumprida, mas ainda pode ser, eis que pode ser reexecutado o serviço, pelo próprio pintor ou por terceiro, com fincas a corrigir os erros evidentes de grafia.

Também pode ocorrer que o defeito na prestação do serviço leve à completa inutilidade ou impossibilidade de conserto, isto é, de reexecução da prestação, como ocorre com a modista que entrega o vestido encomendado para a noiva, no dia das bodas, com costuras rasgadas, de modo a impossibilitar que a credora o utilize na cerimônia nupcial (inutilidade) ou com o profissional da medicina que, esquecendo

¹⁰⁴⁴ MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999, p. 212.

¹⁰⁴⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. II: Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 265: *Verifica-se uma situação de cumprimento defeituoso quando o devedor, embora realizando uma prestação, essa prestação não corresponde integralmente à obrigação a que se vinculou, não permitindo assim a satisfação adequada do interesse do credor.*

equipamentos ou materiais cirúrgicos dentro do paciente, realiza a síntese cirúrgica, dando causa a uma septicemia e conseqüente morte do paciente (impossibilidade).

Assim, o cumprimento defeituoso, ao retirar de todo o efeito útil da prestação cumprida, pode se identificar com as hipóteses de incumprimento definitivo, tornando impossível a prestação de forma útil para o credor, ou lhe retirando completamente o interesse na reexecução da prestação, caso em que não se vê alternativa senão a tutela ressarcitória para o credor.

Contudo, em outras situações, pode o cumprimento defeituoso identificar-se com a mora, isto é, anda é possível efetuar a prestação – mais uma vez – de forma útil para o credor, caso em que as tutelas específicas se mostram novamente indispensáveis a dar efetiva tutela ao direito do credor, sem olvidar da tutela ressarcitória pelos danos eventualmente experimentados em razão do defeituoso cumprimento¹⁰⁴⁶.

Nessas hipóteses, o credor pode pedir que o serviço seja reexecutado pelo próprio devedor, ou então por terceira pessoa, à custa do devedor, tal como ocorre na simples mora¹⁰⁴⁷. No caso, o credor pode indicar, já na inicial, a terceira pessoa que irá reexecutar a prestação, indicando os motivos que tenha para não admitir que o próprio devedor o faça.

¹⁰⁴⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, vol. II: Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 265-266: *Relativamente aos danos causados pelo cumprimento defeituoso, eles poderão corresponder à frustração das utilidades causadas pela prestação (interesse de cumprimento) ou extravasar desse âmbito (danos exteriores, ou Begleitschaden). No primeiro caso, o credor terá direito a uma indemnização por incumprimento, podendo, no caso de se tratar de um contrato sinalagmático, exercer ainda as alternativas conferidas ao credor nesses contratos (excepção de não cumprimento do contrato e resolução por incumprimento). No segundo caso, a indemnização por esse danos é completamente exterior ao dever de efectuar a prestação, pelo que parece que poderá ser cumulada com a acção de cumprimento.*

¹⁰⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 254: *Nos casos de inadimplemento total e parcial, assim como nos de adimplemento com vícios de quantidade e qualidade, há direito à tutela do adimplemento na forma específica, seja como fim de obrigar ao adimplemento – diante do inadimplemento total ou parcial -, seja com o objetivo de permitir a sanção do vício, que pode se dar até mesmo mediante a substituição do produto ou reexecução do serviço.*

Neste sentido, isto é, para que o devedor possa importante lembrar que a tutela específica do cumprimento defeituoso se fulcra exclusivamente na exigibilidade da prestação e no próprio defeito do cumprimento, não sendo necessário ao credor alegar ou discutir eventual culpado devedor. Tal somente será necessário se o credor pretender, além da reexecução do fato, o ressarcimento de eventuais perdas e danos.

Conclusão

Como se viu no decorrer do presente trabalho, o processo civil clássico (cognição exauriente e classificação trinária das sentenças) foi baseado na necessidade de isolar o processo do direito material (autonomia absoluta do processo), reproduzindo valores do direito liberal (garantidor da liberdade dos cidadãos, obtida pela delimitação dos poderes de intervenção do Estado nas relações privadas), onde o juiz é inerte, neutro e não tem papel criador ou interpretador, devendo apenas reproduzir a lei, de acordo com os instrumentos (classificação trinar e tipicidade dos meios de execução) que a lei põe à disposição. Não havia possibilidade de antecipação de tutela, uma vez que era impossível executar o direito (*nulla executio sine titulo*) antes da segurança jurídica (trânsito em julgado da sentença).

O respeito à autonomia de vontade e ausência de ingerência estatal nas relações entre particulares (para preservação da liberdade), levou à impossibilidade de se impor multas (respeito à liberdade e autonomia) e a incoercibilidade do *facere*, tornava impossível ao Judiciário atuar sobre a vontade do indivíduo. Por outro lado,

a noção de igualdade do direito liberal importava não só na indistinção entre os indivíduos, mas também entre os diversos bens. Logo, a simples redução dos bens devidos à sua expressão pecuniária é mecanismo que igualava todas as obrigações, reduzindo-as a um denominador comum: o dinheiro. Logo, não havia motivo para assegurar ou pensar numa tutela específica (cumprimento *in natura* da prestação), ou então em tutela contra o ilícito de forma desvinculada com o dano (unificação dos conceitos de ilícito e de dano), eis que a tutela pelo equivalente (resolução em perdas e danos, para pagamento em pecúnia) não só mantinha a ilusão de neutralidade do juiz, assegurando a liberdade individual, como também mantinha a lógica mercantil vigente.

O processo civil, assim reproduzindo a ideologia liberal, foi delineado na sua absoluta autonomia perante o direito material, tornando-se inidôneo a dar efetiva proteção jurídica aos direitos. De fato, a escola sistemática italiana erigiu um processo civil completamente desvinculado do direito material, pois o direito de ação - entendido como direito de ir a juízo - é abstrato e nenhuma relação tem com o direito material, e o mesmo se diga do direito de defesa, exercido em procedimento uniforme, capaz de albergar qualquer situação de direito material, dado que as sentenças também não guardavam relação com o direito material, senão com o direito de ação.

Contudo, com a evolução da sociedade e do Estado, principalmente com a evolução dos conceitos de direitos fundamentais (especialmente os de segunda e terceira dimensão), exigindo do estado não só prestações negativas, mas também prestações positivas, tornaram evidente esta inidoneidade.

Essa mudança de perspectiva tornou necessário rever a noção chiovendiana de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei e carnelutiana de justa composição da lide.

De fato, a evolução da sociedade levou à queda da noção de liberdade e igualdade formal, bem como a reformulação do conceito de legalidade, dado pela noção de supremacia da constituição, de forma a permitir um controle não apenas formal da produção legislativa, mas também substancial, conformando-a aos princípios constitucionais. Uma vez que a Constituição incide, então, sobre todo o ordenamento, incide sobre a própria jurisdição.

Houve, então, uma mudança de paradigma que levou à necessidade de repensar o papel da doutrina e da ciência jurídica, mais do que interpretar e descrever a lei, pois esta não é mais o objeto, e sim parte integrante do ordenamento jurídico que compreende também os princípios e direitos fundamentais, que são o ponto de partida de qualquer interpretação, e definem o seu conteúdo em cada caso concreto, pois os princípios constitucionais e os direitos fundamentais albergados na Constituição (mesmo os não explícitos) conferem unidade e harmonia ao ordenamento jurídico, têm plena eficácia e deve se impor ao julgador de forma vinculante, para dar efetividade aos direitos.

Os princípios constitucionais são constitutivos da ordem jurídica, definindo os critérios para compreensão e aplicação das regras em cada situação concreta, não mais aplicadas pelo critério da mera subsunção, mas sim pela proporcionalidade, que leva em consideração os valores e princípios segundo as circunstâncias do caso concreto. Os princípios são preenchidos de conteúdo, pelo intérprete, em cada caso concreto, e por isso o princípio evolui em sentido e alcance, acompanhando a evolução da própria sociedade.

Por essa ótica, os princípios e direitos fundamentais orientam o ordenamento jurídico como um todo, impondo ao Poder Público um dever de proteção aos princípios e direitos fundamentais (nas relações entre o Poder Público, e os particulares: eficácia vertical), que se irradia por toda a ordem jurídica, inclusive nas relações entre particulares (eficácia horizontal). Daí que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide diretamente sobre o Judiciário, para disciplinar e regular a prestação jurisdicional, impondo que se municie o juiz de instrumentos ou técnicas processuais que permitam estabelecer máxima efetividade e proteção aos direitos materiais das partes envolvidas no processo.

Inegável é, também, frente ao Estado Constitucional, que não basta ao juiz atribuir sentido aos valores constitucionais, mas sim deve dimensionar os fatos (atribuir sentido aos mesmos, segundo a realidade social) e subsumi-los à lei ordinária e, depois disso, atribuir ou conformar o caso concreto aos valores constitucionais, isto é, buscar, segundo as circunstâncias do caso concreto, os princípios de justiça e dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, tutelar é proteger. Não basta ao Judiciário reconhecer que o jurisdicionado tem o direito. É necessário protegê-lo, isto é, transforma-lo em realidade, tornando necessário pensar, também, nos meios de execução adequados e eficientes a transformar o direito reconhecido em realidade. Com isso, tem-se o réquiem da concepção de que o direito de ação se traduz numa sentença de mérito, eis que o direito fundamental de uma tutela jurisdicional efetiva, exige não só o reconhecimento (declaração) do direito, mas também sua efetivação ou realização.

Na dinâmica do neoconstitucionalismo, o Judiciário deve utilizar, em cada caso concreto, como filtro primeiro, os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais, interpretando a legislação de acordo com a Constituição,

controlando-lhe a constitucionalidade e conformando-a ao caso concreto, suprindo a omissão legal que obstaculiza a efetividade dos princípios fundamentais. Logo, ao Judiciário não cabe apenas atribuir significado e valor constitucional à legislação, mas também dar máxima tutela ao direito material das partes envolvidas no litígio, tornando-se necessário, por isso, estabelecer os meios de execução adequados a tornar efetivo o direito material reconhecido.

Considerando que o direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional significa que a jurisdição deve ser capaz de reproduzir no mundo dos fatos exatamente aquilo que foi reconhecido no provimento judicial, isto é, dar efetividade à tutela dos direito, mediante a utilização de meios executivos adequados à essa finalidade.

É imperativo lógico concluir, então, que a ação, garantida pela constituição, não é meramente o direito a uma sentença de mérito, mas sim concretizada e conformada a partir da tutela jurisdicional do direito postulado. Em outras palavras: toda a atividade jurisdicional (extensão da cognição, limites probatórios), bem como a definição da técnica processual adequada e dos meios execução idôneos (com *potencialidade*) a tornar efetivo o direito (isto é, que tornam a ação *adequada*), dependem essencialmente das necessidades impostas pelo direito material. Neste passo, as tutelas jurisdicionais do direito previstas no art. 461 e 461-A do CPC, que permitem ao juiz utilizar de meios executivos adequados, necessários e suficientes à efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente inclusive podendo alterar (reduzir ou aumentar) ou até modificar os meios executivos definidos na anterior sentença, com ou sem requerimento do autor, evidencia que a atividade do Juiz não termina com a prolação da sentença de mérito. A ação,

portanto, não é mais o direito a uma sentença, mas um *meio adequado à tutela da situação concreta*.¹⁰⁴⁸

Com essa nova concepção de ação, importa considerar que a tutela jurisdicional é a resposta dada pelo judiciário ao pedido formulado pelo autor, resposta esta que pode vir a lume no mundo jurídico sob roupagens diversas, isto é, por técnicas de tutela (isto é, o modo pelo qual o direito processual tutela os diversos direitos postos em conflito), que são as sentenças (constitutiva, declaratória, mandamental, condenatória, e executiva), aí incluídas as tutelas provisórias (antecipação de tutela e cautelar) e os meios executivos (coercitivos e subrogatórios). Essa resposta e esses meios são inviáveis se pensados de forma desconexa com as necessidades do direito material envolvido no litígio, pois só mediante análise dessas necessidades é que se poderá identificar a tutela jurisdicional dos direitos adequada à sua proteção e, a partir daí, definir as técnicas processuais (técnicas de tutela) idôneas para o caso concreto. Por isso, a tutela jurisdicional dos direitos deve ser classificada segundo os resultados matérias que o processo deve geral, e não pela técnica processual ou provimento jurisdicional utilizado (sentenças em meios executivos).

Com fins neste critério metodológico, classificam-se as tutelas jurisdicionais do direito (*verbi gratia* as tutelas específicas) em inibitória, remoção do ilícito, ressarcitória e tutela contra o inadimplemento contratual.

Como técnicas processuais disponíveis, tem-se os provimentos declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo, que podem ser concedidos tanto em tutela antecipada, quando na forma de tutela final, utilizando, como meios executivos, os

¹⁰⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 265.

meios de coerção (multa e, eventualmente, prisão civil ou ameaça de cometimento do crime de desobediência), e os meios de sub-rogação.

No respeitante às obrigações contratuais, uma vez identificado seu conteúdo (qualitativo e quantitativo), configurados seus elementos constitutivos, para efeitos de tutela específica, não interessam os conceitos de ilícito e dano, mas sim os conceitos de vencimento (decorrente do modo, termo ou condição) e exigibilidade. Uma vez fluído o prazo (espaço de tempo que separa a contratação até o termo ou o advento da condição), ocorre o vencimento da obrigação. Após o vencimento, e por efeito dele, produz-se a exigibilidade, isto é, a possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação, inclusive judicialmente.

Não se pode confundir exigibilidade com responsabilidade. Esta se traduz na sanção ou punição prevista pelo ordenamento jurídico para o devedor remisso, consistindo na atribuição ao mesmo da responsabilidade pela composição pelos danos decorrentes da inexecução de suas obrigações.

A exigibilidade é efeito do vencimento. Vencida a dívida (isto é, constituído o devedor em mora) posso exigir o pagamento, sem incidir em abuso de direito, inclusive judicialmente, sem nenhum outro requisito senão a própria existência do débito e o seu vencimento.

A responsabilidade, por sua vez, é efeito da inexecução imputável ao devedor, não bastando o vencimento, uma vez que, para que se possa condenar o devedor ao pagamento das perdas e danos, além do vencimento e do incumprimento, outros requisitos são necessários, quais sejam o nexó de imputação, nexó de causalidade e a existência de danos. Tanto a exigibilidade quanto a responsabilidade são efeitos, portanto do incumprimento.

Evidente é que, há prevalência da tutela específica, a qual somente ficará obstaculizada se o credor preferir a indenização das perdas e danos, ou se não for

possível obter a prestação devida ou seu resultado equivalente, ou, ainda, na hipótese de tal circunstância causar excessiva onerosidade ao devedor.

No respeitante ao objeto da prestação, as obrigações classificam-se em: dar (positiva), fazer (positiva) e não fazer (negativa).

Serão obrigações de dar aquelas cuja prestação (objeto), consistir na entrega (transferência de propriedade) ou restituição (devolução da coisa ao legítimo dono) de uma coisa. Exemplos: compra e venda, doação, permuta, depósito, etc...

Serão obrigações de fazer aquelas cujo objeto consistir na prestação de um fato, tendo por objeto principal atos ou trabalhos do devedor (material ou intelectual). Exemplos: construir uma casa, prestar fiança, assinar escritura, etc...

Serão obrigações de não fazer aquelas cujo objeto consistir em uma omissão a que o devedor se obriga, consubstanciada em abster-se de atos que teria direito de praticar, ou tolerar atos praticados pelo credor quando teria direito de se opor, ou ainda, evitar que não seja o ato praticado por pessoa pelo qual o devedor seja responsável. Exemplos: em condomínio vertical, proíbe-se aos condôminos modificar as portas, janelas e fachadas do prédio, ter churrasqueiras nos apartamentos, conversar no hall dos elevadores, etc...

Podem elas ser classificadas em genéricas e específicas, fungíveis e infungíveis, de meios e de resultado, classificação essa que é importante para definir se houve ou não impossibilidade de cumprimento, se houve ou não cumprimento satisfatório da prestação.

Essas obrigações podem ser incumpridas pelo devedor, classificando-se o incumprimento em três formas, utilizando-se como critério os efeitos ou resultados do incumprimento: incumprimento definitivo (inadimplemento), incumprimento temporário (mora) e cumprimento defeituoso (violação positiva do contrato).

Incumprimento definitivo ocorre naqueles casos onde a prestação não mais pode ser cumprida exatamente como contratada ou não mais é útil ao credor recebê-la *in natura*. Se essa impossibilidade ou perda do interesse do credor ocorrer por culpa do devedor, a prestação se converte em perdas e danos, que abrangem não só o valor pecuniário equivalente ao da prestação incumprida, mas também todos os danos experimentados pelo credor em razão do incumprimento. Se a impossibilidade não for imputável ao devedor, o caso é de resolução da obrigação sem perdas e danos, voltando as partes ao *status quo ante*.

Incumprimento temporário ou *mora* ocorre quando o cumprimento não foi feito no tempo, modo ou lugar convencionados, mas que ainda pode sê-lo com proveito útil ao credor. Nessa hipótese, se a demora não for imputável ao devedor, não fica ele liberado da prestação, apenas dos efeitos da mora, podendo o credor exigir o cumprimento da prestação (sem perdas e danos), ou dar por resolvido o contato, sem perdas e danos voltando as partes ao *status quo ante*. Se por culpa do devedor ocorrer o atraso, o credor pode exigir a prestação exatamente como contratada, inclusive mediante a prestação por terceira pessoa (mais os danos advindos da demora). Para esse efeito (mora do devedor), importante lembrar que o foco central da prestação do devedor é a utilidade da prestação para o credor, considerando-se fungível a prestação que possa ser realizada por qualquer pessoa sem prejuízo para o credor, de modo que, se o credor renunciar à infungibilidade contratual, poderá vir a juízo exigir o cumprimento da prestação por terceiro.

Ocorre cumprimento defeituoso (*adimplemento imperfeito ou violação positiva do contrato*), as situações onde a prestação foi adimplida pelo devedor, não só em desconformidade com o tempo, modo ou lugar avençado, isto é, quando o cumprimento da prestação não corresponde integralmente à obrigação a que se

vinculou, não permitindo assim a satisfação adequada do interesse do credor, mas também quando ocorrer o descumprimento de deveres secundários, laterais, acessórios e instrumentais, notadamente os deveres derivados do princípio que manda agir segundo a boa-fé.

No respeitante a tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer, é importante vincar que responsabilidade é diferente de exigibilidade. Uma vez devida a prestação e vencido o prazo previsto pela lei ou pelas partes, surge para o credor a possibilidade de exercer judicialmente a pretensão (exigibilidade) de ver concretizado, no mundo dos fatos, a prestação pessoal devida pelo devedor (*idem*), isto é, o cumprimento específico da prestação devida (o fazer ou o não fazer). Eventualmente, surgirá também a responsabilidade (se presentes os requisitos legais), por compor as perdas e danos resultantes da demora (mora) ou substitutivas da própria prestação devida (inadimplemento) ou, ainda, se assim lho autorizarem as circunstâncias ou o contrato, buscar a resolução do negócio jurídico (CCB, art. 475). Tal consideração é assaz importante, uma vez que tratamos, no presente trabalho, não de deveres de fazer, mas de obrigações contratuais de fazer, em que, pré-existindo a obrigação contratual, a exigibilidade em si da prestação exige tutelas diferenciadas (tutelas específicas) em relação a responsabilidade derivada do incumprimento, as quais diferem nos seus requisitos.

A tutela específica é o gênero, onde se inserem, como espécies, as tutelas inibitória, de remoção do ilícito, ressarcitória em forma específica e a tutela do adimplemento contratual.

A tutela inibitória é destinada a impedir a prática (não houve ilícito, mas fatos ou indícios de que o ilícito será cometido), a repetição (houve ilícito, e não se quer que outro ilícito seja praticado) ou a continuação do ilícito (o ilícito é continuado,

prolongando-se no tempo), sendo, por isso, voltada para o futuro, e completamente desvinculada da idéia de dano.

A tutela de remoção do ilícito, por sua vez, é destinada a remover os efeitos de uma ação ilícita anterior, cujos efeitos perduram no tempo, eliminando sua fonte. Daí é tutela voltada ao passado e ao ilícito, não sendo, por isso, vinculada à idéia de dano.

A tutela ressarcitória (em forma específica ou em pecúnia) é forma de tutela integral e exclusivamente vinculada à hipótese de dano, sendo, portanto, voltada para o passado, tendo como pressupostos o ilícito, o nexo de imputação, o nexo de causalidade e o dano.

A tutela do adimplemento contratual é destinada a satisfazer *in natura* a pretensão devida ao credor de uma relação jurídica obrigacional, ou assegurar o seu *resultado prático equivalente*. Como se vê, não é tutela voltada contra o dano, e sim contra o ilícito contratual, voltada a conferir ao credor uma prestação que lhe é devida, e por isso centrada no requisito de exigibilidade do direito de crédito alegado pelo autor, podendo ser cumulada, ou não, com outras formas de tutela para efetiva proteção dos direitos de crédito.

Para ter acesso a essas formas de tutela jurisdicional do direito, isto é, para obter a tutela específica, o credor terá que – normalmente - residir em juízo, e, para esse efeito, tudo dependerá da força probante dos documentos que comprovam a existência do direito de crédito do credor.

De fato, conforme o contrato – ou declaração de vontade – que comprova a existência da obrigação caracterize ou não título executivo extrajudicial, terá o credor que optar se ingressa com ação de conhecimento ou se parte, se assim lho permitir seu título, para a ação de execução de obrigação de fazer ou de não fazer.

Se o título que comprova a obrigação não preenche os requisitos para ser havido como título executivo extrajudicial (CPC, art. 585), resta ao credor de obrigação de fazer ou de não fazer, que pretenda o cumprimento específico da obrigação, pouco importando a fungibilidade ou não da prestação, unicamente a via do processo de conhecimento, com base no art. 461 do CPC (inclusive com possibilidade de tutela antecipada se relevantes os fundamentos da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final), o qual tem natureza substancial e processual, podendo extrair, justamente daí, tanto meios coercitivos (como é o caso de cominação de multa ou, eventualmente, a prisão civil) quanto sub-rogatórios (como é o de medidas que façam as vezes do adimplemento voluntário, ou lhes assegurem a obtenção do resultado prático) como técnicas para a efetivação do provimento jurisdicional.

Por outro lado, se o credor dispõe de título executivo extrajudicial (CPC, art. 585), não necessita utilizar a ação de conhecimento prevista no art. 461 do CPC, podendo disparar a execução de fazer (CPC, 632) ou de não fazer (CPC, art. 642), onde o juiz, independentemente da alegação ou prova de receio de dano ou justificado receio de ineficácia do provimento final, *fulcrado tão somente na exigibilidade do direito plasmado no título executivo extrajudicial*, vai ordenar ao devedor que satisfaça a prestação devida (fazer) ou que desfaça o ato que praticou (não fazer), no prazo que ele juiz fixar, inclusive cominando multa para o caso de não acatamento dessa ordem (CPC, art. 645), ou determinar a utilização do meio sub-rogatório necessário a implementar a ordem inicialmente concedida.

Considerando as modificações introduzidas pela Lei nº. 11.382, de 06 de dezembro de 2006, excluiu o automático efeito suspensivo, e determinando que a regra seja que os embargos do devedor não têm efeito suspensivo (CPC, art. 739-

A), exceto se o juiz o conceder uma vez *sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação* (CPC, art. 739-A, § 1º), o que pode ser revisto a qualquer tempo (CPC, art. 739-A, § 2º), bem como revogou os parágrafos do art. 634 do CPC, simplesmente extinguindo o anacrônico e moroso procedimento de licitação do fazer ou do desfazer, tornou efetiva a execução extrajudicial de fazer ou de não fazer, principalmente nos casos onde é necessária a realização do ato ou desfazimento do ato por terceiro muito mais célere, uma vez que restou relegado ao prudente arbítrio do juiz decidir a realização do ato (fazer ou desfazer) por terceiro (agora isso se dará mediante simples incidente processual).

Por fim, uma vez eleito pelo credor o processo judicial mais adequado segundo os documentos de que dispõe para comprova a existência da obrigação, pode postular judicialmente a tutela jurisdicional do direito que lhe seja necessária e adequada a lhe proporcionar o cumprimento específico da obrigação ou a lhe assegurar o resultado prático equivalente.

A análise, na última parte do trabalho, das diversas situações de aplicabilidade da tutela específica, em suas variadas formas, demonstrou que a realidade é mais rica que a previsão do legislador, de modo a exigir, dos aplicadores do direito, uma constante revisão de seus conceitos e, principalmente, muita criatividade para estabelecer meios de dar eficácia à tutela jurisdicional dos direitos de crédito referentes a fazer e não fazer.

Referências

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 14, p. 20-27, abr-jun/1995.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

_____. Responsabilidade Civil do Médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, nº 718, p. 33-53, agosto de 1995.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta. 2001.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALTERINI, Atilio Anibal; CABANA, López.. Curso de Obligaciones. T I, 4ª ed. 3ª Reimpressão. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 1993.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM, Arruda, *et alii*. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed., São Paulo: 1995.

_____. *Coleção Estudos e Pareceres – Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. v. 2, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Obrigações de fazer e de não fazer - Direito Material e Processo. *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, p. 103-110, out/nov, 1995.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. vol. II, São Paulo: RT, 1993.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ação de direito material. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênesis, nº. 33, p. 533-547, jul/set, 2004.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 744, p. 726-750, out. 1997.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*. Coimbra: Almedina, 1988.

APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição*. Curitiba: Juruá, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória na vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

ASSIS, Araken de. Contempt of court. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, nº 318, abr, 2004.

_____. Indenização do dano moral. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: síntese, nº 236, jun, 1997.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IX, São Paulo: Lejur, 1985.

_____. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato, boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis). *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, nº 308, junho/2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial*. São Paulo, 1986.

_____. Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribuiu para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, nº 750, p. 113-120, abr/98.

BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil (Arts. 1º a 153)*. 11ª ed. rev. e atual. por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem, aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente

adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de direito privado*, São Paulo: RT, nº 18, p. 105-143, abr-jun. 2004.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *A nova interpretação constitucional*. (Org). Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1993.

BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 77-78, 1994.

BECKER, Laércio Alexandre. *Contratos Bancários – Execuções Especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1996.

BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Madri, Editora Revista de Derecho Privado, 1969.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto & BITTAR, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

_____. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, ano 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

BUITONI, Ademir. Reparar os danos morais pelos meios morais. *Revista de Direito Privado*, n. 16, São Paulo: RT, out/dez 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli: Morano, 1970.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lineamentos do novo processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CAMBLER, Everaldo Augusto. *Curso Avançado de Direito Civil, vol. 2: Direito das Obrigações*. São Paulo, RT, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual*. Curitiba: Juruá, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. Parte Geral, vol. 3, São Paulo: RT, 1982.

_____. *Direito da Personalidade*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. nº 1, São Paulo: RT, 1977.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ªed., São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Principios del derecho procesal*. Madrid: Reus, s/d.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ªed. Re., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del. Rey, 2003.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das obrigações*. v. 2, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

_____. *Violação positiva do contrato*. *Estudos de Direito Civil*, vol. I. Coimbra: Almedina. 1987.

CORRÊA, Luiz Fabiano. *A proteção da boa fé nas aquisições patrimoniais*. São Paulo; Lex Editora, 2000.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 1970.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. *Direito das Obrigações*. 9ª ed., rev., e aum. Coimbra: Almedina, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. *O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Coord. Véra Maria Jacob de Fradera, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRUZ E TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Teoria geral da boa-fé objetiva. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais, 1961.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil II*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

_____. Proteção do comprador. *Problemas de Direito Positivo – Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A controvérsia teórica sobre a reparabilidade dos danos morais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. nº 2, São Paulo; RT, 1977.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.

_____. *Da responsabilidade Civil*. v. I, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Patrimonial*. t. II, 4ª Ed. Madrid: Civitas, 1993.

_____. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6ª Ed. Madrid; Tecnos, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel, Execução de liminar em mandado de segurança. Desobediência. Meios de efetivação da liminar, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 200, p. 309-325, abr/jun, 1995.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 159.

_____. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Comentários ao Código Civil: parte especial – livro complementar Das disposições finais e transitórias (Arts. 2.028 a 2.046)*. v. 22, São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. vol. 3, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil*, v. 2. Teoria geral das obrigações. 5ª ed., atual., São Paulo, Saraiva, 1989.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII, t. III, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo Y Gerado Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed, 2005.

_____. *Pasado y futuro del Estado de Derecho. Neoconstitucionalismo(s)* . (Coord.) Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 18.

FERRARI, Janice Helena. “Direito à própria imagem”, *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. Vol. 4, São Paulo: RT, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”, *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. Vol 1, São Paulo: RT, 1992.

FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Ed. Método, 2003.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e teoria da imprevisão*,. 2.ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

FONSECA, Rodrigo Garcia da Fonseca. Direito à própria imagem. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. nº 55. São Paulo: RT, 1991.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano, Giuffrè, 1974.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da urgência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCÍA, Manuel Albaladejo. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 21.

GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1977.

GIOSTRI, Hildegar Tagessel. *Erro médico à Luz da Jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1988.

GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade, *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 216, p. 5-10, out/dez/1962.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Obrigações*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. III, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et alli. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. et alli. *Teoria geral do processo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 79, p. 65-76, jul/set, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, nº 713, p. 45-52, mar/1995, p. 51; GUERRA, Marcelo Lima, *Execução indireta*, RT, 1998.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, n. 4.2.2, p. 190.

_____. *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2006

HÄBERLE, Peter.. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da*

Constituição. Trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato – Estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

JUNIOR, Antonio Janyr Dall’Agnol. Tutela das obrigações de fazer e de não-fazer (art. 461 do CPC). *Revista Jurídica*. São Paulo: Notadez, nº 338, p. 39 – 49, dezembro de 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. Trad. Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: RT, 1994.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII, t. I, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, vol. I: Introdução. Da constituição das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Direito das Obrigações, vol. II: Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

LIEBMAN, Enrico Túllio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. 3ª ed., v. 1, Milano: Giuffrè, 1973.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VI, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT. 1992.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8ª., ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

_____. *Curso de Direito Civil*. v. 2, Obrigações em Geral. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio Costa. *A reforma do processo civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MACHADO, Fábio Cardoso. Sobre o escopo jurídico do processo: o problema da tutela dos direitos. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênesis, v. 32, Curitiba: Gênesis, p. 256-265, Abr-jun/2004.

MAGRINI, Rosana Jane Magrini. Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Revista Jurídica*, nº 280, Porto Alegre: Notadez, P. 73-93, fevereiro de 2001.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde (Arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A antecipação da tutela*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *A jurisdição no Estado Contemporâneo. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005.

_____. *A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e de não fazer)*, *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênesis, nº. 1, p. 85-95, jan/abr, 1996.

_____. *A tutela antecipatória na reforma processual*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da Teoria dos direitos fundamentais*. <www.professormarinoni/artigos>. Acesso em 14/04/2005.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Tutela específica*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Tutela Inibitória*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MARMITT, Arnaldo. *Adjudicação Compulsória*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTÍNES, Maria Julita Ledesma. *Las obligaciones de hacer*. Granada: Comares, 1999.

MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Vol. V, Tomo I (arts. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MEDINA, José Miguel Garcia. Breves notas sobre a tutela mandamental e o art. 14, inc. V e parágrafo único, do CPC. *Revista Jurídica*, São Paulo: Notadez, nº 337, p. 21-35, nov. 2005.

_____. *Execução Civil. Teoria geral. Princípios fundamentais*. 2ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo; RT, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. T. I. 4ª ed. aum. e atual. por DIAS, José de Aguiar. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MENGONI, Luigi. *L'oggetto dell'obbligazione*. Itália: Ius, 1952.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes. *Revista Jurídica*, São Paulo: Notadez, nº 338, p. 23-38, dez, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 4ª ed., t. VII. Rio de Janeiro: Borsari, 1974.

_____. *Tratado das ações*, t. I, São Paulo: RT, 1970.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. IV, Direito das Obrigações 1ª Parte. 28º ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Os Pensadores. Vol. XXI. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1973.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de Direito Processual*. 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de Direito Processual – 2ª Série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: contratos*. v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 4ª ed., rev., e ampl., São Paulo: RT, 1999.

NORBERTO BOBBIO. *Liberalismo e democracia*, São Paulo: Brasiliense, 1998.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994

NUNES, Rizzato. A boa-fé objetivada como paradigma da conduta, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 52, nº 327, pág. 09 a 11, janeiro 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela Jurisdicional. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênese, nº. 34, p. 665-689, out/dez, 2004.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra positiva do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 25, p. 39-48, 1998.

OLIVEIRA, Valdecir Mendes de. *Direito das obrigações aplicado: obrigações e responsabilidade civil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 1996.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed., São Paulo: RT, 1997.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. Barueri: Manole, 2002.

_____. *Uma visão crítica da jurisdição civil*. Leme: Led, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* . v. III, fontes das obrigações, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Instituições de Direito Civil*. v. 1, introdução ao direito civil. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Instituições de Direito Civil*. v. II, Teoria geral das obrigações. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Responsabilidade Civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Divil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. A boa-fé no direito o princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. Síntese Trabalhista, Porto Alegre: Síntese, nº 130, p. 131-145, jan, 1998.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio Constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora. 1989.

PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998.

PISANI, Andréa Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil – Do processo de conhecimento – arts. 444 a 495*. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Martha Asuncion Enriquez. *Aspectos jurídicos da inseminação artificial*. Dissertação no Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais, UEL, Londrina, 1992.

QUESADA, Bernardo Moreno. *Problemática de las obligaciones de hacer*. Madrid: R. D. P., 1976.

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

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REINALDO, Demócrito. A AIDS e o Poder Judiciário. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. nº 01, v. 10, Brasília: STJ/Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, 1988.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 2ª d. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Teoria da Aparência*. Revista *Ajuris*, Porto Alegre: *ajuris*, nº 24, p. 222 e ss, mar/1982.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 2, Parte geral das obrigações. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 3, dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito Civil*. v. 4, responsabilidade civil. 19ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil - introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *Instituições de Direito Civil, v. 3: direito das obrigações e direito hereditário*. Trad. Paulo Capitanio, atual. Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: lei n. 8.078, de 11.09.90. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*, 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. vol. XV, 12ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1985.

_____. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*.v. 14. Rio de Janeiro: Borsoi. 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. v. 1, São Paulo: Max Limonad, 1958.

_____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol. III. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, Nelton dos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

SANTOS, Ulderico Pires. *A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência*. Rio: Forense, 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1998. *Revista de Direito do Consumidor*, nº. 30, São Paulo: RT, mar-abr, 1999.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHOLER, Heinrich. O princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet.: *Interesse Público*, n. 2, São Paulo: Notadez, 1999.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica - Civil, Criminal e Ética*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatski, 1976.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 2ª ed., vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SILVA, Jorge César Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luiz Tadeu Barbosa. Da ação de adjudicação compulsória resultante do contrato preliminar e do contrato de compromisso de venda e compra. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, nº 845, p. 50-64, março/2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento (arts. 1º a 100)*. V. 1, São Paulo: RT, 2002.

_____. *Curso de direito processual civil*. vol. I, 5ª ed. ver., e atual., São Paulo; RT, 2000.

_____. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____. Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. *Inovações do Código de Processo Civil*, org. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A plenitude da defesa no processo civil. *As garantias do cidadão na justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Do processo cautelar*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Rafael Peteffi da. Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Responsabilidade sem Culpa*, São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUZA, Nilza Machado de Oliveira. Tutela específica. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*. Toledo: Unipar. V. 5, nº 1, p. 95-111, jan-jun. 2002.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: RT, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOCO, Rui. A responsabilidade por vício de qualidade e quantidade no Código de Defesa do Consumidor é objetiva ou subjetiva? *Revista dos Tribunais*, São Paulo; RT, nº 774, p. 134-139.

_____. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 4ª Ed., São Paulo: RT, 1999.

TALAMINI, Eduardo. Prisão Civil e penal e “execução indireta” (garantia do art. 5º, LXVII da Constituição Federal). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 92, p. 37-51, out/dez, 1998.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: RT, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, nº 296, p. 7-18, jun/2002.

_____. BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República – Parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Vol. III, Tomo II (arts. 185 a 232). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. 2, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Curso de Direito Processual civil*. v. 1, 39ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2003.

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 3, nº 15, p. 16-37, jan-fev/2000.

TOBEÑAS, José Castán. *Derecho Civil*, t. III, 16ª ed. Madrid: Reus, 1992.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da*

Silva. Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2003.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. vol. II, Trad. Luiz Martinez Calcerrada. Madrid: Reista de Derecho Privado, 1967.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2002.

_____. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Loções de Historio do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 1996.

VALLER, Wladimir. *A reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro*, 1ª ed., Campinas: E. V. Editora Ltda, 1994.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênese, nº. 3, p. 797-799, set/dez, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Obrigações. Teoria Geral*. São Paulo, Atlas, 1994.

_____. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2, São Paulo: Atlas, 2003.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

WALD, Arnoldo, *Obrigações e Contratos*. São Paulo: RT, 12ª ed., 1995.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Liminares: alguns aspectos polêmicos. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1995.

_____. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. II, 4ª edição, São Paulo: RT, 2001.

_____. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à segunda fase da Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, Flavio Luiz. Efetividade do Processo de Execução. *Processo de Execução*. Org.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001.

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

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.