

EFETIVIDADE PROCESSUAL: VISÃO ACERCA DA SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER.

Marco Bruno Miranda Clementino
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Acadêmicos do 8º Período do Curso de Direito - UFRN

INTRODUÇÃO

Como ciência social, o direito *deve* caminhar em consonância com a realidade dos fatos (*ubi societas, ibi jus*). No âmbito do direito processual, isso não difere, desafiando os processualistas a encontrarem a melhor forma de tornar *efetiva* e eficaz a prestação jurisdicional.

Efetividade e eficácia são conceitos com conotações distintas na órbita do direito processual. Conquanto esta diga respeito à concreta obtenção da pretensão formulada em juízo; aquela, a efetividade do processo reporta-se, a par disso, à realização fácil e rápida do direito.

A propósito, a preocupação com a efetividade do processo, que marca a obra do processualista italiano Mauro Capelletti, já se presenciava, no *vetusto* Século XVIII, nos escritos do jurista germânico Rudolf Von Ihering, que afirmou, consoante lembrança de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, "*que o direito se deve realizar, de um lado, de maneira necessária, isto é, segura e uniforme; de outro lado, de maneira fácil e rápida*" (Ihering apud Vidigal, p. 117).

No limiar do terceiro milênio, o conceito de efetividade na seara do processo ainda continua em evidência, talvez pela dificuldade que têm os juristas de enfrentar os avanços e percalços da *evolução* da humanidade, que, de forma cada vez mais célere, põem em cheque os institutos processuais vigorantes.

Neste final de século, notadamente, com a modernização da informática e o conseqüente aprimoramento dos meios de comunicação, tem se intensificado o número de relações sociais travadas entre os indivíduos em todos os cantos do planeta, a demandar por uma disciplina jurídica que regule esse verdadeiro sistema de vínculos que se cria.

Ademais, com a preocupação de garantir o pleno acesso à justiça, pelos cidadãos ou quem por lei os possa substituir, sempre que se vislumbre na esfera jurídica individual, *coletiva* ou difusa, lesão ou ameaça de direito (teoria abstrata da ação), é crescente o número de demandas deflagradas perante os órgãos imbuídos da função jurisdicional, daí persistindo, senão agravando, o problema da morosidade da justiça, presente em escala universal.

Cumprido ao jurista, destarte, a busca de mecanismos salvaguardem de forma efetiva e eficaz os direitos dos cidadãos, no de lhes dar, conforme apreço de Giuseppe Chiovenda "*tudo aquilo, e exatamente aquilo*" (Chiovenda apud Vidigal, p. 118) que, fora do processo, ele poderia obter.

2 - DAS PREOCUPAÇÕES NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO PROCESSUAL DE 1939

No presente tópico, bem como nos seguintes, tratar-se do instituto da

execução específica de fazer ou não fazer, sempre enfoque, acima exposto, da efetividade do processo, objetivando a leitura de um breve cotejo histórico da legislação e da doutrina.

De ressaltar, de antemão, que o tema é alvo de severas controvérsias, sendo de antanho a preocupação com a inexecutabilidade específica da obrigação, desde Pothier até os contemporâneos (Vidigal, p. 152).

Com efeito, discutia-se à época em que vigia a legisla processual civil anterior à atual a possibilidade do credor prejudicado pleitear em juízo a execução de obrigação de fazer pelo devedor inadimplente.

Em verdade, a maior parte dos juristas combatiam veementemente essa possibilidade, alegando não restaria ao credor outra alternativa senão a de pleitear as perdas e danos resultantes inexecução obrigacional, desfigurando, dessa forma, o objeto do negócio jurídico anteriormente celebrado.

Reportando-se a esse período, Joaquim José Calmon Passos comentou que:

"Importando a obrigação fazer, sempre, um fato a ser prestado pelo devedor, a aquiescência deste no prestar atividade é fundamental para a obtenção resultado perseguido pelo credor. A recusa devedor, no particular, coloca em confronto dois valores: o do respeito a liberdade individual, pelo que se afasta a possibilidade de ser violentado o devedor em sua liberdade resolvendo-se o inadimplemento em perda danos, e o da tutela do interesse do credor, assegurando-se-lhe a execução específica" (Calmon de Passos, 1995, p. 51-53).

Essa orientação vigente à época surgiu, segundo a doutrina, de paralelo realizado entre o direito real e o direito pessoal, através de cujo exame se verificou maior eficácia daquele em detrimento deste, tendo em vista que a execução de obrigação de dar que, de regra, recai sobre a coisa tem um alcance prático mais intenso que na execução de obrigações de fazer, porquanto esta se opera contra uma pessoa.

Nada obstante isso, ainda naqueles tempos, prosélitos na doutrina, ao influxo do conceito de efetividade do processo, insurgiram-se contra a possibilidade de que a recusa arbitrária do devedor inadimplente prevalecesse em relação à boa-fé e necessidade do credor prejudicado quanto ao cumprimento da prestação que o beneficiasse.

O embate foi mais ferrenho quando se tratou das obrigações de fazer infungíveis, definidas por Silvio Rodrigues como aquelas em que "(...) o negócio se estabelece intuitu personae, pois o credor só visa à prestação avançada, se fornecida por aquele devedor cujas qualidades pessoais ele tem em vista" (Silvio Rodrigues, 1997, v. 2, p. 35-36).

Nessa espécie, defendeu Luis Eulálio de Bueno Vidigal (Vidigal, p. 164-190) que, como o Estado foi o criador da infungibilidade jurídica pode este dela prescindir, para que o magistrado, substituindo-se à pessoa do devedor, opere com meios que satisfaçam eficazmente o direito de credor.

Ademais, no tocante ao exemplo das declarações de vontade, da natureza infungível, rebate o doutrinador aqueles que afirmam não poder o Estado prestar a vontade de outrem, com o argumento de que, em verdade, a sentença judicial, apenas produz os efeitos da declaração, e não declara a vontade em si.

Ganhou vulto esse pensamento, à época de vanguarda, a ponto de ter-se consolidado definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos, com

destaque para a positivação alguns desses entendimentos, no Decreto-lei 37/58, que disciplina a ação de adjudicação compulsória, e no Código de Processo Civil de 1973.

3 – DA SISTEMÁTICA ATUAL

Atualmente, é indubitável, nas obrigações de fazer não cumpridas, poder o credor prejudicado, antes de se conformar com as perdas e danos resultantes do inadimplemento, postular em juízo que o devedor execute especificamente a própria atividade a que se obrigara.

Com efeito, o Professor Kazuo Watanabe, ao tecer comentários sobre a legislação vigente sobre a matéria, ratificou esse entendimento de que:

"(...) a conversão da obrigação em perdas e danos somente se dará em caso, quando jurídica ou materialm impossível a tutela específica ou a obte do resultado prático correspondente. quando o próprio credor por elas optar. O princípio, como já ressaltado, é da coincidência possível entre o direito e sua realização, de sorte que, em linha de princípio não poderá ser admitida a substituição obrigação pelo seu equivalente pecuniário" (Watanabe, 1995, p. 528).

De fato, a própria legislação já contempla essa possibilidade, em que pesem as opiniões de que isso fere a liberdade individual, prevendo, inclusive, no artigo 632 e seguintes, do Código de Pecesso Civil, o direito do credor de promover a execução do título que presc a obrigação de fazer do devedor, em caso de descumprimento, desde que configurados os pressupostos da ação executiva.

Prevê-se, pois, na legislação vigente, uma série mecanismos tendentes a assegurar o cumprimento da obrigação, em abono do credor prejudicado. Trata-se dos meios de sub-rogação e de coerção indireta.

Quanto aos meios de sub-rogação, consistem estes nos quais os órgãos jurisdicionais buscam conseguir para o credor o bem a que este faz jus, sem a concorrência da pessoa do devedor, de cuja vontade se prescindem.

Por outro lado, os cognominados meios de coerção indireta procuram atingir a execução específica mediante a própria atividade devedor, consistindo na estipulação de penalidades, a serem impostas devedor, para intimidá-lo a adimplir a prestação a que se obrigou. Essas penalidades ou sanções geralmente são determinadas sob a forma multas, conhecidas por *astreintes*, cujo permissivo legal encontra-se expressamente na legislação processual.

Portanto, a despeito das opiniões divergentes, os meios de coerção, sobretudo aqueles de natureza pecuniária, configuram-se mecanismos hábeis a pressionar o devedor a promover o adimplemento da obrigação a que lhe compete por ato de sua própria vontade.

Aliás, na Idade Moderna, o pensador florentino Nicolau Maquiavel já asseverava, em análise da natureza humana, que é m gravoso para o homem um prejuízo de ordem patrimonial do que a perda de um ente querido.

Dai se deduz que, aplicados de forma correta esses meios de coerção indireta, podem eles lograr bons frutos na busca em atingir resultado pretendido pelo credor, mediante a atividade do próprio devedor.

Em verdade, o que importa efetivamente é a perspicácia do julgador ao manusear esses mecanismos, porque estes não surtem o efeito almejado senão quando utilizados de forma escoreita e objetiva.

A propósito dos meios de coerção através de medidas sancionadoras, o Professor Luís Guilherme Marinoni (Marinoni, *In Revista Forense*, v. 338, p. 147) defende a possibilidade do magistrado determinar a privação da liberdade do devedor para obtenção da tutela específica. Entretanto, cuida-se de opinião controvertida, entendendo boa parte dos doutos que essa hipótese é inconstitucional, porque refoge aos casos em que é permitida a pena privativa de liberdade, expressa e taxativamente previstos na Carta Maior.

Contudo, o artigo da lavra do Professor paranaense, no qual perfilha ele essa tese, traz a lume explicações acerca de algumas inovações interessantes, recentemente incorporadas ao texto da legislação processual brasileira, com a Reforma do Código de Processo Civil promovida pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

Essa reforma, realizada sob os auspícios da necessidade de celeridade na prestação jurisdicional, notabilizou-se por inserir na legislação alguns institutos tendentes a evitar, ou pelo menos diminuir, a morosidade da justiça, possibilitando em alguns casos, e verificados determinados pressupostos, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor de demanda judicial, conforme se prevê genericamente no artigo 273, do Código de Processo Civil.

Quanto às obrigações de fazer ou não fazer, outrossim, a reforma inovou ao introduzir no texto codificado a possibilidade de antecipação da tutela específica, consoante já se prescrevia o Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, com a nova redação dada ao artigo 461, do Código de Processo Civil, ao juiz é, agora, conferida a possibilidade de determinar uma série de medidas, excepcionalmente previstas, para coagir o devedor inadimplente a executar a atividade a que se prestara mediante declaração de vontade.

Dentre essas medidas, sobreleva ressaltar a de, mediante a concessão de medida liminar, sem a ouvida da parte contrária ou após justificação prévia, antecipar os efeitos do pedido formulado pelo demandante, desde que este expressamente o requeira.

No que tange ao dispositivo sob comentário, o Professor Cândido Rangel Dinamarco pontificou que:

"Sem embargo de algumas diferenças de redação, o § 3º do arf. 461 associam-se ao sistema de antecipação de tutela jurisdicional, estrutura do no novo arf. 273 do Código de Processo Civil. Tem-se aqui a outorga da própria tutela pedida e a ser concedida em sentença se o pedido proceder não em medidas outras, instrumental, destinadas somente a proteger a eficácia daquela. Como antecipação de tu específica, essa de que cuida o § 3º, visa a pôr o titular de direito no gozo da própria situação final sonogada pelo obrigado postulada no petitum. Trata-se de poderoso instrumento para a efetividade do acesso à justiça - poderoso mas excepcional e destinado à debelar os males de delongas injustas ou perigosamente impostas demandante" (Dinamarco apud Friede, 1998, p.231).

Denota-se, pois, que as inovações trazidas pela refor também na dimensão da efetividade do processo, visaram flagrantemente a dar mais celeridade à prestação jurisdicional, inclusive no tocante à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

4 - CONCLUSÃO

Pela análise realizada, há que se concluir que a preocupação com efetividade do processo é uma constante, sempre existiu e sempre existirá. Ela caminha *pari passu* com as necessidades provocadas pela evolução dos fatos sociais, dos quais deve emanar o direito.

À guisa de ilustração, no presente texto, mostrou-se preocupação da doutrina vigorante à época do Código de Processo Civil de 1939, que discutia a possibilidade ou não de se pleitear em juízo tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, até então combatidas.

Superada atualmente essa questão, ante a sua consolidação nos textos legais, o conceito de efetividade do processo dirige-se agora para uma nova questão, considerando a nova dinâmica das relações sociais: a de assegurar a conquista da geração passada, de uma forma mais célere e eficaz.

De remate, é imperioso destacar reflexão do jurista potiguar José Augusto Delgado, sensível à problemática da efetividade do processo: "*Afinal, as vezes, a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda*" (Delgado, Revista Consulex, v. 2, n 17, p. 58).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSULEX. Anverso e Reverso. Brasília: Consulex, v. 2. nº 17. mai 1998.

FRIEDE, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar. 4. .Ii Helo Horizonte: Dei Rey, 1998.

MARINONI, Luis Guilherme. A Reforma do Código de Processo Civil e a Inefetividade do Processo - Tutela Antecipatória, Tutela Monitória e a Tutela das Obrigações de Fazer e Não Fazer. In: Revista Forense. v. 338.

PASSOS, J.J. Calmon de. Inovações no CPC. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil - Parte Geral das Obrigações. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. 3 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998. v. 2.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Direito Processual Civil. (texto fornecido pelo Professor, não referenciado).

WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997.