

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 05/07/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35229-da-tutela-espec-fica-das-obriga-es-de-fazer>

Autori: Everson Rosa da Silva, Guilherme Weber Gomes de Almeida

Da tutela específica das obrigações de fazer

DA TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER

Everson Rosa da Silva¹
Guilherme Weber Gomes de Almeida²

RESUMO:

O presente artigo que analisa as obrigações de fazer no direito brasileiro, tendo em vista que o tema é de grande relevância por tratar das várias formas legais de se obter a tutela de uma obrigação de fazer a fim de alcançar o resultado que o credor pretendia, da forma como se o devedor estivesse disposto à realização da mesma de forma a não depender de uma tutela jurídica.

Palavras-Chave: Direito Civil; Processo Civil; Tutela.

1 Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Catalão.

2 Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Catalão.

DA TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER

No ano de 1994 a Lei 8.952 de 13 de dezembro, alterou de forma significativa o ordenamento processual civil. Um dos dispositivos que mais sofreram alterações foi o artigo 461. Esta mudança surge com a finalidade precípua de evitar o quanto possível à conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, procura garantir o resultado prático pretendido pelo credor nos casos em que pleiteia o cumprimento de obrigação de fazer.

O conteúdo do antigo artigo 461 foi deslocado para o parágrafo único do artigo 460 e no artigo 461 foram inseridos cinco parágrafos. Mais tarde no ano de 2002 a Lei 10.444 incluiu o sexto parágrafo, sendo assim, hoje o artigo conta com seis parágrafos, todos voltados a forçar o adimplemento da obrigação tal como seria se o devedor tivesse adimplido de forma voluntária.

As alterações mais significativas, trazidas pela Lei 8.952, no que tange a tutela das obrigações de fazer, se deram ao estabelecer que o juiz concederá a tutela específica ou determinará medidas que assegurem o resultado prático equivalente.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Assim, ao prever o artigo 461 que o juiz concederá a tutela específica faz menção à obrigação de fazer de natureza fungível, permitindo que mediante requerimento do exequente conceda o juiz, a terceiro a realização do ato em favor do credor.

E na segunda parte do citado dispositivo ao dizer que determinará as medidas que assegurem o resultado prático remete-nos aos parágrafos do artigo 461 que por sua vez só são aplicáveis ao se tratar de obrigações infungíveis, pois são medidas que visam intimidar o devedor para que pessoalmente cumpra a obrigação.

O artigo 461 após a reforma trazida pela lei 8.952/94 traz em seu rol a forma de criação de um título executivo judicial e, ao mesmo tempo cuida das medidas que visam assegurar a execução do mesmo título executivo. Cabe nesse sentido citar o ilustrado Cássio Scarpinella Bueno que de forma inteligente propõe que:

Cabe destacar, portanto, que o art. 461 descreve, a um só tempo, atividades jurisdicionais voltadas a constituição de um título executivo judicial, mas também atividades jurisdicionais voltadas à realização concreta do direito nele, título executivo, reconhecido suficientemente. (SCARPINELLA BUENO, 2008, p. 412).

Dessa forma entende-se que a lei reformadora citada trouxe ao sistema processual brasileiro medidas que visam estreitar a distância existente entre a constituição de um título executivo e sua respectiva realização.

Sendo pois, a execução fundada em título executivo judicial a execução será apenas uma continuidade do mesmo processo de conhecimento que deu ensejo à formação de um título executivo judicial, a essa possibilidade de existência de atos de conhecimento e de execução no mesmo processo a doutrina dá o nome de sincretismo processual. Alexandre de Freitas Câmara expõe isso ao explicar que:

Tratando-se de execução de obrigação de fazer fundada em sentença, aplica-se o disposto no art. 461 do CPC. Neste caso ter-se-á um processo misto, sincrético, composto por uma fase cognitiva e outra executiva. Encerra-se, pois, a fase cognitiva com a condenação do demandado a cumprir a obrigação de fazer no prazo assinado na sentença. (FREITAS CAMARA, 2007, p. 265)

A celeridade causada por esse sincretismo aumenta as expectativas do credor em ter o quanto antes seu direito cumprido pelo devedor. A Lei 8.952/94 sem dúvida contribuiu muito com a idéia de satisfação do credor, pois antes da mesma não restava escolha ao credor que não tinha seu direito adimplido voluntariamente pelo devedor, a simples conversão em perdas e danos era a única opção dada ao credor, senão as perdas e danos era nada, ou

seja, impossível seria forçar o devedor a cumprir a obrigação, simplesmente porque a lei não previa a possibilidade de se forçar, por outros meios, o devedor a realizar a obrigação. Considera-se a situação do devedor da obrigação de fazer antes da Lei 8.952 uma situação bastante cômoda e o credor era verdadeiramente apenado vendo-se insatisfeito em seu direito e desamparado pela lei.

Os parágrafos incluídos no artigo 461 são medidas que retratam a possibilidade de se fazer com que o devedor cumpra a obrigação para que não sofra penalidades maiores, são medidas tais como a do parágrafo 4º que prevê as *astreintes*, uma multa diária por tempo de atraso no descumprimento da obrigação.

O primeiro desses parágrafos inclusos é o que vincula as perdas e danos apenas a dois casos específicos, em caso de requerimento do exequente e quando a realização do fato se torne impossível. Contudo, apesar de tal artigo não expor de forma clara, só caberá perdas e danos em favor do credor caso a obrigação tenha se tornado impossível por culpa do devedor, cabe ressaltar que caso a obrigação tenha se tornado impossível de ser realizada sem culpa do devedor, considerar-se-á resolvida a obrigação.

No segundo parágrafo o legislador explicou que as perdas e danos não devem se confundir com a multa prevista, sendo que uma será aplicada sem prejuízo da outra, ou seja, a aplicação de uma não exclui a outra. Assim sendo vale dizer as perdas e danos são medidas de cunho reparador e as multas por ventura aplicadas são medidas de natureza intimidatória, que contem em si a capacidade de forçar o devedor a realização do ato.

O artigo 461 parágrafo 3º prevê a possibilidade de antecipar-se a tutela e dispõe também os requisitos para a concessão da liminar. Trata essa previsão de clara realização de tutela antecipada, distinguindo-se de medida cautelar no sentido de que nesse caso há, mesmo que provisoriamente, a concessão do bem da vida ao exequente. Porém, existem requisitos mínimos que devem ser observados para a concessão de tal tutela. Esses requisitos são: o receio de

que, devido a demora, não ser ao final da demanda possível a realização do fato e também a possibilidade de revogação do fato, ressalta-se a necessidade de justificação do pedido de liminar.

Nota-se que alguns dos requisitos para concessão da tutela antecipada não são relatados em tal artigo, como por exemplo, a vedação a concessão de tutela de efeitos irreversíveis e a prova inequívoca. Em contrapeso surge a necessidade de ter o pedido relevante fundamento de demanda e justificado receio de inoperância do provimento final.

Vale ressaltar que a aplicação do artigo 461 se dá principalmente ao tratarmos da execução de título executivo judicial assim, como já dito, há o sincretismo processual. Dessa forma se analisarmos sob esse prisma havemos de concluir que a concessão da tutela antecipada poderá ser bem mais facilmente concedida, pois o processo de conhecimento que deu razão a execução já demonstrou a existência de uma obrigatoriedade do executado para com o exequente. Assim sendo pode-se afirmar que, em se tratando de processo de conhecimento que culmine na condenação do sujeito passivo a realizar ato em favor do executado, será mais fácil se observar os requisitos para a concessão da tutela antecipada, nos moldes do parágrafo 3º do artigo 461.

O parágrafo 4º ao 6º é assunto a ser discutido no tópico relativo a execução das obrigações de fazer infungíveis que é onde sua aplicação tem maior ênfase, devida a impossibilidade de invasão na liberdade individual do devedor que como visto não é aceita pela lei nem tampouco pela doutrina.

Em relação à execução da obrigação de fazer fungível, a primeira espécie de execução específica a tratarmos, diz respeito a execução das obrigações de fazer fungíveis, que por sua natureza poderão ser adimplidas por terceiro, ou seja, nessa espécie de obrigação o que importa ao credor é o adimplemento da forma como convencionada ou determinada pelo juiz, quando a obrigação for fundada em uma sentença condenatória.

As obrigações de fazer fungíveis, justamente por não possuírem um caráter personalíssimo são, pelo menos conceitualmente, mais fácil de serem tuteladas. O caráter personalíssimo a que estão adstritas as obrigações infungíveis, dificultam muito a obtenção do resultado pretendido pelo exequente.

Quando da propositura da execução o credor, sujeito ativo da relação obrigacional requererá a aplicação da penalidade prevista no título executivo ou que o juiz ordene. As providencias previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil, são medidas de natureza coercitiva, ou seja, tem a finalidade precípua de forçar com que o devedor realize o fato material ao qual está obrigado. São, pois medidas desnecessárias a esse tipo de obrigação, destarte poder ser realizada por outro que não o próprio obrigado.

Como dito no inicio desse capitulo a Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994 modificou sensivelmente o artigo 461 do Código de Processo Civil, justamente este artigo prevê quais as medidas a serem tomadas pelo juiz a fim de possibilitar o resultado pretendido pelo credor de obrigação de fazer. Contudo as obrigações de fazer de natureza fungível ficaram indiferentes a citada lei, vez que, pelo fato de poderem ser adimplidas por terceiro dispensam medidas que visem forçar o devedor a adimplir a obrigação. Será ilógico propor execução que vise forçar alguém a fazer algo se terceiro puder realizar o ato da forma como pretendida, à custa do verdadeiro devedor.

Nem mesmo a dependência de processo futuro de execução por quantia certa dá ao credor, o direito de obrigar que o devedor realize tal obrigação se esta não possui caráter personalíssimo se o credor quer ter seu direito adimplido pode apenas lançar mão do requerimento para que terceiro cumpra a obrigação à custa do devedor, pois a aplicação de medidas coercitivas visa tutelar a realização por parte do devedor daquelas obrigações somente a ele pertinentes.

Dito isto, pode-se explicar acerca da possibilidade de terceiro adimplir a obrigação, realizando assim a execução da obrigação de forma específica, ou

seja, da maneira como teria ocorrido caso o devedor tivesse feito voluntariamente sem necessidade de provocação do judiciário, no entanto nesse caso será adimplida por terceiro, as expensas do devedor.

A maior relevância no que diz respeito a da execução específica da obrigação de fazer fungível é o fato de que não há necessidade da aplicação dos meios coercitivos previstos no rol do artigo 461. Essas providências são voltadas tão somente à execução de obrigações de fazer de natureza infungível, que devido a sua natureza personalíssima não podem ser adimplidas por terceiro. Nesse sentido com grande conhecimento Alexandre de Freitas Câmara diz que:

Na hipótese de ser a obrigação cujo cumprimento se pretende de natureza fungível, poderá o demandante optar entre a escolha de terceiro que cumpra a obrigação à custa do executado (e, ainda uma vez, alcançado o resultado prosseguirá o processo para a obtenção da quantidade de dinheiro necessária para custear o trabalho do terceiro, e demais despesas processuais, o que se fará através do emprego do procedimento de execução por quantia certa) ou pela conversão da obrigação em perdas e danos. (FREITAS CAMARA, 2007, P.268)

Observa-se que em se tratando de perdas e danos não há que se falar em medidas coercitivas, a simples conversão em pecúnia resolve o direito, passando a ser resolvida em processo incidente de liquidação. Observando sob o prisma de que as obrigações fungíveis podem ser adimplidas por terceiro, afirma-se a ideia de que é totalmente desnecessária a aplicação das medidas previstas a fim de coagir o devedor a realizar o fato.

Dessa forma o credor de obrigação de fazer fungível tem duas opções no ato da execução de seu direito. A primeira delas é a execução do ato por terceiro e a segunda será a conversão em perdas e danos. Nos dois casos dependerá a ação de juiz de um requerimento solicitando tal procedimento. De plano, nesses casos o juiz não pode agir, pois, num primeiro momento o artigo 461 diz que as perdas e danos só serão aplicadas em havendo requerimento do exequente e ao tratar da realização do fato por terceiro o artigo 633 vincula a

atividade do juiz também a um requerimento da parte ao preconizar que nos próprios autos do processo deverá requerer que seja realizado a custa do devedor.

As perdas e danos serão apuradas em processo de liquidação incidente no qual será apurado o quantum devido, analisando para tanto requisitos tais como, dano emergente e lucro cessante, ou seja, prejuízos e percas provocadas pelo inadimplemento da obrigação.

Os requisitos para a concessão da prestação de fato por terceiro já foram discutidos no presente trabalho, mais especificamente no capítulo II, onde foram expostas questões acerca da facilitação trazida pela Lei 11.382 de 2006 para a prestação de fato por terceiro.

À luz da nova lei, o credor, não estando obrigado a obedecer tantos requisitos para ter seu direito satisfeito por terceiro à custa do devedor, poderá lançar mão dessa providencia sempre que achar necessário, para tanto o juiz deverá permitir tal execução.

Adiante serão expostas questões pertinentes à tutela das obrigações de fazer infungíveis, que por sua natureza dependem de certa “colaboração” do devedor, pois de forma contraria não será possível a tutela especifica.

Em relação à execução especifica da obrigação de fazer infungível, a execução de obrigação de fazer infungível fundada em um titulo executivo será feita de acordo com os dispositivos do artigo 461 do Código de Processo Civil, que vale ressaltar é apenas exemplificativo, pois fica a cargo do juiz tomar providências necessárias, mesmo que não elencadas em tal artigo, para possibilitar a realização do fato. Cássio Scarpnella Bueno explica:

Quaisquer outras medidas que se tornem *necessárias, suficientes, adequadas e proporcionais* à obtenção dos resultados desejados pelo artigo podem também ser utilizadas pelo magistrado. (SCARPNELLA BUENO, 2008, p.414)

Cássio expõe claramente a ideia de que as providencias dispostas no artigo 461 são elencadas apenas em caráter exemplificativo, não devendo, o

juiz utilizar-se somente das previsões ali dispostas, mas também de outra que entender necessária e suficiente para o alcance da tutela específica. Ressaltando sempre que essas medidas não podem nunca invadir a liberdade individual do sujeito, tendo em vista a repulsa a medidas que prejudiquem por demais o devedor. Justamente pelo motivo de serem essas medidas exemplificativas e pelo fato de que essas podem ser aplicadas de ofício é que ainda neste capítulo serão expostas discussões acerca do poder conferido ao juiz pela lei, para a obtenção da tutela específica.

Antes de qualquer tipo de providência que vise a obtenção da tutela deve ser observado se há ainda a possibilidade real de se fazer existir o objeto da execução, ou seja, se o fato pretendido com a execução não se tornou impossível, pois se houver ocorrido isso, seria incoerente se falar em tutela específica, e nesse sentido Fredie Didier Junior, Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues são catedráticos ao defenderem a idéia de que:

Todavia, caso o cumprimento da obrigação se mostre impossível antes mesmo da ordem judicial, obviamente que o devedor não poderá ser apenado pela multa processual, que, a rigor, nem sequer poderia ser cominada, uma vez que a tutela específica já era impossível de ser cumprida. (DIDIER JUNIOR, CHEIM JORGE, ABELHA RODRIGUES, 2003. p. 207).

Presencia-se em tal citação a ideia da não aplicação da multa processual caso a obrigação já tenha se tornado impossível de ser realizada. Contudo, nosso entendimento é de que se deve estender essa ideia, de não aplicação de medidas coercitivas, a todas as outras possibilidades disponíveis ao juiz sempre que a obrigação tenha se tornado impossível, pois nota-se incoerência caso haja aplicação de alguma medida na busca pela realização de um fato que, por consequências diversas, tenha se tornado irrealizável.

A primeira dessas medidas está prevista no parágrafo 4º do artigo 461 e trata da possibilidade de o juiz valer-se uma multa diária a fim de compelir o obrigado a cumprir com a relação obrigacional, é o que a doutrina denomina de *astreintes*. É uma herança do direito francês que visa única e

exclusivamente a intimidação do devedor para que o mesmo, pessoalmente realize o fato. Por isso a possibilidade de ser utilizada apenas ao se tratar de obrigação infungível. A respeito da natureza dessa multa vale citar Cássio Scarpinella Bueno que deixa clara sua natureza intimidatória ao dizer que:

A multa não tem caráter compensatório e, indenizatório ou sancionatório. Muito diferentemente, sua natureza jurídica repousa no caráter intimidatório, para conseguir do próprio réu (executado), o específico comportamento (ou abstenção) pretendido pelo autor (exequente) e determinado pelo magistrado. (SCARPINELLA BUENO, 2008, P. 415).

Ainda nesse sentido Humberto Theodoro Júnior explicita a ideia de que:

Note-se, contudo que as multas, como meios coativos, não têm propriamente caráter executório e, porque visam conseguir o adimplemento da obrigação pela prestação do próprio executado, compelido a cumpri-la para evitar pesadas sanções que o ameaçam. (THEODORO JÚNIOR, 2007, P. 267).

Demonstradas as opiniões dos doutrinadores acerca da natureza intimidatória das *astreintes*, conclui-se que sua aplicação deve-se ao fato de que com esta se possibilite, através do amedrontamento do devedor, que o mesmo cumpra a obrigação por receio das possíveis perdas patrimoniais que serão sofridas em virtude do descumprimento da ordem judicial. Além de estar prevista no parágrafo 4º as *astreintes* foram repetidas no parágrafo 5º do artigo 461, isso se deu após a publicação da Lei 10.444/2002.

Importante se faz citar que o juiz não está vinculado a nenhuma espécie de requerimento do exequente para impor essa multa, porque a regra contida no § 4º diz que a imposição de multa independe de pedido do autor. A multa começará a ser aplicada ao se verificar que após o prazo assinado o réu não adimpliu a obrigação e cessará automaticamente ao ser cumprida a mesma.

Contudo, salienta-se que o cumprimento da obrigação não excluirá o quantum possibilitado a título de multa, assim sendo, se o devedor não cumpriu a obrigação no prazo ordenado pelo juiz, mas tão somente após a

decorrência de algum tempo o devedor resolve adimplir, será devida ainda a multa, justamente porque a finalidade da multa é pressionar o réu a realizar o fato. Tendo conseguido a realização, a mesma terá atingido sua finalidade e satisfeito o credor, e mesmo assim este fará jus ao recebimento do que se tornou devido a título de multa, por conta do atraso na execução do fato.

A multa como detentora de um caráter intimidatório deve possuir um valor considerável, caso contrário não estaria intimidando o devedor. Contudo esse valor considerável fica a cargo do juiz que deverá observar para sua aplicação a capacidade financeira das partes envolvidas.

O valor da multa determinada pelo juiz, pode ser alterada para mais ou para menos, caso o mesmo entenda que esta se tornou por demais excessiva ou até mesma irrisória e que por esse motivo não consegue compelir o devedor a cumprir a obrigação.

Interessante se faz destacar que a multa é revertida ao exequente e que por esse motivo o juiz deve sempre observar se a mesma não é onerosa demais ao executado, fazendo assim, com que ocorram situações em que o exequente prefira receber um valor muito alto a título de multa, provocando assim seu enriquecimento indevido, o que não é a finalidade da aplicação, que como explicado anteriormente só tem como finalidade a intimidação do executado.

Certo se faz observar que, mesmo tendo o presente trabalho a finalidade de expor quais as medidas a serem tomadas a fim de possibilitar a execução a favor do credor, também é dever demonstrar que mesmo o detentor de um direito não pode se fazer valer deste para poder se engrandecer patrimonialmente, exatamente por isso a razoabilidade e a capacidade econômica tanto do exequente quanto do executado devem ser observadas pelo juiz, para que não provoque um desequilíbrio na tutela.

As outras providências a serem tomadas pelo juiz previstas no artigo 461 dizem respeito a casos em que há desrespeito a uma ordem judicial, estas estão previstas no parágrafo 5º do citado artigo, com exceção ao que diz

respeito à imposição de multa por tempo de atraso todas as demais são mais aplicadas a casos em que são impostas em juízo obrigações de não fazer.

Busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento a atividades nocivas são referentes a atos que não deveriam ser praticados pelo sujeito passivo e que já o foram ou estão sendo realizados, não observando assim a ordem judicial proferida em juízo que determina a obrigação negativa, ou seja, há abstenção de fazer algo que o faria, não fosse pela ordem estatal que o nega tal prerrogativa.

Relatadas as prerrogativas das quais pode se valer o juiz com o intuito de obter a tutela específica e sustentada a idéia de que as providencias descritas no artigo 461 são apenas exemplificativas pode-se sem sombra de duvida concluir que, o método mais palpável e que certamente conseguirá lograr maior êxito na busca pela realização do ato pelo devedor, é a aplicação das *astreintes*. Pois delas pode-se gerar um prejuízo maior a ser suportado pelo devedor do que o seria com a devida realização do ato ao qual está obrigado.

Não fosse a relativização em 1994 da aplicação das perdas e danos, ainda hoje seria aplicada essa espécie de execução sempre que ocorresse a inadimplência e que o credor procurasse o judiciário para reparação ou satisfação do seu direito. Felizmente o legislador notou a necessidade de evoluções na lei processual e a alterou, trazendo com isso um mecanismo de grande utilidade ao processo civil brasileiro que é a execução específica, que mesmo antes das alterações legislativas já eram citadas, mas de forma que sua aplicação era muito difícil de ser conquistada no plano material.

Em relação ao Poder do Juiz para a obtenção da tutela específica, a confiança das pessoas em um juiz baseia-se na ideia suprema de que aquele cidadão é homem dotado de grande saber e de conduta irrepreensível, talvez por esse fato é que a pessoa do juiz representando a justiça em si tenha tanto poder para decisão no que tange a execução das obrigações de fazer.

Essa liberdade dada ao juiz pode ser comprovada ao citar como já dito que o juiz não está restrito tão somente as medidas dispostas no artigo 461,

pois do próprio artigo pode-se extrair seu contendo apenas exemplificativo e não taxativo.

O que se nota da leitura no Código de Processo dos artigos que tratam da execução das obrigações de fazer é que ao juiz foi conferida grande liberdade para se fazer realizar a execução da forma como pretendida pelo exequente.

Comprova-se isso, por exemplo, ao se ler o artigo 461 parágrafo 4º:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Ao se ler no parágrafo 4º, independentemente de pedido do autor, ou seja, de ofício, conclui-se que o juiz tem poder de decisão, caso ache coerente, para aplicação de multa com a finalidade de obter a tutela específica. Assim o juiz tendo conhecimento do fato e das pessoas que compõem a lide podem sem problema algum tornar a execução real, quando por iniciativa própria estabelecer uma multa de caráter intimidatório.

Em outros artigos também se observa tal poder, que contribui com a celeridade processual, pois a dependência de pedidos para efetivação da tutela, pode em muito retardar a obtenção do resultado prático da tutela.

Segue-se a idéia de atos de ofício também nos §§ 5º e 6º do 461, o que retrata a idéia de que foi conferido ao juiz um grande poder para a execução dessas obrigações, tendo consciência de seu poder e fazendo valer os dispositivos legais de forma coerente e sensata o juiz pode, sem a menor dúvida, contribuir bastante para o prosseguimento dessas espécies de processos.

Já foi no presente trabalho feita alusão as *astreintes*, no presente tópico serão expostas idéias acerca da sua origem aplicação a outros tipos de execução e seu poder para a obtenção da tutela específica.

As *astreintes* surgidas no direito francês e que no direito brasileiro teve suas primeiras positivações com o Código Civil de 1916. Em regra originam-se, ou pelo menos deveriam, de uma prévia relação jurídica existente, que dá ao credor o direito de exigir a realização do seu direito. A relação jurídica que possibilita a aplicação dessa multa normalmente é uma relação de obrigação de fazer de não fazer ou de dar.

Assim, a aplicação dessa multa advirá do descumprimento de um direito pessoal, no qual estão vinculados credor e devedor sua aplicação só será possível em se verificando o inadimplemento por parte do pólo obrigado da relação obrigacional. Etimologicamente o termo multa vem do latim “*mulcta*” que significa multiplicação, aumento a ser pago em resposta ao não cumprimento de algo.

Meio de execução indireto apto a obtenção do resultado prático pretendido as *astreintes* já estavam previstas no ordenamento processual civil de 1939 no que tratava das ações de nunciação de obra nova e nas ações cominatórias. Diz-se apta a produção de efeitos práticos tendo em vista a observação continua dos princípios da liberdade individual e sabendo que a mesma não poderá por nada ser repreendida, por esse motivo é que a busca de uma repressão patrimonial certamente possibilitará em caso de execução um maior êxito.

Em relação à execução da obrigação de fazer fundada em título executivo extrajudicial, ao tratarmos de a execução fundada em título executivo extrajudicial não há que se falar em sincretismo processual, e sim em processo de execução propriamente dito, com suas regras previstas nos artigos 632 e seguintes do CPC. Trata-se de um processo igual aos demais processos de execução devendo ser proposto com respeito às normas previstas

no artigo 282 do Código de Processo Civil, no que tange a aplicação das execuções.

O artigo 644 após a alteração trazida pela lei 10.444 de 2002 tem a seguinte redação:

Art. 644. A sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo.

O artigo 644 faz alusão ao capítulo III do Título II do qual é pertencente. Esse capítulo trata da execução das obrigações de fazer, assim por lógico se poderia dizer que todas as execuções das obrigações de fazer, poderiam ser resolvidas conforme regras desse Capítulo. Contudo o artigo 461 após reformas passou a ser o artigo aplicável, pelo simples fato de ter em seu rol as medidas a serem tomadas a fim de se possibilitar a tutela específica.

Nesse sentido devemos nos atinar para o que o professor Humberto Theodoro Júnior chama de A Sistemática Preconizada Pela Lei 10.444 alegando que:

O art. 644, com a redação que lhe deu a Lei 10.444/2002, separou os procedimentos a que se devem submeter os títulos judiciais e os extrajudiciais, em tema de obrigações de fazer e de não fazer, de forma que:

- a) as sentenças judiciais serão cumpridas, em princípio de acordo com o art. 461, observando-se apenas subsidiariamente o disposto nos arts 632 e segs;
- b) os títulos extrajudiciais é que se sujeitarão basicamente a ação executiva disciplinada pelos artigos 632 a 645. (THEODORO JÚNIOR, 2007, P. 567)

Porém na mesma obra Theodoro Junior lembra que o magistrado não deve ficar preso ao esquema complexo e pouco flexível do art. 632 e seg, podendo definir mecanismos muito mais práticos e para dar a melhor e mais justa solução ao litígio.

Assim pode-se concluir que as regras dos artigos 632 e seguintes serão utilizadas pelo juiz em menor escala, devido ao fato de que essas são muito mais complexas e delongam por demais as lides.

A verdade é que o direito somente alcança seu fim se dá ao detentor da razão a resposta que ele pleiteia da maneira justa e correta. Assim a aplicação das regras do Capítulo III, Título II do CPC, como o próprio artigo 644 diz serão apenas utilizadas de forma subsidiária.

As regras executórias contidas no artigo 461 e seus incisos são aplicadas principalmente ao chamado processo sincrético, onde existem atos de cognição e de execução em um só processo. Dizem, pois, respeito à sentença proferida de maneira a terem passado por toda uma análise e que vinculam o réu a uma obrigação de fazer.

Dessa forma chegamos ao entendimento de que a execução de títulos executivos extrajudiciais que obrigam uma prestação positiva pode também ser feita nos moldes do artigo 461. Contudo, há a observação dos artigos 632 e seguintes de forma subsidiária, quando, por exemplo, o credor solicite a realização do fato por terceiro. As regras dessa realização estão previstas no Capítulo III do Título II e não no Capítulo VIII do Título I no qual está inserido o artigo 461.

Pode-se afirmar que as providências do artigo 461 serão utilizadas a o se tratar de obrigações de fazer de natureza infungível, pois tendem a compelir o obrigado a realizar o fato e que por serem infungíveis não podem ser prestadas por terceiro. Já as medidas expostas no artigo 632 e seguintes aplicam-se as obrigações de natureza fungível, vez que preveem somente a possibilidade de duas formas de solucionar a demanda, quais sejam as perdas e danos e a realização do fato por terceiro.

Vale lembrar que a utilização apenas dos artigos 632 e seguintes para a execução de uma obrigação de fazer, enseja ao credor uma maior espera, da que a execução conforme as regras do 461 e parágrafos.

Contudo, aquele que requer a execução conforme o artigo 461 certamente já teve que enfrentar o crivo de um longo processo de conhecimento. Assim sendo não se pode dizer que há benefício pra esse ou aquele exequente, conforme o dispositivo utilizado para a execução.

A lei processual deve ainda passar por algumas reformas principalmente no que diz respeito às execuções, não só da execução das obrigações de fazer, mas de outros direito. Felizmente as mudanças estão ocorrendo e a visão dos legisladores tem sido modificada em relação a isso, porém essas mudanças não ocorrem e nem poderiam ocorrer de maneira muito rápida, pelo fato de poderem causar uma enorme insegurança jurídica aos cidadãos.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, 1973.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: tutela Jurisdicional executiva**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FORNACIARI JUNIOR, Clito. **A Reforma Processual Civil Artigo por Artigo**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. v. 2

GALIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: obrigações**8. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. . v. 2.

GRECO FILHO, Vicente, **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1999.

JORGE, Flavio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUS NAVIGANDI. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2008

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Processo de Execução**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2