

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A EXECUÇÃO DE TUTELAS ESPECÍFICAS EM FACE DO ESTADO:
PANORAMA BRASILEIRO E ESPANHOL

JULIANA BATALHA KNACKFUSS

RIO DE JANEIRO

2008

JULIANA BATALHA KNACKFUSS

A EXECUÇÃO DE TUTELAS ESPECÍFICAS EM FACE DO ESTADO:
PANORAMA BRASILEIRO E ESPANHOL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

RIO DE JANEIRO

2008

JULIANA BATALHA KNACKFUSS

A EXECUÇÃO DE TUTELAS ESPECÍFICAS EM FACE DO ESTADO:

PANORAMA BRASILEIRO E ESPANHOL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Leonardo Greco – Orientador

KNACKFUSS, Juliana Batalha.

A execução de tutelas específicas em face do Estado: panorama brasileiro e espanhol / Juliana Batalha Knackfuss. – 2008.

98 f.

Orientador: Leonardo Greco.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 94-97.

1. Execução - Monografias. 2. Tutela específica. I. Greco, Leonardo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Execução de tutela específica em face do Estado: panorama brasileiro e espanhol.

CDD

341.465

DEDICATÓRIA

À memória de Irocy, por me ensinar que o grande tesouro que um pai deixa aos filhos é constituído de muito amor, grandes valores e educação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço para começo a Deus, por sempre iluminar meu caminho.

Agradeço ao orientador deste trabalho, não só pelo empenho, carinho e paciência dedicados à confecção deste projeto, mas também por me presentear com seu exemplo de dedicação, luta, conhecimento e sua incessante defesa do ser humano.

Agradeço também à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ, por me oferecer a oportunidade de ser bolsista da instituição para o desenvolvimento de um projeto de iniciação científica que também teve como resultado este trabalho, acreditando nos estudantes e futuros pesquisadores do país.

Agradeço ainda à minha família e principalmente aos meus pais, Irocy e Celina, e minhas irmãs, Adriana e Fabiana, pelo apoio e amor incondicional, em todos os dias de minha vida.

Agradeço também a Felipe, Carolina, Daniela, Larissa, Lívia, Luciana e Diego. Sem vocês, seria difícil alcançar meus objetivos.

Agradeço ainda às professoras Milagros Gil e Leticia Fontestad, professoras da Universidade de Málaga, pela informações e esclarecimentos que nos foi conferido ao longo do trabalho.

Por último, mas nem por isso menos importante, agradeço à minha grande incentivadora, Dra. Gabriela, que sempre se dispôs a me ajudar nos estudos e estágios.

RESUMO

Knackfuss, Juliana Batalha. A execução de tutelas específicas em face do Estado: panorama brasileiro e espanhol. 2008. Pesquisa (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2008.

Analisa-se a execução de tutelas específicas contra os entes estatais, enfatizando as obrigações de fazer e não fazer evidenciando as peculiaridades existentes nos sistemas brasileiro e espanhol. Para início, foram trazidas noções conceituais sobre os temas jurisdição e execução, abordando a efetividade do processo, bem como a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva. Em seguida, partiu-se para a conceituação de tutelas específicas e seu inter-relacionamento com a eficácia concreta dos direitos apresentando, também, suas implicações nos meios executórios. Posteriormente, foram abordados os institutos das execuções contra particulares nos sistemas em comento, estabelecendo uma comparação entre os ordenamentos processuais civis dos países. Passou-se a análise destas execuções, enfatizando as obrigações de fazer e não fazer, quando o Estado ou um de seus entes é o executado, trazendo uma breve explanação do sistema contencioso-administrativo da Espanha e demonstrando a problemática referente às escolhas de meios sub-rogatórios pelo magistrado. Também foi alvo de análise o não cumprimento das obrigações pelos agentes estatais, apontando as diferenças entre medidas coercitivas e coativas existentes nos países para a efetivação do direito, culminando com breve demonstração jurisprudencial. Por fim, examinamos a questão envolvendo o cumprimento de obrigações de cunho prestacional e a possível atuação do Poder Judiciário quando da efetivação dos direitos fundamentais sociais, apresentando os argumentos comumente indicados como óbice a esta atuação de controle.

Palavras-chave: execução; tutela específica; Estado; Brasil; Espanha.

ABSTRACT

Knackfuss, Juliana Batalha. A execução de tutelas específicas em face do Estado: panorama brasileiro e espanhol. 2008. Pesquisa (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2008.

Analyzes up the judgment execution against state entities, emphasizing the obligations to do and negative pledges and highlighting the peculiarities of the Brazilian and Spanish systems. To start were brought conceptual notions of the topics jurisdiction and execution, approaching the effectiveness of the judicial proceeding, as well as the guaranty of an effective court guardianship. Then, it moved up to reveal the concept of the Brazilian legal institute of specific court guardianship and their inter-relationship with the factual validity of rights, presenting also their implications in the means of execution. Subsequently, were analyzed the institutes of judgment execution against individuals in the mentioned systems, establishing a comparison between the civil procedural law of those countries. Afterwards, were made the analysis of these means of execution, focusing on the obligations to do and negative pledges when the State or one of its entities occupies the position of judgment debtor, bringing a brief explanation about the Spanish litigation against the Government system and demonstrating the problems related to the elections of the judicial means by the judge. The default of the obligations to do and negative pledges by state agents were also examined, and the differences between the means of coercion to make law effectiveness in those countries revealed, what culminated with a brief demonstration of the jurisprudence. Finally, were examined the controversy involving the fulfillment of obligations and the possible judiciary power role in the effectiveness of fundamental rights, presenting the arguments commonly listed as obstacle to the control imposed by judicial action.

Key words: execution, specific court guardianship, State, Brazil, Spain.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1- JURISDIÇÃO, EXECUÇÃO E EFETIVIDADE.....	13
1.1 – Jurisdição.....	13
1.2 – Breves notas sobre a execução.....	15
1.3 – A efetividade como meta da execução.....	17
1.4 - A execução como parte integrante da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva.....	20
CAPÍTULO 2 – A TUTELA ESPECÍFICA.....	24
2. 1 – A tutela específica: seu conceito. Tutela específica como predisposição de meios ao juiz.....	24
2.2 – A relação entre o advento da tutela específica e a eficácia concreta de direitos.....	27
2.3 – Limites à execução por meio da tutela específica: limites naturais e políticos.....	29
2.4 – A fungibilidade dos meios executórios, legalidade e princípio da adstrição.....	33
CAPÍTULO 3 – A EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER EM FACE DO PARTICULAR: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA E ESPAÑHOLA.....	36
3.1 – A tutela das obrigações de fazer e não fazer.....	36
3.2 – A execução das obrigações de fazer.....	36
3.3 – A execução das obrigações de não fazer e a tutela inibitória.....	46
3.4 – A execução de obrigação de prestar declaração de vontade.....	49
CAPÍTULO 4 – A EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER EM FACE DO ESTADO: DINÂMICA BRASILEIRA E ESPAÑHOLA.....	51

4.1 – Breve nota sobre a jurisdição contenciosa administrativa na Espanha e a execução em face do Estado das obrigações de fazer e não fazer.....	51
4.2 – A escolha dos meios sub-rogatórios nas obrigações de fazer e não fazer contra o Estado e a participação de particulares.....	58
4.3 – a escolha dos meios sub-rogatórios quando o cumprimento da obrigação depender de conhecimentos técnicos especializados.....	62
4.4 – As obrigações de fazer e não fazer e o ordenamento jurídico processual de cada país (CPC x LJCA).....	64
CAPÍTULO 5 – O NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PELOS AGENTES ESTATAIS.....	67
5.1 – As multas pecuniárias no sistema brasileiro e a multa do artigo 112, “a” do sistema espanhol.....	67
5.2 – A conversão em perdas e danos do sistema pátrio e a expropriação de direitos na nova ordem do contencioso-administrativo espanhol.....	70
5.3- A ameaça de processo criminal: a experiência do Brasil e Espanha.....	74
5.4 – Breve apreciação jurisprudencial do tema.....	75
CAPÍTULO 6 – O PROBLEMA DA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER EM FACE DO ESTADO E AS MEDIDAS JUDICIAIS INTERVENTIVAS SUB-ROGATÓRIAS EM ÓRGÃOS E FUNÇÕES PÚBLICAS.....	80
6.1 – A questão da discricionariedade dos atos administrativos e o cumprimento das obrigações desta natureza.....	80
6.2 – O princípio da separação de poderes como óbice à execução das tutelas específicas contra o Estado.....	83
6.3 – Critérios de atuação do juiz no cumprimento das obrigações que importem em alocação de recursos em um quadro fático de escassez: legitimidade, capacidade técnica do Poder Judiciário e o contraponto da Teoria da Reserva do Possível como freio à execução de obrigações decorrentes de direitos sociais de cunho prestacional.....	86
CAPÍTULO 7 – CONCLUSÃO.....	92

REFERÊNCIAS.....94

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a execução das chamadas tutelas específicas, principalmente aquelas referentes às obrigações de fazer e não fazer contra o Estado, apresentando um panorama do direito pátrio e espanhol. Para que possamos adentrar e entender o tema proposto, faz-se necessária a análise dos conceitos envolvidos e do funcionamento destas execuções. Tentaremos explicar os conceitos que envolvem a questão, como jurisdição, execução e efetividade, bem como seus inter-relacionamentos, concentrando seu estudo em uma breve exposição para que possamos nos familiarizar com a problemática proposta. Dentro deste contexto, falaremos sobre a relação observada entre o advento das tutelas específicas e a eficácia concreta dos direitos, bem como os limites observados quando da execução destas prestações e suas implicações quanto à fungibilidade dos meios executórios, legalidade e o princípio da adstrição.

Iremos desenvolver o tema, a partir do estudo destas obrigações quando propostas em face do particular, traçando um paralelo entre o ordenamento do Brasil e Espanha, expondo suas peculiaridades no tratamento da questão. Neste ponto, apresentamos as inovações surgidas em ambos os sistemas jurídicos através de uma análise à legislação processual civil de cada país, cunhando as diferenças e possíveis semelhanças dos ordenamentos em comento.

Quanto ao estudo da execução destas obrigações diretamente em face do Estado, falaremos sobre a evolução histórica da jurisdição-administrativa espanhola, culminando com sua judicialização completa e a grande inovação em sua *Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, reguladora de todas as demandas propostas contra entes estatais, demonstrando um maior respeito aos direitos fundamentais ao observar a necessidade social e jurídica de uma tutela jurisdicional efetiva. Dentro desta perspectiva, falaremos sobre critérios de escolha de meios coativos contra o Estado para a conquista da efetivação da execução e sua implicação quando houver a necessidade de atuação de particulares ou de conhecimentos técnicos especializados.

Atentaremos a seguir, para a hipótese de descumprimento de decisões judiciais pelos agentes públicos brasileiros e espanhóis e os meios encontrados pelos países a fim de evitarem e sancionarem estas condutas. Neste ponto, faz-se necessário o exame das

medidas coativas e coercitivas dos ordenamentos, trazendo à baila institutos diferentes, com objetivos comuns, mas que nem sempre alcançam seus objetivos. A exposição realizada neste momento assume papel importante evidenciando o instituto da “expropriação de direitos” da Espanha, onde a execução contra a Fazenda Pública é a regra, comportando poucas exceções e, ainda assim, duramente criticadas. Em ponto oposto, observamos a idêntica situação brasileira, onde autores defendem a impossibilidade de execução forçada contra o Estado.

Ainda abordando o tema, realizamos uma brevíssima análise jurisprudencial tendo como base julgados do Superior Tribunal de Justiça ao decidir questões referentes à tipificação do crime de prevaricação ou de desobediência, explicitando a discussão extensa sobre a diferenciação entre ambos e demonstrando uma tendência no sentido de não se punir efetivamente tal conduta delituosa no Brasil. Em contraponto, apresentamos julgados do Tribunal Supremo Espanhol, que decide em última instância todos os julgados da Espanha, que julga e aplica a lei ao servidor, impondo suspensão do cargo e pagamento de multas, possuindo tipificação específica em seu Código Penal.

Passaremos ao estudo das execuções de obrigações de fazer e não fazer contra a Fazenda Pública e a possível incidência de medidas interventivas sub-rogatórias em órgãos e funções públicas. Defrontar-nos-emos com a questão que envolve a discricionariedade dos atos administrativos e sua utilização como subterfúgio para o inadimplemento das tutelas específicas destas prestações. Neste momento, também discutiremos a invocação do princípio da separação de poderes como meio de obstacularizá-las, demonstrando a inadequação deste argumento há muito utilizado, para o não cumprimento de decisões judiciais, acarretando em violação a direitos fundamentais. Por fim, apresentamos critérios possíveis de atuação do Poder Judiciário para a realização de direitos sociais detentores de um viés econômico, em meio à situação apresentada pelos administradores de escassez de recursos. Realizamos uma apresentação dos mesmos, analisando os argumentos contrários à judicialização das políticas públicas.

A questão que se procura enfrentar no trabalho reside no fato do contínuo desrespeito aos cidadãos pelo Estado quando este é o devedor, seja de obrigações de pagar quantia, como observamos no regime ultrapassado e pouco eficiente dos precatórios, seja na execução das tutelas específicas, invocando-se, cada vez mais, novos contrapontos contrários à efetivação de direitos ou transformando teorias

baseadas em juízos de razoabilidade e ponderação, em concepções absolutas como escudo ao não cumprimento de obrigações.

Ressalte-se aqui que a elaboração do presente trabalho tem como base o estudo da legislação pertinente ao processo civil brasileiro e espanhol, onde ambos os países disciplinam tais matérias, assegurando o direito à tutela jurisdicional efetiva em suas respectivas Constituições. Inicialmente, foi estabelecida uma comparação entre os sistemas através da análise de alguns institutos, tendo sido encontrado como diferenças a presença de uma maior proteção ao cidadão espanhol quando este é o credor do Estado, instituindo não só a proteção aos direitos deste, como explicitamente reconhecendo na Constituição Espanhola que o Poder Judiciário não apenas deve julgar as lides, sendo ele também o responsável pela execução de suas sentenças.

Deve-se aqui considerar que não há pretensão de que o trabalho esgote todo o conteúdo possível sobre o tema, visto que se demanda um aprofundamento maior do que se pretende demonstrar na realização desta monografia, visto que isto se perfaz em sede adequada de mestrado e doutorado.

CAPÍTULO 1- JURISDIÇÃO, EXECUÇÃO E EFETIVIDADE

1.1 – Jurisdição

O Estado Democrático de Direito desenvolve as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional, estando estas positivadas no texto constitucional e trazendo a idéia da chamada separação de poderes.

A jurisdição é poder de monopólio do Estado e deve ser exercida sempre após a provocação de um interessado, a fim de se obter o direito pleiteado, devendo o Estado conferir uma resposta adequada, seja dizendo o direito, seja realizando atividades para a concretização deste.

Para Ada Pellegrini, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Dinamarco, a jurisdição pode ser definida como uma função onde o Estado se substitui àqueles titulares detentores do interesse em conflito para buscar uma pacificação deste, de forma imparcial.¹

Leonardo Greco a define como

Função exercida em nome do povo soberano, por juízes subordinados exclusivamente aos princípios e valores do Estado Democrático de Direito e à lei, para a tutela de todas as posições subjetivas substanciais dos particulares por eles agasalhados.²

Moacyr Amaral do Santos a coloca como atividade exclusiva do Poder Judiciário que aplica o direito objetivo para atingir a composição dos conflitos de interesse apresentados.³

Galeno Lacerda acentua-a “como atividade específica do Poder Judiciário, (que) existe por causa do conflito e para solucioná-lo”.⁴

¹Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

² Greco, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Jurispoiesis, Rio de Janeiro, v. 6, p. 3-50, 2004.

³ Santos, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**: volume 1.23 ed. São Paulo: Saraiva: 2004.

⁴ Lacerda, Galeno. *apud*, Assis, Araken. **Manual de Execução**. 11.ed. ver., atual. e ampl.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

A palavra “jurisdição” é proveniente de “jursidictio” que é a junção dos termos “juri” (direito) e “dictionis” (ação de dizer), invocando assim, a idéia de ser a ação de dizer o direito.⁵

Uma de suas principais características é o fato de ela ser de monopólio do Estado, onde este se substitui à atividade privada das partes para uma melhor e mais adequada solução do conflito. Dinamarco, Pellegrini e Cintra entendem ser ela além de uma atividade, uma função e um poder. Como poder, seria ela a capacidade do Estado decidir as questões suscitadas de forma imperativa. Como função, ela deve promover a pacificação dos conflitos através do processo e, como atividade, a jurisdição é um conjunto de atos que devem ser realizados pelo magistrado exercendo a atividade que a lei o subordina.⁶

Porém, atividade jurisdicional não está cerceada à mera declaração do direito através de uma sentença, mas ela também está presente quando se observa uma modificação no mundo exterior adequando-se a regra dita na sentença à realidade. Não basta uma declaração de certeza do direito material exposto na demanda, mas também se mostra necessário a efetivação do comando estabelecido na decisão para finalmente se extinguir o conflito.

Para que tal modificação ocorra, é necessária a prática de atos que garantam ao detentor do direito a sua plena realização. Para isto, temos nos sistemas jurídicos um processo executório que proporciona esta alteração no mundo físico exterior acarretando a obtenção da tutela anteriormente declarada em um provimento jurisdicional. Desta forma, paralelo a um processo de conhecimento, temos outra forma de tutela jurisdicional que se configura através do processo de execução.⁷

Ao desempenhar esta atividade executiva de transformações do mundo físico, o magistrado realiza atos de natureza distinta daqueles observados no âmbito da função cognitiva. Enquanto nesta atividade transformam-se “fatos em direito”, na função executória o direito deverá ser traduzido em fatos para que alcance o objetivo almejado.⁸

Embora não haja um julgamento de mérito como ocorre no processo de conhecimento, na execução observa-se uma pluralidade de incidentes que surgem nesta etapa processual, sendo necessária a aplicação do poder decisório do magistrado que estará preparando a execução para o ato final que buscará a satisfação do credor. Esta

⁵ Tourinho Filho, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**. 8.ed. ver.e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶ Op. Cit., p. 131.

⁷ Assis, Araken. **Manual da Execução**. 11.ed.rev., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁸ Ibid. p. 87.

atividade de “direcionamento” realizada pelo juiz será dotada de uma cognição parcial, não se limitando apenas a uma emissão de ordem.⁹

Conforme elucidada Salles:

Observa-se, pois, a realização de verdadeira instrução no procedimento executivo, na qual o juízo não mais conhecerá das circunstâncias fáticas relacionadas ao mérito da causa, mas conhecerá daquelas situações relacionadas às providências adotadas na realização da vontade concreta manifestada no provimento jurisdicional.¹⁰

1.2 – Breves notas sobre a execução

Os titulares do interesse em conflito buscam a resolução da questão através de uma declaração estatal revestida de poderes. Após esta declaração, o litigante vencedor, ou aquele portador de um título idôneo e adequado, precisa obter o bem da vida por ele pleiteado, adequando a declaração constante na sentença ou título à situação existente no mundo exterior.

Quando o comando emergente não é satisfeito espontaneamente pelo devedor, surge a necessidade de se buscar meios eficazes para o seu cumprimento. Assim, diante deste inadimplemento, inicia-se o processo de execução.

O processo de execução explodiu na metade do século XX como uma atividade muito intensa e dificultada. Além do número elevado de processos, evidenciou-se um embaraço ao se aplicar à execução a teoria geral do processo. Somado a isto, a localização de bens do devedor era um verdadeiro obstáculo.¹¹

O Código de Processo Civil (CPC) de 1973 conduziu, como inovação ao sistema luso-brasileiro de 1939 que conheceu dois meios de realização da atividade executória: a *parata executiva*, fundada em título extrajudicial, e a ação executiva, fundada em sentença condenatória,¹² a unificação das ações executivas, trazendo como orientação observações de Liebman sobre a evolução do direito na Europa e a afirmação de

⁹ Salles, Carlos Alberto de. **Execução Judicial em Matéria Ambiental** – São Paulo: Editora dos Tribunais, 1998.

¹⁰ *Ibid.*, p.233.

¹¹ Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 24 de julho de 2006.

¹² BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973-Exposição de Motivos do Código de Processo Civil.

diversas nações no sentido de “equivalência das sentenças e instrumentos públicos”, excluindo a ação executiva como ação autônoma.¹³

O novo Código de Processo de 1973 conferiu nova roupagem ao processo de execução eliminando privilégios da Fazenda Pública, instituindo os atos atentatórios à dignidade da justiça - numa tentativa de coibir atos fraudulentos do devedor - retirou do processo de execução seu caráter cognitivo, entre outras inovações. Ao longo de sua vigência, algumas delas foram modificadas e até suprimidas com a edição de novas leis.¹⁴

Atualmente, a execução é um dos institutos mais modificados e criticados por sua ineficiência no processo civil.¹⁵ Busca-se, cada vez mais, a efetividade real deste processo, tendo em vista uma grande necessidade social e jurídica de se realizar materialmente o direito expresso na sentença.

Muitas foram as reformas que se realizaram no intuito de se pacificar a crise que o processo de execução atravessa, como se atenta com a edição das leis 8.952/94, que deu nova redação ao artigo 461, lei 10.444/02, que acrescentou o artigo 461-A, lei 11.232/05 que modificou o processo de execução de títulos judiciais e a lei 11.382/06 que modificou o artigo 585 do CPC.

Além disso, instituiu-se a chamada “execução sincrética”, uma exceção ao princípio da autonomia da função executiva. Com ela, buscou-se confinar a atividade prática executiva de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, ao mesmo processo que originou o provimento jurisdicional, sem a necessidade de se instaurar um processo executivo autônomo e prevendo a execução destas obrigações *ex – officio*.¹⁶

As mudanças sofridas alteraram todo um panorama executivo, porém nem sempre alcançando os objetivos que a lei se propunha. Na verdade, devemos observar as grandes modificações sociais e econômicas quando se passou a investir em bens abstratos e não mais realistas e o fato de alguém ser devedor, atualmente, tornou-se aceitável e observado com bastante frequência.¹⁷

¹³ Ibid., pág. 547.

¹⁴ Greco, Leonardo. **A execução e a efetividade do processo**, In Revista de Processo, ano 24, nº 94, abril-junho de 1999, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, págs. 34/66.

¹⁵ Leonardo Greco (**O processo de execução** – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, vol. 1, p. 04) aponta seis fatores que considera causadores desta situação: o excesso de processos, custo e morosidade da justiça, ineficácia das coações processuais, inadequação dos procedimentos executórios, a ocorrência de um novo ambiente econômico e sociológico e a volatilização dos bens.

¹⁶ Assis, Araken. Ob. Cit. p. 113.

¹⁷ Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 24 de julho de 2006.

Marcelo Lima Guerra aponta também que nos dias atuais, multiplicaram-se as prestações de serviços devido a um avanço tecnológico e social, trazendo mudanças ao sistema executivo que antes era voltado para as obrigações de prestação de coisa e hoje tutelando, em sua maioria, as obrigações de fato. Salienta ainda o fato da crescente proteção aos chamados “novos direitos” que o autor define como “situações não enquadráveis no clássico catálogo de direitos subjetivos”.¹⁸

Observamos que tais inovações não referem-se somente ao direito brasileiro, mas também a diversos países que procuram adaptar seus sistemas processuais às novas relações e fenômenos sociais que se desdobram. Um dos exemplos é o direito espanhol, que após grande alteração constitucional, debates e posições jurisprudenciais do Tribunal Constitucional, capitaneou grande reforma de sua *Ley de Enjuiciamiento Civil* em 2000 e da *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española* em 1998, assimilando grandes inovações ao seu processo de execução, principalmente em face da Fazenda Pública¹⁹. Outro exemplo é do direito norte-americano que instituiu o *Contemp of court* para preservar o processo decisório e o processo de execução das decisões judiciais²⁰.

1.3 – A efetividade como meta da execução

Conforme o postulado de Giuseppe Chiovenda, a efetividade pode ser definida a partir da afirmação que, “na medida do praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter.”²¹

A Constituição de 1988 trouxe novos paradigmas sociais e instituiu um Estado Democrático com a inter-relação de interesses públicos e liberdades individuais, sempre observando as garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas.²²

¹⁸ Guerra, Marcelo Lima. **Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer**. In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *Processo de Execução e Assuntos Afins*. 1 ed. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 296-321.)

¹⁹ López, Milagros Gil. **La defensa de los intereses públicos como limite a la ejecución de sentencias contra la Administración**. Revista CEJ, Brasília, n.36, p.72-82, jan./mar.2007.

²⁰ Salles, Carlos Alberto. **Execução judicial em matéria ambiental**- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

²¹ Chiovenda, G. *apud* Salles, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

²² Greco, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. Revista CEJ, Brasília, n.23, p.197-230, 2003.

Atualmente, a idéia e o conceito de efetividade difundiram-se, sendo ela utilizada do ponto de vista de quem a utiliza para qualquer perspectiva, para os fins mais variados possíveis. Flávio Luiz Yarshell realiza uma comparação inusitada da efetividade, entendendo que ela que poderá ser como “uma faca, que pode salvar uma vida, mas pode tirar a vida de alguém.”²³

Para este mesmo autor, a efetividade do processo configura-se quando este é apto para proporcionar os resultados que se almeja, ou seja, o processo deve apresentar resultados.²⁴

Trazendo tais assertivas para o processo executório, observamos que a função deste é a de justamente realizar concretamente a satisfação do credor.²⁵ Esta atividade tem como característica o fato de ser preponderantemente prática, diferente da atividade intelectual desenvolvida no processo de conhecimento, em que magistrado deverá atuar para realizar modificações no mundo exterior para então proporcionar ao indivíduo “tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter.”²⁶

Para esta obtenção, a atividade prática desempenhada pelo juiz deve ser dotada de efetividade para garantir a realização do direito. É preciso a escolha dos meios processuais adequados para atingir o melhor resultado, o que é denominado por José Carlos Barbosa Moreira de *optimun processual*²⁷ e tornando-se necessária uma antevisão do processo como um todo e dos possíveis resultados práticos posteriores para que se consiga aplicar medidas de fato, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão, justamente para se assegurar a efetividade deste processo.²⁸

Diante de tal quadro, o magistrado deve adotar uma postura mais ativa, mais atuante no processo executório para que se obtenha a ampla satisfação do credor com a menor onerosidade para o devedor, com base no que estipula o artigo 620 do Código de Processo Civil. O beneficiário do direito considerado na decisão judicial precisa receber aquilo que o devedor se obrigou a dar, fazer, não fazer, pagar, caso contrário o

²³ Yarshell, Flávio Luiz. **A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda Pública**. In Direito Processual Público - A Fazenda Pública em juízo. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁴ *Ibid.*, pág.215.

²⁵ Greco, Leonardo. **O processo de execução**– Rio de Janeiro: Renovar, 1999, vol. 1, p. 07

²⁶ Chiovenda, G. *apud* Salles, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

²⁷ Moreira, José Carlos Barbosa. *apud*. Salles, Carlos Alberto. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

²⁸ *Ibid.*, p.239.

reconhecimento deste não será nada além de uma mera declaração, que ficará à mercê do devedor.²⁹

Neste contexto, cabe a breve reflexão sobre duas modalidades de execução que possuem resultados práticos efetivos distintos: a execução de quantia certa em face da Fazenda Pública e a tutela específica.

A primeira deve ser realizada em consonância com o artigo 100 da CRFB/1988, que prevê regime especial para o pagamento de créditos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judicial.

Este regime diferenciado preceitua o pagamento até o final do exercício financeiro seguinte dos créditos apresentados até a data do 1º de julho. Estas verbas devem estar inclusas nas leis de orçamento das entidades públicas devedoras e são de iniciativa do Poder Executivo, que as propõe, e o Legislativo vota. Porém, ambos os Poderes acabam por destinar estes recursos a outros fins, não contemplando credores do Estado que já enfrentaram um processo judicial e almejam receber aquilo que lhes foi assegurado.³⁰

Em 13 de dezembro de 2000 foi editada a Emenda Constitucional 30, que acresceu o artigo 78 do ADCT, parcelando em até 10 anos o pagamento dos créditos e suas compensações, tornando absolutamente inócua a declaração estatal que assegurava o direito do cidadão que, além de aguardar pela finalização do processo de conhecimento, deverá aguardar por até mais 10 anos para receber o valor integral daquilo que lhe é devido.

Em ponto oposto, surgem as tutelas específicas. A partir da segunda metade do século XIX, emergiu a idéia e a necessidade da obtenção mais ampla da eficácia dos direitos fundamentais. Para isto, foi preciso a elaboração de meios executórios novos, capazes de conferir esta efetividade real à tutela das execuções e oferecendo àquele que possui o direito, a prestação correspondente almejada, tal como se o devedor a fizesse espontaneamente.³¹

Assim, as tutelas específicas desenvolveram-se predispondo de meios que permitem a execução das obrigações de fazer, não fazer e dar na forma devida, com seu

²⁹ Senés, Carmen Motilla. **Disposiciones generales sobre la ejecucion forzosa**. Coleccion. Ley de Enjuiciamiento civil 2000. Ed. La Ley.

³⁰ Greco, L. Ob. Cit., vol. 2, pág. 536.

³¹ Greco, L. Ibid. p. 487.

conteúdo próprio sem a automática conversão em perdas e danos podendo o magistrado realizar inúmeras atividades para que o direito material se concretize.³²

Decerto que o advento das tutelas específicas não deverá ser entendido como salvação para todos os óbices da execução nas obrigações por elas alcançadas, tendo em vista a existência de limites naturais e políticos impostos a esta efetividade. Devemos atentá-la como mais um instrumento a ser somado na reconstrução do processo de execução, buscando-se a real efetividade deste.

1.4 – A execução como parte integrante da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva

Os direitos e garantias fundamentais, como prevê nossa Constituição, possuem eficácia imediata, conforme estipula o artigo 5º, §1º, devendo o Estado assegurar o pleno respeito a tais pilares do Estado Democrático de Direito.

Em meio às garantias constitucionalmente estabelecidas, encontra-se aquela que assegura a realização de uma tutela jurisdicional efetiva - artigo 5º, XXXV - ou seja, “assegura o direito à execução do julgado.”³³ Esta garantia não envolve somente o acesso à justiça, a paridade de armas no processo ou a obtenção de uma sentença. É necessário que a decisão judicial seja realmente cumprida.

O direito a uma tutela jurisdicional efetiva encontra-se inserido em um contexto internacional de proteção aos direitos e liberdades individuais. Leonardo Greco nos ensina que sua previsão como direito fundamental é decorrente de determinados movimentos como a constitucionalização e internacionalização dos direitos fundamentais através de intensa jurisprudência dos “tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos”, fixando regras posteriormente chamadas de “garantias fundamentais do processo”.³⁴

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o artigo 10 prevê a todas as pessoas, em igualdade de condições, um julgamento equânime e público de

³² Dinamarco, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil** – 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 152 e Greco, L. Ibid. pág. 489.

³³ Salles, Carlos Alberto de. **Execução Judicial em Matéria Ambiental**. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

³⁴ Greco, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo**. Jurispoiesis, Rio de Janeiro, v. 6, p. 3-50, 2004.

seus litígios por tribunais imparciais e independentes.³⁵ A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) também cuidou do assunto ao estabelecer em seu artigo 8.1 que toda pessoa tem direito de ser ouvido por tribunal independente, competente e imparcial, observadas as garantias processuais e tempo razoável.³⁶

Pode-se entender, em uma primeira abordagem do tema, que o direito a uma tutela jurisdicional efetiva significa o direito que todo e qualquer cidadão possui de ingressar em juízo e obter uma prestação jurisdicional, ou seja, uma resposta estatal fundada nas normas jurídicas aplicadas ao caso concreto trazido ao Judiciário e respeitando as garantias processuais que asseguram um processo igualitário.

Porém, ela deve ultrapassar a simples resposta jurídica do Estado com uma sentença proferida por tribunais imparciais e independentes ou a igualdade das partes no processo. Decerto, estes são preceitos necessários para que ela ocorra, mas não podemos reduzi-la a mera declaração estatal do direito juridicamente protegido.

Conforme dito anteriormente, é necessário que a decisão judicial seja ampla e satisfatoriamente cumprida. Em observância a esta necessidade crescente na sociedade e no próprio direito contemporâneo de se promover uma expansão e uma concretude da efetivação dos direitos assegurados judicialmente³⁷, alguns países como Espanha e Portugal, realizaram grandes modificações em seus respectivos sistemas jurídicos e trouxeram grandes inovações neste tema específico, buscando o cumprimento real das decisões judiciais.

O sistema espanhol, por exemplo, realizou grandes alterações em seu ordenamento processual após a edição de sua última Constituição em 1978, que traz em seu artigo 24.1 o seguinte enunciado:

Todas las personas tienen derecho de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.³⁸

O Tribunal Constitucional Espanhol, após grande repercussão do mencionado artigo em suas decisões e em seu próprio sistema legislativo, estabeleceu que o conteúdo

³⁵ *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso em 16 de setembro de 2007.

³⁶ *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)*, San Jose da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>>. Acesso em 16 de setembro de 2007.

³⁷ Greco, Leonardo. **Tutela Jurisdicional específica**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, v.23, p70-84, 2005.

³⁸ *Constitución Española* de 27 de dezembro de 1978. Disponível em <<http://narros.congreso.es/constitucion/index.htm>> Acesso em 17 de nov. de 2007.

do direito a tutela jurisdicional efetiva é constituído de quatro direitos básicos: i) o direito de acesso à jurisdição e ao processo nas instâncias reconhecidas; ii) o direito de defesa ou a vedação constitucional de cerceamento de defesa; iii) o direito de obter uma resolução judicial fundada no Direito que ponha fim ao processo; iv) o direito à efetividade da tutela judicial.³⁹

Diante dos direitos que, em conjunto, constituem a tutela jurisdicional efetiva, considerados pelo Tribunal Espanhol, observamos a presença da efetividade da tutela concedida não apenas como acesso à justiça ou direito de defesa. Nos dizeres de Arnaldo Boson Paes

(...) basta registrar que serão insuficientes e sem nenhuma utilidade prática o acesso à jurisdição e ao processo, o respeito ao direito de defesa e a obtenção de uma resolução fundada no direito, se a tutela judicial conferida não for efetiva. Portanto, à justiça e à legitimidade, é indispensável agregar algo a mais à resolução judicial, ou seja, o provimento deverá ser útil, eficaz, que assegure resultados práticos e efetivos, e não se transforme em documento retórico ou simples carta de intenções.⁴⁰

O elenco formado encontrou respaldo na legislação que buscou assimilar o novo paradigma processual e observou na Exposição de Motivos da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 que:

Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, (...) decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más esquivables y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos.⁴¹

No mesmo sentido da previsão constitucional espanhola, a Constituição Portuguesa estabeleceu em seu artigo 20.5 a seguinte resolução:

Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.⁴²

³⁹ Chamorro, Francisco Bernal. *apud* Paes, Arnaldo Boson. **Direito à execução trabalhista como parte integrante da tutela judicial efetiva.** Disponível em <www.trt22.gov.br/institucional/gabinetes/gdabp/estudos/execucao.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2007.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 04.

⁴¹ *Ley de Enjuiciamiento civil*, 8 de janeiro de 2000. Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/LEC/EM.htm>>. Acesso em 03 de jan. de 2008.

⁴² *Constituição da Republica Portuguesa*, 25 de abril de 1976. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/> Acesso em 17 de nov. de 2007.

Quando o cidadão recorre ao Judiciário para a resolução de determinado conflito, o que se busca não é a declaração do direito material em uma sentença, mas sim a efetiva realização daquilo que foi declarado, reconhecido na decisão judicial.

Neste sentido, assevera Carmen Senés Motilla que a tutela judicial pode ser meramente declarativa e satisfazer plenamente o credor, porém quando o devedor se recusa a cumprir o julgado, a efetividade do processo encontra-se comprometida. Conclui a autora que a função jurisdicional não se refere somente ao julgar, mas também à execução do julgado e por isso o direito à execução forma parte do direito à tutela jurisdicional efetiva.⁴³

Corroborando este entendimento apresentado pela autora, novamente o Tribunal Constitucional Espanhol, intérprete supremo das normas constitucionais, em reiteradas decisões afirmou que a execução é parte constituinte da garantia a uma tutela jurisdicional efetiva, como observa os precedentes 119/1998, STC 3/2002, SSTC 167/1987, 92/1998.⁴⁴

Desta forma, havendo a resolução do conflito, deve-se assegurar a execução daquilo que foi decidido. Caso esta execução não se consagre, as decisões judiciais passarão a meras declarações do Estado, sem qualquer eficácia ou força coativa, em desrespeito ao direito de uma tutela jurisdicional efetiva.⁴⁵

Portanto, torna-se necessária a expansão e o reconhecimento da tutela executiva como parte integrante de uma tutela jurisdicional efetiva para assegurar-se o primado dos direitos fundamentais, corolário do Estado Democrático de Direito, já definido em nosso ordenamento constitucional no artigo 5º, inciso XXXV.

CAPÍTULO 2 – A TUTELA ESPECÍFICA

⁴³ Senés, C. M. Ob. Cit., p. 17/18.

⁴⁴ Paes, Arnaldo Boson. **Direito à execução trabalhista como parte integrante da tutela judicial efetiva**. Disponível em <www.trt22.gov.br/institucional/gabinetes/gdabp/estudos/execucao.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2007.

⁴⁵ Ob. Cit. p.17.

2.1 – Tutela Específica: conceito. Tutela Específica como meio de predisposição ao juiz

Remetendo-nos novamente ao postulado de Chiovenda sobre a efetividade, afirmava o eminente jurista que o processo deveria proporcionar àquele possuidor do direito tudo aquilo e precisamente aquilo que este tinha o direito de receber.⁴⁶

Buscando esta efetividade, os sistemas jurídicos modernos passaram a considerar a prestação da obrigação contida no título, independente da atuação do devedor, priorizando a execução na forma devida e não mais se satisfazendo unicamente com a automática conversão em perdas e danos. Assim, através do provimento jurisdicional, buscou-se a realização do resultado final constante da obrigação, que antes ficaria inadimplida e que iria converter-se no seu equivalente pecuniário.⁴⁷

Leonardo Greco, citando doutrina de Barbosa Moreira, elucida que

(...) a tutela específica é o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele (ou àqueles) em cujo benefício se estabeleceu a obrigação, o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é, a não violação do direito ou interesse tutelado.⁴⁸

Diz-se específica a tutela que busca, através de inúmeras providências e atividades, realizar o resultado prático presente no título executivo e, quando na obtenção deste resultado tem-se como objeto do título obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa, diz-se esta execução específica.

A *obligatio* do Direito Romano não aceitava a execução específica e as obrigações de fazer e não fazer restavam por converterem-se em perdas e danos. Porém, no processo *extraordinária cognitio*, observava-se a presença dos interditos que visavam à proteção destas obrigações e já demonstravam coercibilidade no *facere*.⁴⁹

O Código Civil Francês generalizou o brocardo atribuído à Favre, no século XVI, do *nemo potest cogi ad factum*, afastando o executado da coação trazida com as

⁴⁶ Chiovenda, G. *apud* Salles, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

⁴⁷ Micheli, Gian Antonio. *apud* Alvim, J.E. Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁴⁸ Barbosa Moreira, J. C. *apud* Greco, Leonardo. **Tutela jurisdicional específica**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 23, p. 70/84, 2005.

⁴⁹ Assis, Araken. Ob. Cit. pág. 520 e Greco, Leonardo. **O Processo de Execução** - Renovar, Rio de Janeiro, 1999, vol.1, p. 458

execuções destas modalidades de obrigações, proibindo a aplicação de meios executórios diretamente sobre este.⁵⁰ Apesar da consagração do princípio da intangibilidade do executado, a própria França acabou por criar as chamadas “astreintes”, com a intenção de forçar o devedor ao adimplemento das obrigações assumidas.⁵¹

Atualmente, observa-se a divisão das obrigações em dois grandes grupos: as positivas e negativas. Diz-se a obrigação positiva quando importa a prática de algum ato ou fato e negativa aquela que tiver por finalidade a abstenção, tolerância, omissão de um ato.⁵²

As obrigações positivas podem ainda ter a característica da fungibilidade ou infungibilidade quando podem ou não ser realizadas exclusivamente pelo devedor. Naquelas ditas fungíveis, a execução poderá ficar a cargo de terceiro, enquanto nas infungíveis, para sua execução é imprescindível a figura do devedor.⁵³

Para alcançar-se o resultado pretendido através da tutela executiva de obrigações desta natureza, o ordenamento jurídico coloca à disposição do magistrado o emprego de diversas medidas que buscam a concretização do direito. Tais medidas foram agrupadas em duas modalidades distintas: as medidas sub-rogatórias, onde esta tutela é conferida sem qualquer atuação do devedor e as medidas coercitivas, onde se busca a realização da obrigação pelo devedor por meio de coerção indireta, através de sanções estabelecidas. Assim, diz-se que quando utilizado o critério da sub-rogação a execução forçada é direta e quando aplicado o critério de coerção, esta é indireta.⁵⁴

A introdução dos artigos 461 e 461-A pelas leis 8.952/1994 e 10.444/2004, respectivamente, proporcionou meios adequados e eficazes para a execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa no Código de Processo Civil, antes previstas em outros diplomas legais como o artigo 84 da lei 8.078/90 (Código de Defesa

⁵⁰ Greco, Leonardo. Ob. Cit. p. 486.

⁵¹ Ibid., pág.496.

⁵² Santos, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21.ed. atual – São Paulo: Saraiva, 2003, pág.383.

⁵³ Greco, Leonardo. Ob. Cit., p. 483.

⁵⁴ Marcelo Lima Guerra (**Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer**- In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *Processo de Execução e Assuntos Afins*. 1 ed. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 296-321.) acentua que é questão pacífica na doutrina que as técnicas da coerção e da sub-rogação são meios básicos para a realização do direito subjetivo quando a este lhe faltar o adimplemento espontâneo. Porém, observa que a divergência nasce acerca do enquadramento sistemático das medidas coercitivas no campo da tutela executiva ou execução forçada.

do Consumidor), artigo 62 da lei 8.884/94 (Lei de Proteção da Livre Concorrência) e artigo 213 da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).⁵⁵

O novo regime estabelecido segregou as execuções autônomas das tutelas específicas previstas a partir do artigo 632 do Código de Processo Civil, decorrentes de título executivo extrajudicial.⁵⁶ Aquelas decorrentes de título executivo judicial, através de um provimento final ou antecipatório, seguem adstritas ao seu cumprimento no âmbito da relação processual que gerou este título, culminando com a recente redação dada pela lei 11.232/2005 do novo artigo 475-N, corroborando a chamada “execução sincrética”.⁵⁷

A tutela específica destas obrigações busca o seu cumprimento na forma anteriormente acordada e para se obter esta satisfação é necessário que o magistrado atue no processo através de atividades que garantam a prestação exata da obrigação ou seu resultado prático equivalente.⁵⁸

Para que se atenda às exigências de uma prestação efetiva destas obrigações é necessário se desvencilhar da insuficiência trazida, neste caso, do princípio da legalidade dos meios executivos, tendo em vista que, para se alcançar o resultado final da obrigação, poderá o magistrado se valer de um rol inumerável de atividades. (item 2.4).⁵⁹

Pela disposição dos parágrafos do artigo 461, o juiz, a requerimento ou não da parte, poderá determinar os meios que reporte como mais adequados para a realização da obrigação. Estes meios, definidos no artigo 461, §5º, são meramente exemplificativos, não extinguindo as atividades que poderão ser impostas pelo órgão jurisdicional.⁶⁰

Guerra *apud* Dinamarco observa o dispositivo como “norma de encerramento”:

⁵⁵ Salles, Carlos Alberto. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 245/246, 1998.

⁵⁶ Assis, A. Ob. Cit. p. 113.

⁵⁷ Quanto à diferenciação entre a execução das tutelas específicas dos artigos 461 e 632 do CPC divergem Carreira Alvim (**Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.) e Leonardo Greco (Ob. Cit. p. 490). O primeiro autor observa que, na sistemática do artigo 461, a exigência do título executivo seria dispensável, pois ela poderia decorrer de determinada convenção verbal, escrita ou legal, dispensando o formalismo referente ao título. Para Greco, a distinção entre os sistemas decorre do fato de que na execução autônoma, o título executivo extrajudicial não poderá ser modificado no processo que segue a execução, o que seria possível quando se tratar de execução sincrética, onde o provimento poderá ser modificado ao longo do processo.

⁵⁸ Dinamarco, C. R. Ob. Cit. p. 153; Greco, Leonardo. **Tutela jurisdicional específica**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 23, p. 70/84, 2005.

⁵⁹ Guerra, Marcelo Lima. Ob. cit. p. 305/306.

⁶⁰ Leonardo Greco (**Execução nas ações civis públicas**. In. Estudos de direito processual – Campos dos Goytacazes. Ed: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 342) observa que esta gama de meios sub-rogatórios é praticamente ilimitada, porém não podendo violar os direitos da personalidade e direitos indisponíveis.

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” 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.⁶¹

Portanto, configurando-se a necessidade de um sistema executivo efetivo, sem a primazia das tutelas compensatórias, a tutela específica mostra-se como meio de predisposição ao órgão jurisdicional para que este busque a forma mais adequada para o cumprimento da obrigação devida.

2.2 – A relação entre o advento da tutela específica e a eficácia concreta de direitos

A inclusão do artigo 461 decorrente das recentes reformas do CPC acarretou em uma verdadeira mudança no paradigma da execução, apesar deste artigo estar inserido no capítulo referente à sentença e coisa julgada.⁶²

Anteriormente, podíamos observar como bem definida a regra da subsidiariedade, onde as disposições referentes às tutelas específicas da execução de fazer e seu adimplemento na forma devida, eram colocados em um segundo plano e a tendência era realizar-se a conversão da obrigação no seu equivalente pecuniário, gerando uma prestação jurisdicional voltada para as perdas e danos.⁶³

Com a edição das leis 8.952/1994 e 10.444/2002, prevendo a execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa na forma devida, antes positivadas em outros diplomas legais e primando-se por esta forma executiva, passou-se a “abandonar” o caráter de subsidiariedade, para efetuar-las conforme a nova previsão legal, buscando-se a concretude do direito declarado.

Para que o cumprimento da obrigação ocorra da maneira devida, o juiz encontra-se autorizado a munir-se de medidas sub-rogatórias para assegurar ao credor a satisfação da obrigação. Além de lançar tais medidas, o magistrado ainda pode buscar o resultado prático equivalente, que irá atender igualmente a eficácia da obrigação sem ser a

⁶¹ Dinamarco, Cândido Rangel. *apud* Guerra, Marcelo Lima. Ob. Cit. p. 312.

⁶² Salles, Carlos Alberto. **Execução judicial em matéria ambiental**- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

⁶³ Salles, C.A.Ob. Cit. p. 260.

original⁶⁴ ou impor meios coativos indiretos, caso ele não cumpra espontaneamente a obrigação.

Assim, busca-se a efetivação concreta do direito e sua satisfação exatamente na forma devida e não a mera conversão do inadimplemento em perdas e danos, o que ocorria anteriormente.

Observa-se uma ordem de prioridades no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, sendo que o cumprimento da tutela específica encontra-se no topo. Não sendo possível o seu cumprimento na forma devida, passe-se a buscar o resultado prático equivalente que, mesmo não sendo o original, irá satisfazer igualmente a pretensão. Caso este também não possa ser atingido, tenta-se a execução por um terceiro, à custa do devedor, conforme disposição do artigo 633 do CPC. Por último, se todas as alternativas anteriores falharem, ocorre a conversão da tutela específica em perdas e danos.⁶⁵

Agora, somente convertem-se em perdas e danos “*se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente*”, conforme estabelece o artigo 461, §1º CPC, ou seja, somente através de pedido do autor ou de uma completa impossibilidade da execução na forma devida é que ocorrerá a conversão da obrigação em uma medida compensatória.⁶⁶

O novo sistema processual de execução das tutelas específicas provocou modificação na ordem antiga de prioridades executivas, onde ocorria a automática conversão em perdas e danos em decorrência de uma estruturação legislativa direcionada a dois princípios do sistema jurídico brasileiro, o da intangibilidade do indivíduo e da separação de poderes. Hoje, tal hipótese somente ocorre no caso de total insucesso das demais.⁶⁷

Ao serem assimiladas pelo diploma processual civil, a execução das tutelas específicas na forma dos artigos 461 e 461-A conferiram uma maior concretude ao direito material assegurado, tendo em vista que a execução da obrigação deverá ocorrer, *a priori*, exatamente como observado no título, sendo que a legislação estabelece inúmeras maneiras de o magistrado obrigar o devedor a cumpri-la.

⁶⁴ Alvim, J.E.Carreira, Ob. Cit. p. 170.

⁶⁵ Ibid. p.495 e Dinamarco, C. R. Ob. Cit. p. 154.

⁶⁶ Sérgio Bermudes (**A reforma do Código de Processo Civil; observações às leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13 de dezembro de 1994, que alteraram o CPC** – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995) entende que neste momento há a configuração de um concurso de ações “cabendo ao autor optar entre a própria prestação, ou seu equivalente em dinheiro”.

⁶⁷ Salles, C.A.Ob. Cit. p.261.

2.3 – Limites à execução por meio da tutela específica: naturais e políticos

Através da tutela específica, o ordenamento processual civil pátrio busca a efetivação da obrigação na forma devida, assegurando a mais ampla satisfação do credor. Porém, nem sempre esta efetivação torna-se possível, posto a existência de obstáculos intransponíveis ou que dificultam a execução, frustrando o objetivo destas obrigações.

Liebman já observava que a execução poderia ser possível ou impossível, quando se conseguia ou não realizar a execução na forma específica, e frutífera ou infrutífera, quando os bens do devedor fossem ou não suficientes para saldar a totalidade do débito.⁶⁸

Apesar do Direito procurar medidas que ofereçam a satisfação do credor, há óbices que não podem ser ignorados e capazes de frustrar a execução.

Estes limites podem ser observados como naturais e políticos.⁶⁹

Como limites naturais, podemos observar hipóteses onde a execução torna-se impossível devido a acontecimentos que acarretaram a destruição ou perda da coisa, a negativa de realização pelo devedor das obrigações de fazer infungíveis, a impossibilidade de reversão de uma violação de obrigação de não fazer⁷⁰. Tais situações mostram-se como limites naturais para a não realização da execução na forma devida, não sendo necessário um rol legislativo que imponha estas limitações.⁷¹

Além dos óbices naturais há aqueles limites impostos pelo próprio legislador que elege determinadas situações que merecem proteção acima do interesse do credor, frustrando a execução devido a estes fatores de cunho político.⁷²

São limites políticos e humanitários que impedem a efetivação da execução de tutelas específicas quando esta vai de encontro com estes valores especialmente

⁶⁸ Liebman, E.T. *apud*. Greco, Leonardo. Ob. Cit. p. 04.

⁶⁹ Alvim, J.E. Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 48; Dinamarco, Cândido Rangel. **Execução Civil** – 6.ed. – São Paulo: Malheiros, 1998, p. 297 e Greco, Leonardo. **Tutela jurisdicional específica**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v.23, p.70-84, 2005;

⁷⁰ Greco, L. *Ibid.*, p. 73.

⁷¹ Carreira Alvim (Ob. Cit. p. 49) e Cândido Dinamarco (Ob. Cit. p. 297) ainda incluem no rol de limites naturais àqueles decorrentes de obrigações personalíssimas.

⁷² Greco, Leonardo. Ob. Cit. p. 74.

protegidos e contra a dignidade da pessoa humana, corolário esculpido em nossa Constituição.

Carreira Alvim e Cândido Dinamarco⁷³ apresenta estas limitações de cunho político em quatro hipóteses distintas: i) quando a execução importar em uma violação a direitos da personalidade; ii) quando recair sobre bens impenhoráveis; iii) quando for de encontro ao interesse público e iv) quando os atos expropriatórios recaírem sobre a Fazenda Pública.

Os direitos da personalidade, pelo seu caráter absoluto, indisponível e irrenunciável⁷⁴ mostram-se como um limite rígido da execução de tutelas específicas em respeito à dignidade humana da pessoa do devedor.

Para a realização da obrigação, o sistema processual prevê a possibilidade de multas, a realização da obrigação por terceiro, busca e apreensão. O direito mune-se das atividades sub-rogatórias e coativas para que o devedor realize o adimplemento sempre respeitando a pessoa do devedor.

O direito romano possuía a figura do *manus injectio*, um meio executório que utilizava a força como meio para o adimplemento onde o devedor era acorrentado em praça pública para saldar a dívida e, caso não tivesse sucesso, aplicava-se a pena de morte. Esta execução era de caráter cruel e pessoal, pois o devedor respondia pela dívida com seu corpo, enquanto que seu patrimônio era de interesse mediato.⁷⁵

Atualmente, tal meio executório mostra-se absolutamente contrário aos paradigmas e ideários sociais atuais que pregam o respeito à dignidade da pessoa humana. A regra do *nemo potest cogi ad factum* trouxe a intangibilidade da pessoa do executado e, atualmente, o inadimplemento das obrigações de fazer infungíveis, resolverem-se em seu equivalente pecuniário somada a perdas e danos.⁷⁶

Diversos sistemas processuais criaram técnicas executivas para não permitir o descumprimento destas obrigações pelo devedor, que se escusava através do princípio *nemo potest cogi ad factum*. Assim, na França criou-se as astreintes - multa pecuniária, contemplada em nosso sistema nos artigos 287, 461, §§4º e 5º, 461-A §3º, 621 parágrafo único, 644 e 645 do CPC – a Alemanha instituiu um sistema misto com a previsão de pagamento de uma soma e, caso não adimplido tal valor, a ameaça de prisão – e os EUA

⁷³ Alvim, J. E. C. Ob. Cit., p. 51 e Dinamarco, C. R. Ob. Cit. p. 299.

⁷⁴ Amaral, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed.rev., atual. e aum.-Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

⁷⁵ Assis, Araken. Ob. Cit. p. 521.

⁷⁶ Ibid., p. 522.

criaram o *Contempt of Court* que tipifica como crime de desobediência e desacato o descumprimento de ordem de um Tribunal.⁷⁷

O sistema brasileiro não admite a possibilidade de prisão por dívidas tal como observa os sistemas alemão e norte-americano, o que é alvo de críticas.⁷⁸

O sistema garantístico brasileiro observa que a dignidade da pessoa humana, elevada a direito fundamental com a CRFB/1988 é intocável. Assim, além de não haver a previsão legislativa de pena restritiva de liberdade para forçar o pagamento de dívidas desta natureza, o preceito positivado no artigo 1º, III da Constituição deve ser respeitado, não sendo possível a prisão.⁷⁹

Leonardo Greco defende que a aplicação de sanções processuais não previstas em lei, só poderá incidir sobre as tutelas sub-rogatórias fungíveis e não sobre as obrigações infungíveis, como forma de constranger a vontade do devedor para forçá-lo ao cumprimento. Neste caso, as medidas impostas pelo juiz, deverão ser aquelas positivas no ordenamento processual civil, como as dos §§4º, 5º e 6º do artigo 461 ou outra medida positivada em lei especial. Em sentido contrário, o processualista apresenta a posição de Marcelo Lima Guerra, que defende a possibilidade do seqüestro da totalidade de bens do devedor como forma de coação, bem como a prisão deste para o adimplemento da obrigação.⁸⁰

Outro limite apontado pela doutrina de Carreira Alvim e Cândido Dinamarco é o da impenhorabilidade de determinados bens elencados no CPC. Apesar da divergência na doutrina quanto à classificação destas impenhorabilidades,⁸¹ podemos observar que esta proteção específica do legislador, muitas vezes objetiva proteger a própria

⁷⁷ Salles, C. A. ob. Cit. p. 287.

⁷⁸ Entre os autores que defendem a possibilidade de prisão encontram-se Luiz Guilherme Marinoni (*Novas linhas do processo civil*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p.87) e Marcelo Lima Guerra (*Execução Indireta*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 246; *Direitos fundamentais e proteção do credor na execução civil*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 134 e ss). In Greco, Leonardo. **Processo de Execução**, vol. 2, p. 498/499.

⁷⁹ Greco, Leonardo. **Execução nas ações civis públicas**, 344/345.

⁸⁰ Ibid. p.345.

⁸¹ Amílcar de Castro, José Alberto dos Reis, J.E. Carreira Alvim entendem que as impenhorabilidades podem ser absolutas ou relativas conforme a possibilidade dos bens serem penhorados ou não à falta de outros. Leonardo Greco classifica-as em impenhorabilidades intrínsecas, voluntárias, instrumentais e residuais. A primeira refere-se às impenhorabilidades impostas pela própria natureza do bem e cita como exemplo desta modalidade os bens públicos e os fora do comércio, o nome da pessoa física, partes do corpo. As impenhorabilidades voluntárias são aquelas que resultam da imposição de cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, apontado como exemplo o legado por testamento com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade. A terceira modalidade apontada é a instrumental, imposta em benefício da preservação da sobrevivência condigna como, por exemplo, os rendimentos do trabalho, instrumentos de trabalho, bens de valor afetivo. A última categoria é a de impenhorabilidades residuais que se refere aos bens de culto religioso ou àqueles rendimentos de pessoas que não exercem qualquer labor, como os incapazes, pessoas idosas. (Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 21.08.2006 e 28.08.2006. e **Processo de Execução**, vol. 2, p. 13.

dignidade da pessoa humana, quando impede a penhora de bens que promovem uma qualidade de vida ao indivíduo e que asseguram sua sobrevivência condigna. No caso das impenhorabilidades de bens públicos, devemos observar que o Código Civil de 2002, em seu artigo 100, previu a possibilidade de alienação dos bens públicos dominicais, ou seja, mostra-se aberta a possibilidade de penhorabilidade de tais bens desafetados.⁸²

Apontado como terceiro óbice político à execução, o interesse público é matéria amplamente difundida em leis ordinária e medidas provisórias, prevendo, por exemplo, os incidentes de suspensão de segurança ou de liminar e a produção de efeitos jurídicos somente após o trânsito em julgado da decisão.⁸³ Para Carreira Alvim, o interesse público não pode constituir um obstáculo à concessão de tutela específica, posto que o artigo 461 aplica-se ao particular e à Fazenda Pública com a mesma incidência, que também deve ocorrer em face da impenhorabilidade dos bens públicos quando a execução é específica.⁸⁴

Para Leonardo Greco, é necessário realizar-se uma ponderação de interesses que poderá não implicar na supremacia do interesse público, mas sim do interesse privado, tendo em vista o respeito às garantias e direitos fundamentais, necessários a observância à dignidade da pessoa humana e ao controle democrático da Administração Pública.⁸⁵

Em relação ao quarto limite à execução, tem-se a hipótese de incidência de atos expropriatórios sobre bens da Fazenda Pública. Os bens públicos são impenhoráveis, devendo incidir sobre eles os comandos dos artigos 730 e 731 do CPC. Porém, relativamente às tutelas específicas, a Fazenda deverá se curvar ao disposto no artigo 461, como qualquer cidadão.⁸⁶

Por fim, Barbosa Moreira ainda aponta como limite *aqueles não queridos pelo ordenamento*, quando da ocorrência de fatos que dificultam a execução, como a negativa do devedor em praticar o ato personalíssimo e a continuidade de ato um proibido nas execuções de fazer e não fazer, a resistência do devedor em entregar a coisa ou quando esta é alienada a um terceiro no caso das obrigações de entrega de coisa.⁸⁷

Desta forma, apesar da tendência legislativa de tentar proporcionar a efetividade do processo, determinadas situações naturais e políticas impedem a concretização da

⁸² Ibid, p. 15.

⁸³ Greco, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. Revista CEJ, p. 212.

⁸⁴ Carreira Alvim. Ob. Cit. p.53/54.

⁸⁵ Greco, Leonardo. **Execução nas ações civis públicas**, p. 351

⁸⁶ Alvim, J.E. Carreira. Ob. Cit. p.53.

⁸⁷ Barbosa Moreira, J. C. *apud* Greco, Leonardo. Ob. Cit. p. 341.

execução na forma devida, devendo-se buscar formar alternativas para a realização da obrigação.

2.4 – A fungibilidade dos meios executórios, legalidade e princípio da adstrição

O processo de execução submete-se aos princípios da teoria geral do processo: oralidade, iniciativa das partes, contraditório, dispositivo, livre convicção, publicidade, impulso processual e lealdade - embora haja maior ou menor incidência destes à execução.⁸⁸

Além dos princípios gerais, a execução possui princípios específicos, tendo em vista suas peculiaridades processuais,⁸⁹ e um destes princípios específicos da execução decorre do artigo 620 do CPC que estabelece a fungibilidade dos meios executórios.

Conforme disposição do artigo, o magistrado deve buscar os meios adequados para a realização da obrigação e escolher aquele menos gravoso para o devedor.

Esta variabilidade dos meios executórios aplica-se nos casos onde a obrigação é fungível, quando pelo seu descumprimento poder-se-á aplicar medidas sub-rogatórias para a realização da atividade pelo devedor na forma que deveria ter sido adimplida a obrigação.⁹⁰

O meio executório é a atividade prática desenvolvida pelo magistrado, ou seja, é o pedido imediato que será observado para a satisfação do credor, que pode ter requerido a execução por um determinado meio. Apesar de o credor poder escolher e indicar um meio executório, o seu direito é à prestação, ao bem da vida pleiteado, é o pedido mediato e não o direito ao meio executório especificamente.⁹¹

⁸⁸ Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 14.08.2006.

⁸⁹ Leonardo Greco (**Processo de Execução**, vol.2 p. 252) apresenta cinco princípios específicos para o processo de execução, a saber: toda execução pressupõe um título executivo; a execução se realiza no interesse do credor; disponibilidade da execução; fungibilidade dos meios executórios e a execução ocorrerá de modo menos gravoso para o devedor. Para Araken de Assis (Ob. Cit. p. 96.) o processo de execução é subordinado a seis princípios específicos: princípio da autonomia; princípio do título; princípio da responsabilidade patrimonial; princípio do resultado; princípio da disponibilidade; princípio da adequação.

⁹⁰ Greco, Leonardo. Ob. Cit. p. 493.

⁹¹ Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 18.08.2006 e **Tutela jurisdicional específica**, p. 75.

Se o magistrado encontra-se diante de uma variedade de meios executórios que irão satisfazer o credor igualmente, ele deverá aplicar aquele que for o menos oneroso ao devedor, em respeito ao princípio da menor onerosidade, mesmo que o meio por ele escolhido seja diverso daquele indicado pelo credor.⁹²

Neste sentido, não há que se falar em violação ao princípio da adstrição, tendo em vista que o pedido, na verdade, é a própria prestação, podendo haver variação no meio sub-rogatório que o magistrado irá se utilizar para a melhor e mais adequada realização da execução direta. Insere-se nos poderes do juiz o de variação destes meios sem proferir uma decisão ou sentença que incorra em violação ao princípio da adstrição, que seja *extra* ou *ultra petita*.⁹³

Antes da reforma do CPC que modificou este ponto específico da execução das tutelas específicas com as leis 8.952/1994 e 10.444/2002, o sistema executivo brasileiro era o que se poderia denominar de “sistema típico”, onde o legislador instituía todos os meios executivos possíveis para a realização destas obrigações, sem conceder qualquer margem de discricionariedade ao magistrado.⁹⁴

Esta ausência de poder discricionário do magistrado enquadra-se no sistema adotado pelo Brasil, de tradição romano-germânica, onde o juiz está vinculado ao princípio da legalidade, só podendo realizar o que se encontra dentro de um comando legal. Porém, a aplicação cega deste princípio no processo de execução não se mostra adequado posto que, neste determinado momento de cumprimento das tutelas específicas, é necessário que o juiz faça escolhas discricionárias em busca da melhor forma de satisfazer o credor, observando a menor onerosidade ao devedor.⁹⁵

Desta forma, eliminando o óbice à discricionariedade do magistrado, o artigo 620 traz em sua redação a autorização legislativa para a variabilidade dos meios executórios quando pronuncia que “*quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor*”.

Portanto, a utilização pelo magistrado de meios não tipificados ou distintos dos requeridos pelo credor na execução direta não viola os princípios da legalidade e

⁹² Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 18.08.2006.

⁹³ Greco, Leonardo. **Tutela jurisdicional específica**, p. 75/76.

⁹⁴ Guerra, M. L. Ob. Cit., p. 305.

⁹⁵ Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 18.08.2006.

adstrição, posto a autorização legislativa desta discricionariedade e a natureza mediata do pedido do credor no processo de execução.

CAPÍTULO 3 – A EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER EM FACE DO PARTICULAR: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA E ESPANHOLA

3.1 – A tutela das obrigações de fazer e não fazer

Antes das modificações recentes trazidas principalmente pelo artigo 461, o ordenamento processual brasileiro inclinava-se para a reparação de obrigações de fazer e não fazer à um sistema compensatório, onde o inadimplemento restaria convertido em perdas e danos.⁹⁶

Esta conversão, anteriormente aplicada como principal forma de resolução da prestação ante a ausência de medidas que garantissem eficácia à execução destas obrigações, hoje se revela em último lugar em uma lista de prioridades que deve ser observada pelo magistrado (item 2.2). Assim, a tutela executiva das obrigações de fazer e não fazer eleva-se de um plano secundário de aplicação para um plano principal, onde deverá ser observada prioritariamente.⁹⁷

Tais medidas surgem com a necessidade social de maior efetividade de nosso sistema jurídico, principalmente o processo de execução, que visa assegurar o cumprimento das sentenças judiciais, materializando o direito declarado (item 1.4).

Esta tutela característica destas obrigações ganhou força não só no sistema pátrio como no sistema espanhol, onde recebeu previsão própria tanto na lei de jurisdição contenciosa-administrativa, como na lei processual civil do país, como será apresentado posteriormente.

Este sistema também foi alcançado com inúmeras modificações legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias, muitas delas decorrentes do novo panorama constitucional inaugurado com a Constituição de 1978.

3.2 – Execução das obrigações de fazer

As obrigações de fazer baseiam-se em uma atividade positiva de praticar um ato⁹⁸ ou atividade⁹⁹, sendo o *facere* uma obrigação imposta pela lei ou por um vínculo

⁹⁶ Salles, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

⁹⁷ *Ibid.*, p.260.

⁹⁸ Reis, José Alberto dos Santos. *apud*. Assis, Araken. **Manual da Execução** – 11.ed. ver.atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁹⁹ Liebman. *apud* Assis, Araken. **Manual da Execução** – 11.ed. ver.atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

obligacional. Em relação à primeira, temos a eficácia mandamental e em relação à segunda temos a ação de execução decorrente de condenação civil.¹⁰⁰

Para Leonardo Greco, a obrigação de fazer

(...)é aquela que consiste no exercício de uma atividade, que pode resultar em um objeto físico a ser entregue ou não. O objeto da prestação não é o bem, mas sim uma ação, uma atividade humana, que pode resultar na produção de um bem.¹⁰¹

Questão tormentosa é a de diferenciação das obrigações de fazer das obrigações de dar.

As obrigações de dar configuram-se quando da ocorrência da imposição da entrega ou da transferência patrimonial de determinado bem ou soma.¹⁰² Assim, a coisa encontra-se ilicitamente com o executado.¹⁰³

A questão envolvendo ambas as modalidades de obrigações mostra-se pertinente, tendo em vista que o sistema processual brasileiro ainda vislumbra uma distinção quanto à tutela específica da obrigação de fazer e de entrega de coisa, vide a redação dos artigos 461 e 461-A do CPC, o que é criticado na doutrina.¹⁰⁴

Na vigência do Código de 1939, a execução das obrigações de fazer ocorria através das ações cominatórias, onde o credor requeria ao juiz um mandado para que o devedor cumprisse a obrigação até a sentença. Porém, este remédio perdeu seu rito próprio na legislação processual atual com a edição dos artigos 461 e 461 – A e suas medidas coercitivas e coativas contra o inadimplemento da obrigação assumida.¹⁰⁵

A confusão quanto à distinção entre as mencionadas obrigações decorre da existência de casos onde um mesmo ato reúne uma atividade, uma entrega, transmissão de bem ou soma em dinheiro.¹⁰⁶ Além disso, ocorre que muitas vezes aquele que contraiu a obrigação acredita tratar-se de uma prestação de dar, enquanto que o credor acredita estar diante de uma obrigação de fazer e vice-versa.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Ibid., p. 522.

¹⁰¹ Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 30 de abril de 2007.

¹⁰² Talamini, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A CDC, Art.84).**- 2.ed.rev.atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais, p.132.

¹⁰³ Greco, L. Ob. Cit.p.02

¹⁰⁴ Leonardo Greco (Ibid. p. 03) observa que “deveríamos ter uma tutela específica só, de obrigações de fazer ou entrega de coisa. Porque na verdade, se a obrigação é de uma natureza ou de outra, isso não é relevante do ponto de vista jurídico para tornar diferente o tratamento processual.”

¹⁰⁵ Assis, A. Ob. Cit. p. 523.

¹⁰⁶ Talamini, E. Ob. Cit. p.132.

¹⁰⁷ Greco, Leonardo. Ob. Cit. p.02.

No primeiro caso, excluem-se as chamadas “obrigações complexas”, onde as obrigações de dar e fazer configuram-se com distinção e clareza. Eduardo Talamini traz duas hipóteses onde esta confusão ocorre.¹⁰⁸

Na primeira, têm-se os deveres com obrigações mistas, onde o comportamento ativo, o *facere*, encontra-se indissociável da entrega de coisa ou pagamento de determinada quantia e na segunda hipótese revela o autor a “complexidade da obrigação simples”, na qual uma relação obrigacional é constituída por uma obrigação principal e outras acessórias. Neste caso, caso seja possível distinguir o dever acessório do principal, submete-se cada obrigação ao seu regime de execução respectivo. Não sendo isto possível, deve-se aplicar critérios que poderão diferenciar a obrigação presente na relação.

O citado autor apresenta como critério o interesse objetivo para se aferir em que ponto “apresenta-se a real utilidade da obrigação”.

Vai-se aferir – levando-se em conta as máximas da experiência (ou, eventualmente, dados técnicos) – se o cerne da prestação está (i) na entrega do bem (dinheiro ou coisa) ao titular do direito, sendo-lhe meramente acessória a prestação do fato, ou (ii) se, ao contrário, está na prestação do fato, sendo-lhe instrumental ou simples decorrência a entrega do bem¹⁰⁹

Diante de tais elementos, configuram-se três situações onde há um dever de fazer preponderante e um dever de entregar “reflexo”. A primeira ocorre quando o dever de fazer engloba totalmente a entrega daquilo que foi feito, como no caso clássico apontado pela doutrina do pintor que desempenhou uma obra e deve entregá-la a quem a encomendou. A segunda delas refere-se às obrigações onde o credor obriga-se a realizar a obra e a buscar a matéria-prima, como se observa na chamada “empreitada mista” do artigo 610 do CC/02 e, como terceira hipótese, indica o autor aquelas que necessitam de uma atividade ampla por parte do devedor, podendo caracterizar, incidentalmente a entrega de bens, como ocorre na prestação de serviços públicos, concessão mercantil entre outros.¹¹⁰

A distinção entre as obrigações de fazer e de dar não é tarefa simples e ainda reserva importância dentro do sistema processual pátrio em que, apesar do surgimento das tutelas específicas, há um procedimento direcionado à execução das obrigações de entrega de coisa, mais simples, posto que o bem já existe, bastando a devolução ou

¹⁰⁸ Talamini, E. Ob Cit. 132.

¹⁰⁹ Ibid., p.134.

¹¹⁰ Ibid., p.135.

transferência da coisa, e um procedimento de obrigação de fazer, onde a atividade ainda não foi realizada e o cumprimento deverá ser no sentido de praticar-se o ato.¹¹¹

As obrigações positivas de fazer são tradicionalmente classificadas pela doutrina, levando-se em conta a possibilidade desta ser cumprida somente pela pessoa do devedor ou também por um terceiro. Assim, as obrigações podem ser fungíveis, quando o cumprimento pode ser realizado por outrem que não o devedor e infungíveis quando só poderão ser cumpridas pelo executado.¹¹²

Carlos Alberto de Salles aponta a existência de uma “infungibilidade prática”, em que o caráter da obrigação decorre não apenas de fatores ligados ao devedor, mas sim de circunstâncias fáticas envolvendo a obrigação e o seu devedor que podem acarretar na pessoalidade de uma obrigação, *a priori*, fungível.¹¹³

Em consonância ao conceito apresentado, Leonardo Greco expõe dois exemplos onde a execução por terceiro, mesmo a obrigação não sendo personalíssima, mostra-se dificultada (i) quando a obrigação não é personalíssima, mas se aproxima da infungibilidade. Isto ocorre quando poucas empresas desempenham determinada atividade ou função. Assim, ao contratar determinada empresa para a realização de serviço especializado ou específico, não adiantará requerer a prestação por terceiro, posto a especificidade da atividade e a possibilidade de as poucas outras empresas capacitadas não poderem desempenhar a atividade devido à grande demanda ou tempo escasso (ii) quando a obrigação é fungível, mas o contratante a transforma em infungível, indicando a pessoa que realizará a atividade, como ocorre na contratação de profissionais liberais.¹¹⁴

Conforme seja fungível ou não, o processo de execução destas obrigações apresentará peculiaridades, pois ou se seguirá na tentativa de execução na forma específica através de meios coativos, quando esta for infungível, ou se tentará modalidades subsidiárias de cumprimento quando ela for fungível.

O cumprimento da obrigação de fazer e não fazer basear-se-á no título executivo judicial, como preceitua o artigo 475-N, I, alcançando a decisão liminar estabelecida no artigo 461, §3. No caso das obrigações fungíveis, inicia-se o cumprimento com a intimação do devedor para que realize o cumprimento espontâneo da obrigação em

¹¹¹ Greco, Leonardo. Ob. cit. p.04.

¹¹² Santos, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol.3: 21. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2003.

¹¹³ Salles, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

¹¹⁴ Greco, Leonardo. Ob. Cit. p 03.

prazo estabelecido pelo juiz que deverá variar de acordo com as aptidões práticas do executado e da natureza da prestação.¹¹⁵

Após ser intimado, o executado poderá cumprir voluntariamente, permanecer inerte ou opor-se à execução.

No primeiro caso, dever-se-á observar se o cumprimento ocorreu de forma total, quando haverá o encerramento da obrigação, ou parcial quando então poderá conferir-se maior prazo para o devedor ou haverá a fixação de prazo para o desinteresse na realização da obrigação.¹¹⁶

Caso o executado não se pronuncie no prazo anterior estipulado, ao credor será dada a oportunidade de escolher entre a conversão em perdas e danos ou a execução à custas do devedor, conforme elucida o art. 634 CPC.¹¹⁷

Por último, caso o devedor oponha-se à execução, admite-se a impugnação com base no artigo 475-L do CPC. Apesar de frustrado o cumprimento voluntário, é possível que com a anuência do credor, o cumprimento seja tardio.¹¹⁸

Havendo resistência do devedor poderá o credor requerer a realização da prestação por terceiro (art.634 CPC) ou a conversão em perdas e danos (artigo 461, §1º) liquidando-as e aplicando o procedimento do artigo 475-J. O cumprimento por terceiro deverá ser submetido ao rito do artigo 634, tendo em vista a subsidiariedade positivada no artigo 475-R do CPC.¹¹⁹

Em ponto comparativo ao sistema pátrio exposto, temos o panorama executivo espanhol que sofreu grandes modificações após a promulgação da Constituição da Espanha, em 1978, culminando em uma nova edição da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, em 2000, que não era reeditada desde 1881.

O sistema espanhol dispunha de inúmeras medidas para promover o adimplemento pelo credor, incluindo neste rol a prisão. Eram as chamadas “Partidas”. Este sistema tornou-se contrário ao brocardo jurídico generalizado pela França no Código Napoleônico do *nemo potest cogi ad factum* que pregava a total intangibilidade do indivíduo na execução e que foi deveras assimilado pela Espanha.¹²⁰

A antiga *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC) de 1881, em seu artigo 924. I, trazia a possibilidade de a obrigação ser prestada por terceiros. Porém, o dispositivo

¹¹⁵ Assis, Araken. Ob. Cit. p. 522.

¹¹⁶ Ibid.p. 525.

¹¹⁷ Ibid.p.527.

¹¹⁸ Ibid.p. 527.

¹¹⁹ Ibid.p.528.

¹²⁰ Comas, Catalá. *apud* Talamini, E. Ob. Cit. p. 64.

autorizador de tal medida mostrava-se pouco funcional devido à ausência de previsão de um rito que subordinaria a escolha deste terceiro, bem como a ausência de dispositivos que indicassem a liquidação das verbas de pagamento deste, o que fez com que a doutrina afirmasse ser possível a execução do devedor para a obtenção do valor do orçamento realizado pelo terceiro. Nos casos de urgência, era autorizado o emprego das “cautelares indeterminadas”, buscando assegurar a efetividade de futuras condenações.¹²¹

Após a promulgação da Constituição em 1978 e toda uma mudança de paradigmas trazidas com ela, a LEC acabou por ser reeditada realizando grande modificação no campo referente à “ejecución no dineraria”. Na exposição de motivos vemos explícita tal transformação:

Mención especial ha de hacerse del cambio relativo a la ejecución no dineraria. Era preciso, sin duda, modificar un regulación claramente superada desde muy distintos puntos de vista. Esta Ley introduce los requerimientos y multas coercitivas dirigidas al cumplimiento de los deberes de hacer y no hacer y se aparta así considerablemente de la inmediata inclinación a la indemnización pecuniaria manifestada en la Ley de 1881. Sin embargo, se evitan las constricciones excesivas, buscando el equilibrio entre el interés y la justicia de la ejecución en sus propios términos, por un lado y, por otro, el respeto a la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario.¹²²

Atualmente, a disciplina da execução das obrigações de fazer encontra-se entre os artigos 705 a 709, além de submeter-se às disposições gerais encontradas no artigo 699 e 700.

Quanto às obrigações fungíveis, denominadas de não personalíssimas, o artigo 706 coloca à disposição do exequente duas opções, também observadas no sistema processual civil brasileiro, que são a execução da atividade por terceiro ou sua conversão em perdas e danos.

Cabe observar que o sistema espanhol confere na parte de disposições gerais (art.699), a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas através de multas pecuniárias e “apremios personales”, entendidos como uma advertência sobre a incidência do tipo penal de desobediência, acarretando punição criminal e não como previsão da pena de prisão.¹²³

Assim como ocorre no Brasil, é conferida ao executado a oportunidade de cumprir a obrigação espontaneamente através da concessão de um prazo pelo juiz,

¹²¹ Talamini, E. Ob. Cit. p. 65/66.

¹²² Espanha, *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ley 1/2000 de 7 de janeiro. Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/LEC/EM.htm>> Acesso em 03 de dez. de 2007.

¹²³ Comas, Catalá. *apud* Talamini, E. Ob. Cit. p. 64.

homenageando a prestação na forma devida pelo devedor (art. 699 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* e art. 632 do Código de Processo Civil).

Como dito anteriormente, o sistema espanhol agora prevê a execução da obrigação de fazer através de um terceiro, o que deverá ocorrer após prévia valoração da atividade por um perito, devendo o executado depositar a respectiva soma ou assegurar o seu pagamento futuro (art.706.2). Caso isto não ocorra, procede-se ao imediato embargo dos bens do devedor até a quantia necessária para a sua realização (art. 706.2).

Caso o credor opte pela conversão em perdas e danos, segue-se à liquidação estabelecida nos artigos 712 e seguintes, acrescidas da multa de 50% do valor da prestação¹²⁴, que tratam especificamente “De la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas”.¹²⁵

Além disso, o tribunal poderá mandar que se publique a sentença em meios de comunicação, o que ocorrerá por conta da parte vencida. Havendo negativa neste cumprimento, proceder-se-á de igual forma à execução por terceiros quando não depositado o valor ou não assegurado o pagamento.¹²⁶

Quanto à execução das obrigações de fazer infungíveis, o sistema pátrio e o espanhol estabelecem tutela diferenciada para seu cumprimento, tendo em vista a impossibilidade da prestação ser realizada por terceiro.

A legislação brasileira não dispõe de um rol de obrigações desta natureza.¹²⁷ Apesar desta ausência, a configuração da pessoalidade ou não da prestação é fator indiferente para as letras normativas, tendo em vista que é uma prerrogativa do credor estabelecer a fungibilidade ou não da obrigação.¹²⁸

Assim, deve-se aferir a vontade do credor no momento da contratação, o que pode tornar-se tarefa complexa caso não esteja expresso no contrato, devendo o magistrado analisar as circunstâncias do acordo realizado para declarar a pessoalidade ou não da obrigação.¹²⁹

Devemos nos lembrar das chamadas “infungibilidades práticas” que nem sempre decorrem da negativa de cumprimento do devedor, mas sim de circunstâncias fáticas ou jurídicas que impedem o cumprimento.

¹²⁴ Lopez, Milagros Gil. Informação obtida através de meio eletrônico em 14 de abril de 2008.

¹²⁵ Espanha, *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ley 1/2000 de 7 de janeiro. Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/LEC/L3T5.htm>>. Acesso em 03 de dez. de 2007.

¹²⁶ Comas, Catalá. *apud* Talamini, E. Ob. Cit. 65.

¹²⁷ Assis, Araken. Ob. Cit. p.539.

¹²⁸ Salles, C. A. Ob. Cit. p. 271.

¹²⁹ Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 30 de abril de 2007.

A execução das obrigações de fazer infungíveis ocorrerá sempre na tentativa de proporcionar ao credor o cumprimento na forma devida, núcleo central desta modalidade de obrigação. Para se alcançar tal objetivo, o juiz encontra-se autorizado a adotar medidas que garantirão o cumprimento ou a obtenção do resultado prático equivalente. Caso tais hipóteses não se concretizem, poder-se-á ocorrer a conversão em perdas e danos.¹³⁰

O sistema brasileiro admite a aplicação de medidas de coerção direta e indireta que irão forçar o devedor a executar a atividade atribuída a ele. A primeira delas é caracterizada por conferir ao comando apresentado na sentença ou decisão a coercibilidade necessária a ponto de compelir o devedor ao cumprimento devido. Já as medidas de coerção indireta objetivam a punição do devedor por sua desobediência a uma ordem judicial que lhe foi endereçada, qual seja, aquela que emitir a ordem de execução da obrigação na pessoa do devedor.¹³¹

A coerção direta pode assumir diversas espécies, tais como a interdição de locais, busca e apreensão,¹³² sendo, porém a mais usual a multa, conforme se depreende dos artigos 287 e 461, §4º do código processual pátrio, podendo ela ser fixada a requerimento do autor ou de ofício. Como medida de coerção indireta, temos a tipificação do crime de desobediência para aquele descumpridor de ordem judicial.¹³³

Outra técnica processual que busca o adimplemento das obrigações positivas infungíveis é o resultado prático equivalente.

Enquanto a tutela específica irá proporcionar ao executado o cumprimento da obrigação exatamente na forma acordada, como se espontâneo fosse, no resultado prático equivalente procura-se uma execução diferente da original, porém que acarretará em um resultado equivalente ao do adimplemento.¹³⁴

Carreira Alvim oferece como exemplos ao analisar a possibilidade de tutela antecipada em resultado prático equivalente, a hipótese onde o réu encontra-se ordenado à abstenção de lançamento de poluentes no ar fechando suas chaminés poluidoras. Como providência assecuratória do resultado, este colocaria filtros a fim de extinguir tal lançamento indesejado.¹³⁵

¹³⁰ Greco, L. **Tutela jurisdicional específica**, p.76.

¹³¹ Salles, C. A.. Ob. Cit. p.289

¹³² Greco, Leonardo. Ob. Cit., p. 78.

¹³³ Salles, C. A. Ob. Cit. p.288.

¹³⁴ Alvim, J. E. C. Ob. Cit. p. 170.

¹³⁵ Ibid. p.67.

Outro exemplo apresentado pelo autor é a condenação do réu à reconstrução de um aqueduto (tutela específica), porém, em ordem liminar, ordena-se a perfuração de poço artesiano (resultado prático equivalente) para garantir-se o abastecimento de água a determinado local.

Para Leonardo Greco estas hipóteses não podem ser consideradas como obtenção de um resultado prático equivalente. No primeiro caso, especificamente, se a condenação do devedor foi no sentido de se promover o fechamento da chaminé para garantir-se a ausência do lançamento de poluentes no ar, o cumprimento da obrigação só ocorrerá com o respectivo fechamento, tendo em vista a impossibilidade do magistrado em modificar o dispositivo da sentença no momento da execução. A questão referente à possibilidade de colocação dos filtros deveria ser apresentada como matéria de defesa na contestação.¹³⁶

Na definição do eminente doutrinador, o resultado prático equivalente deve ser observado como “a satisfação do credor com o cumprimento de uma prestação diversa daquela que foi ajustada ou que foi estabelecida no título, quando se trata de obrigação de fazer infungível, e desde que ele (autor) concorde.” O exemplo apresentado é o dos grandes espetáculos públicos, onde o artista principal recusa-se a apresentar-se. O show ocorrerá, porém com a presença de outro artista, diferente daquele famoso. Diante desta situação, o comprador do ingresso poderá decidir entre assisti-lo, mesmo com a modificação do artista principal ou poderá requerer o valor do ingresso de volta, pois sua intenção era a de justamente ver aquele determinado ator ou cantor que se recusou a subir no palco.¹³⁷

Assim, nas obrigações personalíssimas, ninguém poderá cumpri-las da forma acordada, senão o devedor. Porém, pode-se alcançar uma atividade ou serviço muito semelhante à obrigação inadimplida satisfazendo o credor.

Cabe lembrar que a obtenção do resultado prático equivalente é uma medida de caráter substitutivo, tendo em vista que o objeto da obrigação é o seu cumprimento na forma específica. Dentro de uma ordem prioritária para o cumprimento da obrigação positiva infungível, o credor exerce verdadeiro direito potestativo sobre o devedor quando, diante da impossibilidade da obtenção do cumprimento na forma devida, aquele poderá optar entre o resultado prático equivalente ou a conversão em perdas e danos.¹³⁸

¹³⁶ Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 30 de abril de 2007.

¹³⁷ Ibid. p. 10.

¹³⁸ Alvim, J. E. Carreira. Ob. Cit. p. 45.

O credor é quem irá definir o modo de execução da prestação, cabendo somente ao executado anuir. Decerto é um direito do devedor cumprir a obrigação na forma pactuada anteriormente, mas não configura como seu direito a execução da prestação por terceiros sem a anuência do credor.¹³⁹

O direito espanhol, após a introdução de um novo sistema de “ejecución no dineraria”, estabeleceu a disciplina do cumprimento das obrigações de fazer infungíveis em seu artigo 709 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

O primeiro ponto trazido é o da possibilidade de discussão sobre a fungibilidade ou não da prestação dentro do processo e da justificação do executado pela negativa de cumprimento. O debate deve ocorrer dentro do prazo estabelecido pelo juiz para o cumprimento espontâneo da obrigação pelo executado.

Caso o Tribunal discorde do caráter personalíssimo, segue a execução sobre o prisma ditado pelo artigo 706, que disciplina a execução de fazer fungível. Se o Tribunal concordar com o caráter infungível da prestação, após o esgotamento do prazo para cumprimento espontâneo, o credor poderá optar entre o recebimento do equivalente pecuniário da prestação ou seguir com a execução, solicitando o estabelecimento de uma multa ao inadimplente a cada mês que transcorra sem a execução da obrigação, conforme observa o artigo 709. A LEC não estabelece um valor exato, apenas estando as multas em função do valor da prestação, porém podendo, na prática, alcançar até 20% do montante devido.¹⁴⁰

A cada três meses, o credor deverá reiterar seus requerimentos até que transcorra um ano. Após este período, o credor deverá, novamente, fazer a opção da conversão no equivalente pecuniário ou o juiz poderá continuar a execução com “la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante”.

Parece-nos que a redação conferida ao artigo 709.3 traz a possibilidade de adoção de medidas atípicas como meio de coerção na tentativa de cumprimento da obrigação pelo devedor, como é autorizado no sistema brasileiro. Para Milagros Gil

Este inciso del apartado 3 del artículo 709 habilitaría para que se pudiese adoptar cualquier medida pero en la práctica procesal habitual, todos estos casos se terminan transformando en una ejecución dineraria.¹⁴¹

¹³⁹ Ibid. p. 47.

¹⁴⁰ Lopez, Milagros Gil. Informações obtidas através de meio eletrônico em 14 de abril de 2008.

¹⁴¹ Lopez, Milagros Gil. Informação obtida através de meio eletrônico em 14 de abril de 2008.

3.3 – Execução das obrigações de não fazer e a tutela inibitória

As obrigações negativas são aquelas que decorrem de um comportamento omissivo do indivíduo. Elas consistem em não realizar determinado ato, tolerar algum fato natural ou atividade alheia ou consentir na prática de determinado ato que dependa de autorização.¹⁴²

O sistema de execução destas obrigações antes do ingresso das tutelas específicas no ordenamento jurídico pátrio seguia o procedimento dos artigos 642 e 643, endereçados às obrigações de não fazer. Este procedimento é voltado para a reparação do ato quando a obrigação já foi violada, conforme preceitua cláusula do artigo 642 a iniciar sua disposição com “Se o devedor praticou o ato(...)”. Assim, o sistema positivado volta-se para ao caráter repressivo da norma e não o preventivo.¹⁴³

Araken de Assis aponta dois motivos que ocasionaram a configuração deste sistema baseado no artigo 883 do Código Civil de 1916: o primeiro relaciona-se com uma aplicação “pobre e reacionária” do brocardo jurídico “*nemo potest cogi ad factum*” que repele as modalidades de execução coercitivas. O segundo motivo demonstrado pelo autor é a ausência de consciência técnica da diferenciação entre o fazer de consumação instantânea e duradoura.¹⁴⁴

A violação instantânea é aquela decorrente de um *facere* que rapidamente cessa. Ela se configura e quando o lesado busca a via judicial, ela não existe mais. Nas violações duradouras a lesão se protraí no tempo e a sua cessação não é rápida ou automática.¹⁴⁵

Apesar de assimilarem esta distinção, os artigos 642 e 643 não possuem o objetivo de evitar a prática do ato, apenas prevendo medidas repressivas como o desfazimento do ato ou a conversão em perdas e danos. A obrigação de não fazer torna-se uma obrigação positiva no sentido de prever uma atividade para ressarcir, de alguma forma, a violação da obrigação.¹⁴⁶

Este sistema, sozinho, não atende às necessidades e ocorrências factuais do cotidiano, tendo em vista que ele não prevê a possibilidade de inibir a ocorrência do ato lesivo, devendo o credor, por este método, “esperar” a lesão, o que deve ser afastado em

¹⁴² Assis, Araken. Ob. Cit. p. 540.

¹⁴³ Ibid. p.541.

¹⁴⁴ Ibid. p. 541.

¹⁴⁵ Greco, Leonardo. **Processo de Execução**. vol. 2, p. 522.

¹⁴⁶ Assis, A. Ob. Cit. p. 542.

respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e pela disposição constitucional do artigo 5º, XXXV da CRFB/1988, que tutela a “ameaça a direito”.¹⁴⁷

Com o surgimento e a evolução das tutelas específicas buscou-se um sistema que prevenisse a ocorrência do ato lesivo através de providências que intimidassem o devedor, tendo respaldo também em disposições infraconstitucionais, como o artigo 287 do CPC e na lei 8.078/90 em seu artigo 84, §4º.¹⁴⁸

A tutela preventiva desta modalidade de obrigação decorre do próprio avanço das tutelas específicas, buscando a abstenção do ato conforme estabelecido e não a mera reparação da lesão ao bem ou atividade. A esta atividade preventiva da violação deu-se o nome de tutela inibitória.¹⁴⁹

Devemos considerá-la como modalidade de tutela específica devido ao seu objetivo de conservação do direito, garantindo a integridade da esfera jurídica do indivíduo que, no sistema apresentado pela execução dos artigos 642 e 643, deveria esperar a lesão. Marinoni aponta como hipóteses de tutela inibitória no direito brasileiro o interdito proibitório, a nunciação de obra nova, a ação cominatória contra “uso nocivo da propriedade”, interdito proibitório pra tutela de bens imateriais (marca comercial, invento, direito autoral entre outros), ação cominatória baseada no artigo 287 do CPC e o mandado de segurança.¹⁵⁰

O autor ainda realiza importante crítica quando observa que, até a reforma de 1994, este diploma não apresentava modalidade adequada de tutela inibitória dos direitos não patrimoniais, destinando-se apenas à proteção da posse e propriedade, exceto no caso do mandado de segurança, mas que só poderia ser utilizado quando o Estado atentasse contra o particular.¹⁵¹

A tutela inibitória deverá ser requerida via ação inibitória, de cognição exauriente, mas nada impedindo sua concessão antecipada de caráter cautelar, com base no artigo 461, §3º, observando os requisitos necessários do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Além disso, a concessão de liminar dependerá do seu grau de lesividade.¹⁵²

¹⁴⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva** – 4 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁴⁸ Ibid. p. 39.

¹⁴⁹ Greco, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 30.05.2007.

¹⁵⁰ Marinoni, L. G. Ob. Cit. p. 291.

¹⁵¹ Ob. Cit. p. 303.

¹⁵² Greco, Leonardo. **Execução nas ações civis públicas**. p 353.

Sua realização deverá ocorrer após decisão que imponha o não-fazer, permitir ou tolerar sob pena de multa, que irá exercer pressão sobre a vontade do réu para que este cumpra a ordem judicial, impedindo a ocorrência da violação, sua repetição ou continuação da prática indesejada.¹⁵³

Para que haja a inibição do executado à sua conduta, a multa prevista deve ser suficiente para paralisar o devedor, convencendo o réu de que o descumprimento da decisão ou sentença ser-lhe-á gravosa, ou seja, a multa imposta pelo magistrado deve destinar-se à sua natureza coercitiva e não à mera sanção pecuniária facilmente suportada pelo inadimplente, sob pena de inefetividade do provimento anteriormente concedido.¹⁵⁴

Na fixação do seu respectivo valor, o juiz deverá estabelecê-lo de modo que possa atingir seu objetivo principal, ou seja, inibir o credor. Não há limitação no seu valor, devendo o magistrado sempre considerar a capacidade econômica do demandado para que ela não se torne injusta.¹⁵⁵

Cabe lembrar que após a inclusão do artigo 461 ao CPC, houve a quebra da tipicidade dos meios executórios, conferindo ao juiz uma gama de modalidades executivas adequadas ao caso respectivo.¹⁵⁶ Desta forma, caso a fixação da multa não consiga atingir seu objetivo coercitivo, o magistrado poderá utilizar-se das “medidas necessárias”, conforme preceitua o §5º do artigo 461 do CPC.

3.4 – Execução de obrigação de prestar declaração de vontade

Em determinadas hipóteses, as partes podem, ao invés de realizarem prontamente um contrato ou uma atividade, estipularem cláusulas ou condições de um contrato posterior. Esta obrigação de fazer irá dispensar uma atividade física do obrigado, estando ele vinculado por uma pré-convenção ou pela lei.¹⁵⁷

Neste contexto, nos vemos diante de uma obrigação de fazer infungível, porém distinta daquela que essencialmente não poderá ser satisfeita pela atuação do Judiciário, pois nesta obrigação, o magistrado poderá substituir a vontade do devedor emitindo um comando que irá produzir todos os efeitos referentes à declaração que foi omitida. A

¹⁵³ Ibid. p. 353.

¹⁵⁴ Marinoni, L. G. Ob. Cit. p.218.

¹⁵⁵ Ibid.p. 220.

¹⁵⁶ Greco, Leonardo. Ob. Cit.p. 493.

¹⁵⁷ Assis, Araken. Ob. Cit. p. 545.

sentença que substituirá a declaração do executado só produzirá seus efeitos após o seu trânsito em julgado, como preceitua o art. 466-A do CPC, não vislumbrando, portanto a possibilidade de aplicação de das medidas constantes do artigo 461 e nem de provimento liminar.¹⁵⁸

Esta declaração omitida reconhecida na sentença irá sub-rogar totalmente a vontade do executado, não sendo necessário qualquer outro ato para sua efetivação, nem a demanda de outra ação autônoma para realização do seu comando.¹⁵⁹ Como o magistrado irá declarar uma vontade de terceiro, sua atuação cinge-se a exatamente aquilo que este se comprometeu a realizar, não cabendo ao juízo a determinação de um direito estranho ao acordo anteriormente realizado pelas partes, não transferindo direitos anteriormente perdidos.¹⁶⁰

Apesar de sua execução imediata após o trânsito em julgado da sentença, algumas declarações de vontade necessitarão de um processo de execução autônomo para a sua real efetivação, como ocorrerá quando o executado for ente público, se a declaração tiver natureza cambial ou quando o devedor for obrigado a realizar determinado comportamento.¹⁶¹

O sistema processual civil espanhol prevê no Título V da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), que disciplina a execução “no dineraria”, um instituto específico para a execução das declarações de vontade em seu artigo 708, inserido do capítulo da execução de obrigações de fazer e não fazer.

Este artigo oferece um prazo de vinte dias para a emissão da vontade pelo executado. Se o cumprimento da obrigação não ocorrer, o tribunal entenderá como emitida a vontade caso estejam presentes os elementos essenciais do negócio. Se ocorrer a emissão, o exequente poderá requerer a inscrição ou anotação em órgãos de Registro, dependendo do objeto e conteúdo da declaração. Na hipótese de os elementos não essenciais do contrato não estarem pré-determinados, o tribunal poderá estipulá-los após oitiva das partes.¹⁶²

¹⁵⁸ Greco, L. **O processo de execução**, vol.2, p. 510.

¹⁵⁹ Juvêncio Vasconcelos Viana (**Efetividade do processo em face da Fazenda Pública** – São Paulo: Dialética, 2003, p. 248) faz referência às críticas apresentadas pela doutrina quanto a inserção da disciplina da sentença substitutiva de declaração de vontade, tipificava como providência de natureza cognitiva – também demonstrando haver divergência quanto à este ponto – dentre os dispositivos disciplinadores da execução.

¹⁶⁰ Assis, A. Ob. Cit. p. 531.

¹⁶¹ Leonardo Greco (Ob. Cit. p. 513) além de dispor estas hipóteses, dá como exemplo da última situação o caso em que o devedor é obrigado a votar em assembleia de sócios, devendo redigir seu voto emitindo uma declaração de vontade.

¹⁶² Espanha, *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ley 1/2000 de 7 de janeiro. Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/LEC/L3T5.htm>>. Acesso em 13 de fev. de 2008.

Para ocorrer a sub-rogação total do juízo na materialização da declaração de vontade omitida é necessário, de acordo com a LEC, a presença dos elementos essenciais do negócio. Caso haja a indeterminação destes requisitos e o executado não realize a obrigação de declaração, a execução segue por danos e prejuízos que serão liquidados conforme estipulação do artigo 712 e seguintes que disciplinam tal matéria.

Além da aplicação subsidiária da LEC, a *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA) prevê uma modalidade de sub-rogação total do juízo na chamada “ejecución por medios judiciales” (ver item 4.1) que condenará a Administração a emitir determinado ato.

O Judiciário não poderá elaborar o conteúdo de um ato discricionário da Administração, com base na repartição de competências e na própria LJCA que prevê, em seu artigo 71.2, que o juízo não poderá determinar o conteúdo discricionário de um ato administrativo. Porém, com base no artigo 708.1 da LEC, se no prazo estipulado o órgão administrativo não cumprir com a declaração de vontade, presentes os elementos essenciais, considerar-se-á determinado o conteúdo do ato, conforme estipulado anteriormente.¹⁶³

CAPÍTULO 4 – A EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER EM FACE DO ESTADO: DINÂMICA BRASILEIRA E ESPANHOLA

4.1 – Breve nota sobre a jurisdição contenciosa administrativa na Espanha e a execução em face do Estado das obrigações de fazer e não fazer

¹⁶³ Castillejo, Raquel Manzanares. **La incidencia de la ley de enjuiciamiento civil en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas**. Disponível em http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD09.pdf. Acesso em 13 de fev. de 2008, p. 4673 a 4693.

Começamos por relatar um breve histórico da evolução legislativa referente à jurisdição contenciosa-administrativa na Espanha que teve como base a clássica separação de poderes.¹⁶⁴

Este sistema tem seu início a partir da Lei 2 de abril de 1845 que trazia a organização e atribuições dos “Consejos Provinciales” e manifestava-se taxativamente no sentido de atribuir aos agentes da Administração a função de execução das sentenças provenientes destes conselhos em matéria administrativa (art. 21).¹⁶⁵

A lei de 13 de setembro de 1888 confirmou o poder dos Tribunais de jurisdição contenciosa-administrativa e os tribunais provinciais, admitindo que suas decisões deveriam ser enviadas para a Autoridade Administrativa para que esta adotasse todas as medidas necessárias para o cumprimento do julgado, devendo ela dar cumprimento a sentença no prazo de um mês. Porém, esta mesma lei estabelecia a possibilidade de suspensão do julgado por razões de interesse público e o estabelecimento de indenização ao particular nestes casos específicos.¹⁶⁶

Neste contexto, adotou-se um sistema híbrido, assimilando disposições entre duas teorias que vigiam no momento: a teoria judicialista e a teoria administrativista. Com base nelas, surge um sistema com a presença de órgãos de natureza mista, tendo como característica a atribuição de competência para resolução dos conflitos em face da Fazenda Pública e com o poder de decisão própria resolvendo, definitivamente, a lide em questão.¹⁶⁷

A fim de promover o cumprimento das decisões, criaram-se três instrumentos técnicos de acompanhamento e controle do adimplemento fazendário. O primeiro deles referia-se à apresentação do título judicial com a indicação da quantidade líquida devida no mês seguinte ao dia da notificação da sentença, para quando fosse preciso um orçamento extraordinário. O segundo foi a tipificação do crime de desobediência e a configuração da responsabilidade civil e criminal do inadimplemento pelas autoridades administrativas e o terceiro, a publicação na “Gaceta de Madrid” de um acompanhamento das decisões cumpridas referentes ao ano anterior juntamente com

¹⁶⁴ Fontestad, Leticia Portalés. **La jurisdicción contencioso-administrativa en España**. Revista CEJ, Brasília, n.34, p.62-72, jul/set.2006.

¹⁶⁵ López, José Ignacio González. **El sistema español de ejecución de sentencias condenatorias de la administración**. In La justicia administrativa em el derecho comparado, Javier Barnes Vazquez (coord.)- Monografías Civitas.

¹⁶⁶ Ibid., p. 376; Silva, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública** – São Paulo: Malheiros Editores, 1999,

¹⁶⁷ Fontestad, L. P. Ob. Cit., p.62.

uma relação das razões pelas quais outras decisões ainda não desfrutavam de cumprimento pela Administração Pública.¹⁶⁸

Em 1904 surge a *Ley Maura* que trouxe uma modificação pontual em uma norma anterior, o Real Decreto de 22 de junio de 1894, que se aplicava à lei de 1888. Porém, tais modificações específicas acabaram por realizar uma grande mudança ao sistema ao judicializar em maior medida a execução de contra a Fazenda Pública.¹⁶⁹

A partir dela, delineiam-se os traços essenciais do sistema espanhol de execuções de sentenças condenatórias do regime posterior de 1956, com a *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, quando se optou por um sistema judicial puro em que as decisões referentes aos recursos contencioso-administrativo¹⁷⁰ “solo podia recaer sobre el poder judicial por su clara naturaleza jurisdiccional”.¹⁷¹

Apesar desta maior judicialização do contencioso-administrativo na Espanha, a Fazenda Pública continuava com seu privilégio de “retención de la potestad de ejecución”¹⁷² e em consequência desta manutenção, as decisões dos recursos eram de competência dos órgãos jurisdicionais, porém sem possibilidade de efetivação da sentença, que se encontrava à disposição da Administração Pública, configurando verdadeira faculdade e não dever, o que acarretava em grande insegurança jurídica, tendo em vista a autotutela executiva atribuída ao Estado.¹⁷³

A permanência do direito da Fazenda de executar suas sentenças, aliado ao seu comportamento de freqüente inadimplemento, gerou grandes críticas por parte da doutrina que ia de encontro à situação estabelecida,¹⁷⁴ claramente favorável ao Estado e desrespeitosa do cidadão. Estas críticas acabaram por se fortalecer a partir da promulgação da Constituição Espanhola de 1978, que estabeleceu a judicialização plena da Administração, positivando em seu artigo 117.3 que a função dos órgãos jurisdicionais é de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.¹⁷⁵

Assim, a norma constitucional apresentou duas determinações distintas: a primeira que a função jurisdicional não se extingue com o julgamento da lide, mas

¹⁶⁸ López, J. I. G., Ob. Cit., p.377.

¹⁶⁹ Ibid. p. 381.

¹⁷⁰ O “recurso contencioso-administrativo” é um inscrito de interposição onde solicita-se ao órgão que ele inicie o processo para a declaração de contrariedade ao direito ou a anulação da atividade da Administração ora impugnada. (Fontestad, L. P. Ob. Cit., p.62.).

¹⁷¹ Ibid., p. 62

¹⁷² Ibid., p. 63.

¹⁷³ Ibid., p. 62 e Lopez, Milagros Gil. **La defensa de los intereses públicos como límite a la ejecución de sentencias contra la Administración**. Revista CEJ, Brasília, n.36, p 72-82, jan./mar. 2007.

¹⁷⁴ López, Milagros Gil. Ibid. p. 72.

¹⁷⁵ Fontestad, L. P. Ob. Cit., p.62.

também exige que se execute o julgado; a segunda que, somente os Tribunais e juízes são os responsáveis pela dupla função jurisdicional de julgar e fazer executar suas decisões, em respeito ao chamado princípio da exclusividade.¹⁷⁶

A *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* de 1956 continuou em vigor após a edição da Constituição de 1978, sendo aplicada diante das novas perspectivas trazidas que modificavam significativamente o sistema contencioso-administrativo, principalmente em relação à execução contra o Estado, o que tradicionalmente era, e ainda é, um dos temas mais conflituoso deste ramo.¹⁷⁷

Com as novas disposições constitucionais, passou-se de um sistema de impossibilidade de execução das decisões dos órgãos jurisdicionais contra o Estado, antes função sob a responsabilidade da Administração, para um sistema de reconhecimento e entrega total desta atividade executiva para o Judiciário, visando a observância do mais alto nível do direito à tutela jurisdicional efetiva.

A Lei de 1956 necessitava de reformas para ajustar-se ao novo paradigma instaurado com a Constituição de 1978, o que gerou a sugestão doutrinária e jurisprudencial, da inconstitucionalidade dos artigos 103 a 112 que regiam a execução de sentenças condenatórias do Estado.¹⁷⁸

Especificamente, a interpretação conferida ao incompatível art. 103, que atribuía a execução das sentenças à Administração, foi matéria suscitada tanto no Tribunal Constitucional como no Tribunal Supremo que, através de suas decisões, manifestaram-se no sentido de que o poder jurisdicional não englobaria somente a declaração do direito, mas também o poder de executar suas decisões, tornando-as efetivas.¹⁷⁹ Porém, a alteração legislativa só foi concretizada com o *Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* de 1997 que converteu-se na Ley 29/1998 de 13 de julio, vigente até então. Antes deste projeto, dois outros haviam sido submetidos à análise, um em 1986 e outro em 1995, mas sem êxito.¹⁸⁰

A nova Lei de 1998 estabelece que o processo contencioso-administrativo espanhol conhecerá “de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de

¹⁷⁶ López, J. I. G., Ob. Cit., p.403.

¹⁷⁷ Lopez, M. G. Ob. Cit. , p. 72.

¹⁷⁸ Silva, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública** – São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

¹⁷⁹ O Tribunal Constitucional manifestou-se na decisão SSTC 67/1984, de 7 de junho e 175/1985 de 12 de novembro e o Tribunal Supremo em SSTC 13 de março de 1986 e 19 de setembro e na ATS de 18 de novembro de 1986. In. Cenizo, Santiago Garduño. **El incidente de ejecución**. Disponível em <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD08.pdf>. Acesso em 13 de fevereiro de 2008.

¹⁸⁰ Fontestad, L. P. Ob. Cit., p.62.

las Administraciones públicas” (art. 1.1) conferindo, assim, uma amplitude nas causas de competência desta jurisdição. Nos dizeres de Leticia Fontestad Portalés:

Se trata, por tanto, de una fórmula amplia ya que la actividad administrativa no siempre implica un acto administrativo, un contrato público o la emisión de un reglamento, sino que también cabe hablar de actividad cuando existe una actividad prestacional de la Administración, cuando realiza cualquier tipo de negocio, en definitiva, cualquier actuación material, inactividad u omisión de actuación debida supone actividad administrativa y, por tanto, deve estar sometida al império de la ley.¹⁸¹

Ela aponta como atividades administrativas que podem sofrer impugnação, as disposições de carácter geral que coloquem fim à via administrativa, sejam elas definitivas ou de trâmite, se estas resolverem a questão de fundo da matéria. (art.25.1). A segunda atividade passível de impugnação é a inatividade da Administração e suas atuações materiais que constituam vias de fato contrárias às disposições da lei. (art.25.2). Os atos produzidos diante das disposições de carácter geral que sejam contrários ao direito também são impugnáveis, conforme preceitua o art.26. Cabe observar que a falta de impugnação direta a uma disposição de carácter geral ou a “desestimación” do recurso referente à atividade, não impede a impugnação dos atos com aplicação baseada nas hipóteses do artigo 25.¹⁸²

Como regra geral, a parte demandada neste tipo de processo será a Administração Pública, que terá pretensões formuladas contra ela de todos aqueles legitimados ativos na ordem contenciosa– administrativa, de acordo com o elenco fixado pela *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA) em seu artigo 19.¹⁸³

¹⁸¹ Ibid., p. 63.

¹⁸² Espanha, *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, de 14 de julio de 1998. Disponível em <<http://constitucion.rediris.es/legis/1998/129-1998.html>>. Acesso em 28 de janeiro de 2008.

¹⁸³ Este artigo elenca como legitimados ativos neste processo: “a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.c) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos Públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra Entidad pública no sometida a su fiscalización.d) La Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo Público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.e) Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.f) El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la ley.g) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines.h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes.” Existe também a chamada “legitimación vecinal” (legitimação do vizinho), diferente da legitimação popular, onde poder-se-á exercer o direito de ação em nome de entidades locais, conforme disposição na legislação de regime local.(art.19.3). In Espanha, *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, de 14 de julio de 1998.

São previstos dois procedimentos dentro do contencioso-administrativo, o “procedimiento ordinario” e o “procedimiento abreviado”. Este se refere às causas onde a quantia econômica não ultrapasse os 13.000 euros, nas causas referentes a estrangeiros, inadmissões de pedidos de asilo político e nas causas referentes a funcionários a serviço da Administración Pública, independente do objeto pleiteado, bem como assuntos em matéria desportiva quando do envolvimento de *dopping*. O procedimento ordinário é o mais comum e utilizado, envolvendo as demais matérias não inseridas nos assuntos anteriores.¹⁸⁴

O seu início distingue-se do processo declarativo civil, como ainda assevera Fontestad:

El proceso contencioso – administrativo, a diferencia del proceso declarativo civil, no comienza con una demanda, sino con la presentación de un escrito de interposición en la que el actor solicita del órgano jurisdiccional que inicie el proceso. Posteriormente será cuando el demandante interponga su demanda en la que incluirá su pretensión. Vemos, por tanto, como si el proceso civil principia por demanda en la que el demandante ejercita la acción y su pretensión, en el proceso contencioso-administrativo, con el escrito de interposición se ejercita la acción y, con la demanda, la pretensión, facilitando así la labor del actor, pues en el escrito de interposición identificará el acto, resolución o disposición que se recurre para que la Administración competente remita el expediente administrativo y sobre el mismo pueda el actor presentar su demanda fijando con precisión la pretensión que ejercita.¹⁸⁵

A execução das sentenças segue agora, o rito estabelecido pelos art. 103 a 113 da lei de 1998 que proporcionou grande avanço nesta temática jurídica, porém que ainda mostra-se incompleta frente a este procedimento, ainda sendo necessária a aplicação subsidiária da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC).¹⁸⁶

Assim como na LEC de 2000, a *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* também prevê um prazo de “cortesia” para o cumprimento voluntário da obrigação sem a necessidade da implementação de uma execução forçada (art.104). Após a comunicação ao órgão administrativo da sentença definitiva, este deverá, no prazo de 10 dias, indicar o órgão responsável pelo cumprimento da obrigação e após a comunicação deste, a Administração possuirá dois meses para cumprir voluntariamente o dispositivo. Este prazo poderá ser diminuído no caso de possibilidade de grave

Disponível em <<http://constitucion.rediris.es/legis/1998/129-1998.html>>. Acesso em 28 de janeiro de 2008; e Fontestad, L. P. Ob. Cit., p.65.

¹⁸⁴Espanha, *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 14 de julio de 1998.* Disponível em <<http://constitucion.rediris.es/legis/1998/129-1998.html>>. Acesso em 28 de janeiro de 2008; Portáles, L. F. Ob. Cit., p.65.

¹⁸⁵ Fontestad, L. Portalés. Ob. Cit., p.67.

¹⁸⁶López, Milagros Gil. **La ejecución de sentencias en la Ley del contencioso administrativo español**. Revista CEJ, Brasília, n.34, p.73-83, jul./set. 2006.

prejuízo à parte ou ser dilatado para até três meses quando tratar-se de sentenças condenatórias ao pagamento de determinada soma.¹⁸⁷

Para que isto ocorra, estabeleceram-se dois mecanismos para forçar o cumprimento voluntário pela Administração: as multas coercitivas e a responsabilização penal. Para a aplicação destes instrumentos mostra-se necessária prévia individualização do funcionário responsável pela realização daquilo que fora decidido.¹⁸⁸

As multas são mecanismos de ameaça, de constrição, adotadas a fim de persuadir o devedor ao cumprimento da obrigação contida na sentença. No caso da multa presente no artigo 112 da LJCA, sua aplicação, matéria bastante lacunosa na lei, deve recair, prioritariamente, sobre o funcionário responsável pela materialização da sentença, somente incidindo em face da Administração quando for impossível indicar a autoridade ou funcionário responsável, sob pena de dissipar sua efetividade.¹⁸⁹

A responsabilização criminal ou “la deducción del testimonio de responsabilidad penal” decorre do crime tipificado no artigo 410 do Código Penal Espanhol, Título XIX, Capítulo III que trata dos delitos contra a Administração Pública que penaliza “la desobediencia y denegación de auxilio”, estabelecendo que aqueles que se negarem a dar cumprimento a resoluções judiciais ou ordens de autoridade superior incorrerão no crime previsto.¹⁹⁰

Para a tipificação do delito é necessário que o funcionário recuse-se abertamente, a cumprir o dispositivo. Não há necessidade da negativa ser expressa, também sendo possível a configuração do tipo quando da ocorrência de uma inatividade prolongada, apesar dos requerimentos de atuação administrativa.¹⁹¹

Em relação à execução de sentenças que possuem as obrigações *in natura*, a LJCA de 1998 trouxe uma das mais importantes inovações ao estabelecer diversos mecanismos executivos através do artigo 108, matéria que não possuía previsão na lei anterior.¹⁹²

O primeiro deles é o chamado “ejecución por medios judiciales”, onde o órgão jurisdicional irá substituir totalmente a atuação da Administración Pública, sendo esta

¹⁸⁷ López, M.G. Ibid. p. 73.

¹⁸⁸ Ibid. p. 75.

¹⁸⁹ Ibid. p. 75 e Espanha, *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, de 14 de julio de 1998. Disponível em <<http://constitucion.rediris.es/legis/1998/129-1998.html>>. Acesso em 28 de janeiro de 2008.

¹⁹⁰ Espanha, *Código Penal Español – Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre*. Disponível em <<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/es/cpesp20.html>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2008.

¹⁹¹ López, M. G. Ob. Cit. p. 76.

¹⁹² Ibid. p. 79.

uma hipótese de execução substitutiva pura. Para isto, o magistrado poderá requerer a atuação de outras administrações, funcionários a serviço da Administração de Justiça, de membros da polícia judiciária e até de terceiros.¹⁹³

Apesar desta autorização, para a execução de sentenças que imponham uma atuação material do Estado realizando algum ato, como a demolição de uma obra, torna-se dificultosa a aplicação desta modalidade, devido à geração de muitos gastos em consequência desta colaboração e o problema sobre a forma de pagamento de uma Administração a outra ou a terceiro.¹⁹⁴

Esta execução destina-se, principalmente, às hipóteses em que a condenação refere-se à emissão de determinado ato jurídico e sua configuração torna efetiva a decisão definitiva, sem a necessidade de uma atuação posterior para se alcançar a sua efetividade.¹⁹⁵

A segunda modalidade, denominada, “ejecución comisarial”, decorre do artigo 118 da Constituição Espanhola que instituiu o dever de colaboração da Administração. Delega-se a um funcionário da Administração condenada ou até mesmo de outro ente estatal, poderes suficientes para que a sentença seja cumprida sob sua fiscalização. Para a indicação do funcionário não é necessário a observância do regime de competências administrativas, podendo uma autoridade de qualquer administração ser o fiscal do cumprimento da obrigação.¹⁹⁶

A última forma de execução ocorre quando o exequente requer ao órgão jurisdicional uma autorização para designar que um terceiro realize a atividade à custa da Administração no que é chamado de “ejecución subsidiaria” recaindo, principalmente, nos casos em que o Poder Judiciário possuirá uma penetração pequena na fiscalização da realização da atividade.¹⁹⁷

Esta execução positivada na LJCA não possui regulação própria no que concerne à escolha do terceiro cumpridor da obrigação, o que acarreta na aplicação subsidiária da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, nos termos do seu art. 706 que disciplina a execução das obrigações *in natura* por um terceiro. Porém, neste caso, não há a possibilidade de o

¹⁹³ Ibid. p. 80.

¹⁹⁴ Ibid. p. 79.

¹⁹⁵ Ibid. p. 79.

¹⁹⁶ Esta questão foi alvo de grandes discussões acerca da aplicação do regime de competências administrativas na escolha do ente fiscalizador, o que foi refutado pela sentença 167/1987 do Tribunal Constitucional Espanhol de 28 de outubro. Espanha, Tribunal Constitucional Espanhol, Sentencia 167/1987. Relator: don Jesus Leguina Villa, Sala Segunda, 28/10/1987. Publicação BOE 19871121. BOE núm. 279. Consultado no sítio eletrônico do Tribunal <www.tribunalconstitucional.es> em 28 de fev. de 2008.

¹⁹⁷ López, M. G. Ob. Cit. p. 80.

credor optar pela conversão em perdas e danos devido o dever estatal no cumprimento da obrigação nos termos da sentença, salvo nos casos de impossibilidade material ou de expropriação de direitos¹⁹⁸, hipótese em que há um conflito de interesse público e particular e a sentença não poderá ser cumprida devido à finalidade de proteção deste interesses e ordem maior, como por exemplo, o temor fundado de guerra, violação da integridade do território nacional entre outros.¹⁹⁹

4.2 – A escolha dos meios sub-rogatórios nas obrigações de fazer e não fazer contra o Estado e a participação de particulares

Para satisfazer o credor da obrigação fungível, o órgão jurisdicional pode buscar medidas substitutivas de sua atuação, a fim de que ocorra o adimplemento, mesmo contra a vontade do devedor, independente de qualquer providência deste. A prestação jurisdicional é realizada através de meios sub-rogatórios realizados pelo próprio juiz ou determinados a um terceiro para que cumpra a obrigação.

Este sistema funciona bem enquanto o executado é um particular que, notadamente, deve atender às ordens do juízo. O problema surge quando o devedor é o Estado ou pessoas jurídicas de direito público, o que leva a uma “paralisação” da atividade executiva sob o prisma equivocado do preceito constitucional da separação de poderes, sempre invocado na formulação de barreiras ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer contra a Administração.²⁰⁰

Diante de tais condenações, o Judiciário queda-se inerte, esperando o cumprimento da sentença pela própria Administração, através de funcionários titulares de cargos em atribuições para a materialização da decisão.²⁰¹

Favorável a este posicionamento de não ingerência de juízes e tribunais na execução de suas sentenças contra o Estado, encontra-se Vicente Greco Filho expondo que

¹⁹⁸ López, M. G. Ibid. p. 81.

¹⁹⁹ López, Milagros Gil. **La defensa de los intereses públicos como limite a la ejecución de sentencias contra la Administración**. Revista CEJ, Brasília, n. 36, p. 72-82, jan./mar. 2007.

²⁰⁰ Greco, Leonardo. **Tutela jurisdicional específica**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 23, p. 70-84, 2005; Salles, Carlos Alberto. **Execução judicial em matéria ambiental**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

²⁰¹ Greco, L. Ob. Cit. p. 79.

A efetividade fica sacrificada pela impossibilidade jurídica da execução específica da obrigação de fazer, porque o Judiciário, perante o sistema constitucional vigente, não pode praticar atos administrativos da esfera do Executivo, pois estaria invadindo área privativa de outro Poder.²⁰²

Devemos observar que, na verdade, este entendimento mostra-se contrário a realidade do Estado Democrático de Direito então vigente, tendo em vista que tal inatividade estaria negando o direito à tutela jurisdicional efetiva ao cidadão, credor contemplado por decisão judicial, indo de encontro com a eficácia dos direitos fundamentais e promovendo resultados notadamente antijurídicos, onde busca-se a proteção da Justiça que dita o direito, mas não pode realizá-lo.²⁰³

Conforme afirma Salles²⁰⁴, não há norma de impedimento à execução das obrigações de fazer e não fazer contra o Estado e seus entes e a regra constitucional do artigo 100 aplica-se estritamente às execuções por quantia, em que se mostra necessário o planejamento orçamentário para seu cumprimento.

Em nosso sistema executório, o juiz possui à sua disposição poderes diversos para a satisfação do credor no adimplemento da prestação devida. Sob o primado dos direitos fundamentais, em respeito à tutela jurisdicional efetiva, essas possibilidades do juízo também devem ser aplicáveis quando o executado for o Estado.

Em muitos casos, é possível que a resposta estatal seja satisfatória apenas com uma atividade ou imposição do juízo para a materialização do cumprimento ou do resultado prático equivalente. Porém, observamos que atualmente muitas demandas endereçadas ao Judiciário são caracterizadas pela presença de matérias específicas e complexas, o que acarreta na impossibilidade de se obter um resultado processual adequado e efetivo somente com a incidência de uma única tutela executiva ou uma única modalidade de meio, o que poderia inviabilizar a execução. Em outras situações, a imposição do juízo no sentido de restringir ou cessar atividades poderia ser danosa ao interesse social, caso recaísse sobre empresas ou sobre atividades de serviços públicos essenciais.²⁰⁵

Diante de tais circunstâncias, defende-se a intervenção judicial através de acompanhamento e supervisão no órgão cumpridor, sendo possível a designação de um preposto *ad hoc* para praticar o ato imposto judicialmente²⁰⁶, possibilitando ao juízo a

²⁰² Greco Filho, Vicente. *apud* Salles, C. A. Ob. Cit. p. 294.

²⁰³ Greco, L. Ob. Cit. p.79 e Salles, C. A. Ob. Cit. p. 295.

²⁰⁴ *Ibid.* p. 294.

²⁰⁵ Salles, C. A. Ob. Cit. p. 292.

²⁰⁶ Greco, L. Ob. Cit. p. 79

aplicação de todas as medidas adequadas, combinando a efetividade necessária do processo com os interesses sociais expostos.

Para que o Poder Judiciário possa, de forma mais eficaz, obter o cumprimento da obrigação de fazer e não fazer, a incidência destas medidas mostra-se viabilizadora dos resultados pretendidos, devendo ser observadas as atividades específicas estatais, relacionadas com a vontade política do Estado e limites orçamentários.²⁰⁷

Desta forma, as medidas executivas interventivas sub-rogatórias em órgãos estatais devem ser aplicadas em nosso sistema processual,²⁰⁸ sendo uma conseqüência das inovações trazidas com as tutelas específicas, permitindo a adoção de medidas cada vez mais eficazes para alcançar-se o resultado satisfativo da obrigação e em concordância com os ditames do primado dos direitos fundamentais, garantindo a efetividade da tutela jurisdicional.²⁰⁹

Pactuamos com o entendimento de que diante do inadimplemento estatal, o magistrado deverá utilizar de todas as medidas necessárias para o cumprimento da obrigação com base no §5º do art. 461, inclusive podendo tais medidas refletir sobre aquele indivíduo que o juiz designar como cumpridor ou pelo próprio administrador, sem o prejuízo das sanções penais e políticas, bem como das multas pecuniárias do §4º do artigo 461.²¹⁰

O direito espanhol, após afirmar que é função do Poder Judiciário julgar e fazer executar suas decisões,²¹¹ submetendo amplamente os entes administrativos ao direito, como preceitua o artigo 103 da Constituição, adaptou seu sistema executivo contra o Estado aos novos parâmetros constitucionais, acarretando na promulgação de uma nova lei de contencioso-administrativo. Não se discute a violação ao princípio da separação de poderes porque é poder do Judiciário fazer executar suas decisões exatamente como escritas nas sentenças, não importando o réu.

²⁰⁷ Salles, C. A. Ob. Cit. p. 293.

²⁰⁸ Em parecer publicado na Revista de Direito Administrativo, Cândido Rangel Dinamarco defendeu a possibilidade, com base no artigo 461, de nomeação de “administrador judicial com acesso a livros, busca e apreensão, bloqueio de contas, etc, contra o Poder Público – no caso, o descumprimento de uma decisão judicial em sede de mandado de segurança pelo Banco Central. (Dinamarco, C. R. *apud* Viana, Juvêncio Vasconcelos. **A efetividade do processo contra a Fazenda Pública** – São Paulo: dialética:2003, p. 269.)

²⁰⁹ Carlos Alberto Salles (Ibid. p. 295.) defende este posicionamento e invoca o igual entendimento de Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe, onde ambos coadunam com a possibilidade de aplicação destas medidas em órgãos públicos. Também pactua desta posição Leonardo Greco (Ob. Cit. p. 79 e **Execução de liminar em Mandado de Segurança**, p. 205). Em sentido contrário, posicionam-se Eduardo Arruda Alvim (Alvim, E. A. *apud* Greco, Leonardo. Ibid., p. 205) Vicente Greco Filho (Greco Filho, Vicente. *apud* Greco, L. Ibid. p. 205). e J. E. Carreira Alvim (Ob. Cit. p. 170).

²¹⁰ Greco, L. Ob. Cit. p. 80.

²¹¹ Ver item 4.1.

Apesar de não possuir um sistema atípico de execução de sentenças na LJCA e na LEC, tal como observamos na amplitude do §5º do artigo 461 do CPC, o sistema espanhol regulou a execução das obrigações *in natura* contra o Estado, estabelecendo procedimentos notadamente liberais em que não há discussão referente à possibilidade ou não de execução destas obrigações, o que ainda ocorre no Brasil.²¹²

Na Espanha temos a chamada “ejecución subsidiaria”, em que um particular é indicado para realizar a atividade material na qual fora condenada a Administração, quando o juízo não tiver aptidão suficiente para sua materialização, ficando com o encargo de intervenção e fiscalização da mesma, e a “ejecución comisarial” em que é delegado a um funcionário da Administração condenada ou de outra, o poder de executar a sentença, sob sua fiscalização.²¹³

Diferente de como ocorre no Brasil, onde ainda há controvérsia sobre a aplicação deste tipo de intervenção²¹⁴, na Espanha a escolha do terceiro realizador do adimplemento na execução subsidiária é feita pelo próprio credor. Para isto, um perito designado pelo tribunal deverá fixar o valor da prestação e ao Estado restará ser ouvido. Caso não ocorra o pagamento ou se afiance o valor, o órgão jurisdicional poderá embargar os bens da Administração respectiva e proceder à execução forçada da soma.²¹⁵

Na execução “comisarial”, em decorrência do dever de colaboração positivado no artigo 118 da Constituição, faz-se um requerimento de colaboração dirigido prioritariamente aos agentes da Administração condenada dotados de capacidade e competência para aplicar as medidas técnicas e jurídicas na execução. Caso não haja ninguém que possa desempenhar a função com capacidade técnica ou jurídica ou se o órgão negar-se a apresentar um de seus funcionários, incidindo nas responsabilidades correspondentes, o magistrado poderá requerer funcionários de outras entidades estatais, sem a necessidade de aplicar-se critérios de competência administrativa.²¹⁶

²¹²Ver item 4.1 onde há exposição das modalidades de meios executivos com a previsão de atividades substitutivas do juízo, de terceiros e de entes de outras administrações.

²¹³ López, Milagros Gil. **La ejecución de sentencias en la ley del contencioso administrativo español**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 73-83, jul./set.2006.

²¹⁴ Leonardo Greco (**Tutela jurisdiccional específica**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 23, p. 70-84, 2005) defende as medidas executivas sub-rogoratórias interventivas nos entes estatais, observando que a atividade ou abstenção devem ser cumpridas pelo próprio administrador ou por aquele designado pelo magistrado.

²¹⁵ López, M. G. Ob. Cit. p. 81.

²¹⁶ López, M. G. Ibid. p. 80.

4.3 – A escolha dos meios sub-rogatórios quando o cumprimento da obrigação depender de conhecimentos técnicos especializados

Com as inovações introduzidas no sistema processual pátrio pelas tutelas específicas, a atividade executiva deixou de ser mera atividade mecânica, envolvendo o magistrado cada vez mais no resultado final do processo e aumentando sua discricionariedade quando da eleição dos meios cabíveis para a adequada satisfação do credor.

Hoje, o juiz é chamado a solucionar questões de grande complexidade não só jurídica, mas também técnica, envolvendo uma ou diversas obrigações. Quanto mais complexa as circunstâncias fáticas envolvidas e as questões especializadas que auxiliam e solucionam a lide, maior deverá ser a capacidade de resposta do Judiciário à situação apresentada.

Em muitos casos é necessário o estudo e a observância da situação posta em juízo por um indivíduo dotado de conhecimentos especializados para o auxílio na execução.

Cássio Scarpinella Bueno²¹⁷ oferece como exemplo as questões técnicas referentes à matéria de licitação em que a Administração utiliza-se de estudos e opiniões técnicas para a realização de atos administrativos e na adequada atuação do Estado em matérias que o agente público ou o próprio administrador desconhecem. Da mesma forma que estes indivíduos podem invocar a ajuda de auxiliares para a resolução de questões especializadas, o magistrado também poderá argüir esta ajuda, não só para a composição de uma lide, como para controlar determinado ato ou situação devido a sua complexidade.

Um dos exemplos desta necessidade são as chamadas obrigações complexas, muito comuns em matéria ambiental, em que há o envolvimento de um grande número de interessados, questões técnicas complexas com implicações diversas e um elevado número de fatores envolvidos. Neste aspecto, a análise jurisdicional não dependerá meramente de um estudo do direito envolvido, mas também de outros ramos científicos para se alcançar o resultado pretendido.²¹⁸

²¹⁷ Bueno, C. S. **Inafastabilidade do controle judicial da Administração**. In: Direito Processual Público – A Fazenda Pública em juízo. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

²¹⁸ Salles, C. A. Ob. Cit. p. 253.

Nestas obrigações, o magistrado não poderá conferir o seu cumprimento exclusivamente à pessoa do devedor, tendo em vista que a sua execução pode gerar sérios danos aos direitos difusos e coletivos por ela protegidos. Apesar da tutela destes direitos em determinadas leis, como a da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, o direito brasileiro não conferiu normatização própria para a execução desta monta, envolvendo diversas obrigações, fatores técnicos e humanitários envolvidos.²¹⁹

Justamente para a efetivação adequada destes direitos, cada vez mais defendidos e requeridos pela sociedade, deve o magistrado realizar uma atividade de acompanhamento ou fiscalização desta execução.

Nesta perspectiva, a sentença proferida pelo juiz não conseguirá alcançar todas as situações fáticas e técnicas possíveis que serão apresentadas ao longo desta execução. Com esta inovação, reafirma-se que a atividade executiva deixou de ser mecanizada, para então ser dotada de um necessário envolvimento do juiz executor e, neste caso, de uma atividade cognitiva forte, da qual dependerá a realização da obrigação ou não.²²⁰

Como elucida Leonardo Greco:

o poder jurisdicional se desloca da fase de conhecimento para a de execução, pois somente nessa fase é possível detalhar as medidas práticas a serem adotadas, relativizando a concepção racionalista do Código de 73 que separou a atividade cognitiva e a atividade prática em processos autônomos.²²¹

Neste momento, o juiz deverá nomear, caso não conste no título, um administrador judicial para definir prazo ou plano de cumprimento que será, após oitiva das partes, executado pelo devedor sob a supervisão de um administrador nomeado, buscando a efetivação de sua sentença,²²²mas também realizando uma análise entre custo e benefício das medidas utilizadas pelo juízo, a fim de se assegurar a observância do princípio constante no artigo 620 do CPC, onde a execução deverá ocorrer do modo menos gravoso ao devedor.²²³

4.4 – As obrigações de fazer e não fazer e o ordenamento jurídico processual de cada país (CPC X LJCA)

²¹⁹ Greco, L. **Processo de Execução**. vol. 2, p. 518.

²²⁰ Salles, Ob. Cit. p. 296.

²²¹ Greco, L. **Execução nas ações civis públicas**, p. 339/340.

²²² Greco, L.. **Processo de Execução**. vol. 2, p. 519.

²²³ Salles, C. A. Ob. Cit. p. 325.

Os sistemas processuais brasileiro e espanhol sofreram significativas mudanças nos últimos anos, principalmente no que se refere à busca pela efetividade processual.

Em 1994, a lei 8.952 trouxe inovações na disciplina das tutelas específicas ao positivá-las no Código de Processo Civil, seguida pela lei 10.444/2002 e, atualmente, na grande alteração promovida pelas leis 11.232/05 e 11.382/06. Prioriza-se agora o cumprimento na forma devida e não mais a tutela ressarcitória.

O sistema espanhol sofreu intensas mudanças, principalmente após a promulgação de uma nova Constituição em 1978, que transformou todo o ordenamento contencioso-administrativo, gerando discussões doutrinárias e jurisprudenciais que acarretaram na promulgação de novas leis, como em 1998 (*Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*) e em 2000 (*Ley de Enjuiciamiento Civil*).

No que diz respeito às obrigações de fazer e não fazer, o CPC as regula no artigo 461, quando decorrentes de título judicial, ocorrendo a execução no próprio processo originário do título e nos art. 632 a 638, quando decorrentes de título extrajudicial, com um processo de execução autônomo,²²⁴ sendo estes dispositivos aplicados tanto ao particular como à Administração, o que não ocorre na Espanha onde a execução contra o Estado possui regulação própria nos artigos 103 a 113 e, especificamente, o artigo 108 que regula as obrigações de fazer, podendo ser aplicado a *Ley de Enjuiciamiento Civil* subsidiariamente.

A disciplina da execução das obrigações *in natura* no contencioso-administrativo espanhol é considerada um dos maiores avanços introduzidos pela lei de 1998, pois até a sua norma antecessora, não havia previsão alguma dessas execuções.

O artigo 108 trata das hipóteses de execução forçada diante do inadimplemento estatal das obrigações de fazer, não havendo previsão no capítulo IV do Título IV, que normatiza a execução de sentenças, procedimentos voltados a uma tutela inibitória. Assim estabelece o artigo 108.1:

1 - Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento: a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto. b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido,

²²⁴ Greco, Leonardo, **Tutela jurisdiccional específica**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 23, p. 70-84, 2005

entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.²²⁵

Este artigo traz os mecanismos executivos endereçados ao cumprimento das obrigações de fazer que são a *ejecución comisarial, subsidiaria* e por *medios judiciales*.²²⁶

O Código de Processo Civil, em seu artigo 461, *caput*, refere-se expressamente às obrigações de fazer e não fazer. Além desta previsão, seus parágrafos estabelecem a possibilidade de conversão em perdas e danos, o que não é possível no sistema espanhol, posto que a Administração tem o dever de cumprir a sentença estritamente nos termos da sentença, salvo nos casos específicos de impossibilidade ou expropriação de direitos.²²⁷

Além disso, o §5º estabelece um sistema atípico de meios executivos, com possibilidades infinitas de atuação do magistrado para alcançar o cumprimento devido ou o resultado prático equivalente.

Pelo que se pode observar na doutrina de Milagros López Gil²²⁸ e na própria LJCA, a Espanha não adota este sistema de atipicidade executiva na LJCA, que define as três modalidades descritas no item 4.1 como instrumentos de obtenção do cumprimento da obrigação.

²²⁵ Espanha, *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa*. Disponível em <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l29-1998.t4.html#c4>. Acesso em 13 de janeiro de 2008.

²²⁶ Ver item 4.1.

²²⁷ López, M. G. Ob. Cit. p. 80.

²²⁸ López, M. G. Ibid. p. 80.

CAPÍTULO 5 – O NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PELOS AGENTES ESTATAIS

5.1 – As multas pecuniárias no sistema brasileiro e a multa do artigo 112. a) do sistema espanhol

Conforme visto anteriormente, o liberalismo consagrou a regra do *nemo potest cogi ad factum*, implantando a intangibilidade corporal do devedor para suprir o inadimplemento da obrigação. As obrigações infungíveis sempre se convertiam em perdas e danos com o acréscimo da indenização, pois impossível o uso da força contra o devedor e, com base em tal regra, inúmeras prestações eram inadimplidas, utilizando-se o devedor do brocardo jurídico como subterfúgio para o não pagamento das obrigações assumidas. (item 2.1)

Diante do quadro de frustração de inúmeros direitos, a França acabou por formular a técnica executiva das astreintes, “coaçoão de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação a que está esquivando.”²²⁹

Além do sistema francês, o direito alemão e o Norte-Americano também elaboraram meios de indução ao adimplemento pelo executado. A Alemanha prevê um sistema misto, com a previsão de uma condenação a um montante e, caso este não seja

²²⁹ Silva, Ricardo P.M. Ob. Cit. p. 139.

cobrável, há a ameaça de prisão (*Zwangshaft / Ordnungshaft*), havendo limitação no tocante ao tempo de pena privativa da liberdade e valor da multa. O direito da *commow law* americana estabelece o *Contempt of Court* que tipifica o crime de desacato e desobediência a negativa de cumprimento da obrigação pelo devedor.²³⁰

Hoje, no Brasil, a multa pecuniária mostra-se como um meio executivo de fácil aplicação, não tendo natureza de pena e nem de prestação tendente à repara o dano sofrido,²³¹ tendo regulação bastante presente no código processual civil, como observamos na redação dos artigos 287, 461, §§4º, 5º e 6º e artigo 645.²³²

Apesar de ser um meio de execução indireta, voltado para o cumprimento de obrigações infungíveis, nada impede que sua aplicação também ocorra para efetivar o cumprimento de obrigação fungível, que também pode ser cumprida através de meios de sub-rogação, baseando-se na plena efetividade da atividade jurisdicional.²³³

Atualmente, a incidência das multas poderá ser distinta conforme a violação da obrigação ou conforme sua periodicidade. Na primeira hipótese, positivada sob a égide do artigo 287, temos as multas simples ou múltiplas de acordo com a ocorrência de violação única ou freqüente, a cada violação ocorrida da obrigação. Na segunda hipótese, temos as multas estabelecidas nos artigos 461, §§4º e 6º e 645 do CPC, que terão freqüência diária ou não.²³⁴

O artigo 461, §6 observa que esta incidência diária poderá ser modificada em casos de insuficiência ou excesso²³⁵, podendo tal modificação ocorrer tanto nas multas fixadas pelo juízo da execução, como também naquelas estabelecidas no título executivo²³⁶ devendo ela fluir a partir do termo final do prazo para o cumprimento da obrigação.²³⁷

²³⁰ Assis, Araken. **Manual da Execução**. 11.ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

²³¹ Viana, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. – São Paulo: Dialética, 2003.

²³² Greco, Leonardo. **Processo de Execução** – vol. 2, p. 502.

²³³ Luiz Guilherme Marinoni (**Tutela específica: art. 461, CPC e 84, CDC** – 2.ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais) aponta interessante discussão sobre o assunto no direito italiano “Há quem afirme, na doutrina italiana, um nexo de alternatividade entre a execução indireta e a execução por sub-rogação, no sentido que se é possível a execução por sub-rogação, não é possível a execução indireta e vice-versa”.

²³⁴ Greco, L. Ob. Cit. vol. 2, p. 502.

²³⁵ Leonardo Greco (**Tutela jurisdicional específica**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 23, p. 70-84, 2005) defende que a possibilidade de modificação da multa não viola a coisa julgada, tendo em vista que esta não é parte integrante da obrigação, sendo apenas um meio de obtenção do adimplemento.

²³⁶ Para Araken de Assis (Ob. Cit. p. 566) a variação da multa para valor superior ou inferior poderá ocorrer tanto no caso de execução de títulos judiciais como de extrajudiciais. Em sentido contrário aponta Leonardo Greco (**Tutela jurisdicional específica**, p.78) que a variação tanto da multa como da periodicidade não são possíveis no caso de execução de título extrajudicial (artigo 645, parágrafo único), caso o valor esteja inserido no título, onde a modificação só poderá ocorrer para reduzir a multa e não aumentá-la.

²³⁷ Assis, A. Ob. Cit. p. 132 ; Greco, L. Ibid. p. 78.

O artigo 461, §4º, estabelece a possibilidade de imposição da multa de ofício, dispensando a formulação pelo autor, transportando este poder para a órbita de atuação do magistrado, podendo este eleger a coerção patrimonial como forma de obtenção do cumprimento da obrigação inadimplida.

Além desta aplicação sem necessidade de pedido pelo autor, o juiz deverá indicar o valor da multa, não havendo estipulação de valor máximo a ser cumprido, mas tão somente a persecução da efetividade da tutela jurisdicional, constringendo o devedor ao seu cumprimento.²³⁸

A multa periódica incidirá por tempo indeterminado até que ocorra o adimplemento da obrigação ou então a impossibilidade da prestação na forma devida, hipótese última onde a inexigibilidade da cominação legal deverá ser declarada deste a configuração desta impossibilidade.²³⁹

Além das multas já descritas, o CPC traz em seu artigo 14, V, parágrafo único, um meio executivo de indução ao cumprimento, configurando ato atentatório ao exercício da jurisdição a violação ao cumprimento de “provimentos mandamentais” e embaraços à “efetivação de provimentos judiciais”.

Ao contrário das outras, esta prevê a incidência máxima em sua aplicação de 20% do valor da causa e sendo revertida para ao Estado, o que não ocorre nas demais, que são endereçadas ao exequente. Como ensina Greco, “revertendo ao Estado, (a multa do artigo 14) perde muito em eficácia, porque seu pagamento dependerá de execução fiscal”.²⁴⁰

A incidência do parágrafo único do artigo 14 é defendida por Araken de Assis²⁴¹ quando do cabimento de multa na execução contra a Fazenda Pública. Para o processualista, apesar de respeitável entendimento doutrinário²⁴² e jurisprudencial²⁴³ no sentido de cabimento da multa e determinação de ofício pelo juiz, entende o doutrinador que as astreintes em face do Estado prejudicará toda a sociedade em favor de um

²³⁸ Leonardo Greco (Ibid. p. 77) observa que “Do ponto de vista garantístico, a disciplina brasileira da multa, que nesse aspecto adotou o modelo francês, possui um vício grave, a falta de valor máximo na cominação legal, como instituto de caráter eminentemente sancionador, o que contraria o princípio da legalidade.”

²³⁹ Greco, L. Ibid.p. 78.

²⁴⁰ Ibid. p. 78.

²⁴¹ Assis, A. Ob. Cit. p. 564.

²⁴² Leonardo Greco, Ob. Cit. p. 80; Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Ob. Cit. p. 111; Juvêncio Vasconcelos Viana, **Execução contra a Fazenda Pública** *apud* Assis, A. Ob. Cit. p. 564 e Vicente Greco Filho, **Da execução contra a fazenda pública**. *apud* Assis, A. Ob. Cit. p. 564.

²⁴³ STJ, REsp nº581.931-RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 11 de novembro de 2003; consultado no sítio eletrônico do Tribunal <www.stj.gov.br> em 21 de fevereiro de 2008.

particular, devendo haver a identificação do agente público competente para a realização do ato para aplicar-se sobre ele a cominação legal.

Acreditamos que este entendimento não se coaduna com a realidade observada em nossa sociedade e nem com os ditames do preceito constitucional da efetividade da tutela jurisdicional. Ao aplicarmos tal posição, à medida que busca induzir o devedor ao adimplemento não será eficaz pois sabemos que nem a ameaça de processo criminal mostra-se suficiente para acarretar o adimplemento da obrigação pelos agentes públicos e, repetindo os dizeres de Greco, “é muito fácil responder que “todas as providências estão sendo tomadas”, enquanto o ofício ou cópia do mandado judicial passam de mesa em mesa, de sala em sala, sem que ninguém queira assumir a responsabilidade de mandar cumpri-lo”²⁴⁴.

O sistema espanhol de jurisdição contenciosa-administrativa positivou, em seu artigo 112 “a”, a multa pecuniária que deverá ser imposta à Fazenda Pública como tentativa de persuadi-la ao adimplemento da obrigação.

Juntamente com a ameaça de responsabilização criminal, esta multa forma mecanismo que objetiva forçar o Estado ao cumprimento voluntário e só poderá ser imposta após prévia individualização do agente público competente para a realização da obrigação e também a todo aquele funcionário que, mesmo sem estar obrigado na sentença, não atenda à petição de colaboração do órgão jurisdicional.²⁴⁵

O mencionado artigo da lei 29/1998, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, atribui o pagamento da multa, após prévia audiência com as partes, ao agente da Administração com valores que podem ir de 150,25 até 1.502,53 euros e podendo ser reiteradas até o total cumprimento do julgado. Deve-se aplicar subsidiariamente o artigo 48 da mesma lei que estabelece que a reiteração desta ocorrerá em 20 dias.

Neste caso, a multa incide sobre a Administração de forma subsidiária, mas esta subsidiariedade não ocorre para promover a proteção do erário, mas sim para obter-se um cumprimento mais célere que pode ser oferecido caso um particular, e não o órgão como um todo, seja chamado para pagar o montante. Caso não seja possível estabelecer a autoridade competente no cumprimento da obrigação, o Estado será responsabilizado pelo pagamento.²⁴⁶

²⁴⁴ Greco, L. Ob. Cit. p. 79.

²⁴⁵ López, Milagros Gil. **La ejecución de sentencias en la ley del contencioso administrativo español**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 73-83, jul./set.2006.

²⁴⁶ Ibid., p. 77.

5.2 – A conversão em perdas e danos do direito pátrio e a expropriação de direitos na nova ordem do contencioso-administrativo espanhol

O sistema executório das tutelas específicas sofreu grande modificação com a inserção no CPC das tutelas específicas.

Podemos apontar como grande mudança, a ordem de prioridades executivas, em que anteriormente tínhamos um ordenamento voltado para a automática conversão em perdas e danos, passando o sistema a priorizar a execução na forma devida ou buscando o seu resultado prático equivalente, utilizando-se somente a conversão quando o autor o requerer ou quando for impossível ser cumprimento conforme o título. (ver item 2.4).

Hoje, o §1 do artigo 461 estabelece que “a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente”.

No caso das obrigações infungíveis, o credor deve oferecer oportunidade para o cumprimento da obrigação na forma pretendida, antes de requerer sua conversão, sendo inclusive, um direito do devedor em adimplir a obrigação *in natura*.

Nas hipóteses de obrigações fungíveis, o credor pode requerer a utilização dos meios sub-rogatórios para alcançar o adimplemento. Caso não seja possível ou frustrasse tais meios, o credor poderá requerer sua execução por terceiros ou a conversão em perdas e danos. (item 2.2 supra).²⁴⁷

Desta forma, o direito brasileiro oferece como solução para a impossibilidade de cumprimento da obrigação, seja ela fungível ou infungível, a conversão em perdas e danos e esta ordem também deverá ser aplicada quando o devedor for a Administração Pública.

O direito espanhol entende não ser possível optar o credor pela conversão em perdas e danos quando o Estado for devedor, tendo em vista que a Administração tem o dever de cumprir os julgados nos termos do que fora julgado em respeito ao chamado

²⁴⁷ Cândido Dinamarco (**A reforma do Código de Processo Civil**, p. 154.) observa que “ela (a conversão em perdas e danos) se define como medida substitutiva ao objeto da obrigação original e o direito moderno evolui no sentido de oferecer ao credor precisamente aquilo a que tem direito. (...) Por isso é que o §1º do art. 461 só autoriza que se imponha ao credor essa solução de *meia-justiça* quando for impossível obter o resultado final desejado sequer mediante atuação das *providências* referidas no *caput*”

principio da identidade total²⁴⁸, salvo em casos especiais onde será necessário privar o particular de seu direito declarado na sentença, em favor do Estado ou nos casos de impossibilidade de execução. Em ambos os casos, o não cumprimento da sentença decorrerá de circunstâncias fáticas ou materiais, independente da vontade das partes, ou seja, ela não poderá ser proveniente de um pedido de conversão das partes, mas sim de uma situação que a impeça material, fática ou legalmente de ser adimplida.²⁴⁹

A Espanha considera, então, como hipóteses que acarretam o descumprimento da sentença com o pagamento de seu equivalente econômico, a expropriação de direitos e as impossibilidades de cumprimento, materiais ou legais.²⁵⁰

Como impossibilidade material, entende-se aquelas hipóteses em que há um obstáculo físico inafastável, como a perda ou destruição da coisa, ou quando há conflitos de direitos com terceiros de boa-fé.²⁵¹

Como impossibilidade legal²⁵², tem-se as hipóteses onde

- a) por el echo de que se produzca una modificación, una vez iniciado el proceso, de la realidad fáctica, o por la existencia de una norma legal que impida la realización de la prestación.
- b) Por la posterior modificación de la norma en la que se fundaba el acto declarado legal, produciéndose la modificación de los efectos en la situación jurídica.²⁵³

O levantamento destas hipóteses de impossibilidade deverá ocorrer no prazo que a Administração tem para realizar o cumprimento voluntário da obrigação, estabelecido no artigo 105.2 da Ley 29/1998, ou seja, dois meses após a comunicação da sentença, que também regula o seu procedimento de argüição e declaração. Porém, este prazo

²⁴⁸Huesca, Ricardo Boadilla. **La inejecución de sentencia por imposibilidad material o legal. La expropiación de los derechos e intereses legítimos reconocidos en una sentencia firme.** Disponível em <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD04.pdf>, acesso em 15 de fevereiro de 2008.

²⁴⁹ López, Milagros Gil. **La defensa de los intereses públicos como límite a la ejecución de sentencias contra la Administración.** Revista CEJ, Brasília, n. 36, p.72-82, jan./mar. 2007.

²⁵⁰ Ibid. p. 73.

²⁵¹ A impossibilidade de cumprimento devido ao choque com direitos de terceiros de boa-fé foi hipótese contemplada pela jurisprudência do Tribunal Supremo (Auto del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1959-AR 144; 02 de febrero de 1959 – AR549 e Auto de 11 de diciembre de 1981 – AR 5385) o que é criticado por doutrinadores como Milagros López Gil (Ob. Cit. p.73) e Vicente Gimeno Sendra (Gimeno Sendra, *apud* Gil, Ibid., p. 73). Para estes autores, somente a perda e destruição da coisa podem servir de argumento para a impossibilidade material de não cumprimento da obrigação, seguindo o que estabelece as disposições em sede de execução civil, aplicadas subsidiariamente.

²⁵² Ricardo Huesca Boadilla (Ob. Cit. p. 4552) elenca algumas hipóteses de inexecução legal observadas pela jurisprudência “Como supuestos de imposibilidad legal, la jurisprudencia ha considerado aquel en que los bienes que han de entregarse al demandante han sido vendidos a quien los adquiere como tercero hipotecario (Autos de 20 de mayo de 1930, 25 de noviembre de 1961), o, cuando al reconocerse el derecho a un aprovechamiento forestal, éste se hubiese ejecutado por un tercero (Auto de 2 de febrero de 1959), o cuando se produce una modificación de la planificación urbanística que permite legalizar la edificación cuya demolición se ordenó en la sentencia o cuando la ejecución de la sentencia es incompatible con el nuevo planeamiento (STS de 21 de marzo de 1988, Sentencia de 22 de enero de 1997, Auto de 26 de mayo de 1994, 19 de diciembre de 1994 y Sentencias de 9 de julio de 1998 y 25 de enero de 1999).”

²⁵³ Gil, Ob.Cit. p. 73.

poderá ser ignorado quando alguma hipótese de impossibilidade ocorrer após o término deste.²⁵⁴

Outra hipótese que autoriza a conversão em perdas e danos é a chamada “expropriação de direitos”²⁵⁵ que ocorre quando há um interesse particular declarado na sentença que choca-se com um interesse público.

Este é um instituto que permite a substituição da execução do julgado, que se encontra em favor do interesse particular, por um equivalente econômico, a fim de proteger o interesse público.

Esta figura encontra-se regulada em dois diplomas normativos, a Ley 29/1998 (LJCA) em seu artigo 105.3, e na Ley Orgánica 6/1985 que organiza e disciplina o Poder Judicial, artigo 18.

Ambas regulações são, até hoje, alvo de severas críticas, principalmente, por parte da doutrina, que considera este “un sistema de expropiación imperfecto, ineficaz, poco practico y no ajustado a las necesidades de nuestro tiempo.”²⁵⁶

O artigo 105.3 estabelece que somente por causas de utilidade pública ou interesse social, poder-se-á expropriar os direitos reconhecidos em sentença “firme”, sendo elas hipóteses de “peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional”, conforme explicita a Ley 29/1998.²⁵⁷

Diante de uma dessas hipóteses, o “Gobierno de La Nación” terá competência para declarar a sua ocorrência, requerendo a atribuição de um valor específico para a indenização estabelecida pelo Judiciário.

Interessante observarmos que o controle judicial ocorrerá até a fixação da indenização de expropriação, ou seja, após a declaração pelo governo da configuração

²⁵⁴ Huesca, Ob. Cit. p. 4553.

²⁵⁵ Huesca, Ibid. p.455; Gil. Ob. Cit. p. 74 e Pedraz, Ernesto Penalva. **Privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil**. Cuadernos Civitas, Ed. Civitas; Fernandez, Germán Ferrares. **La posición del Tribunal Constitucional Español sobre el privilegio de imbuibilidad de los bienes públicos y la ejecución de sentencias condenatorias de las administraciones públicas**. Revista CEJ, Brasília, n. 23, p.13-40, 2003.

²⁵⁶ López, M. G. Ob. Cit. p. 74.

²⁵⁷ Apesar de indicar expressamente quais os casos que acarretam na declaração de utilidade pública ou interesse social, para Milagros López Gil (Ob. Cit. p. 75), devido ao caráter excepcional da expropriação, ela só poderia ocorrer em casos de possível violação de direito fundamental ou uma liberdade pública e, nesta última hipótese é que estaria uma autêntica causa de expropriação: a continuidade do serviço público. Ernesto Pedraz Penalva (Ob. Cit, p. 167) entende que neste aspecto dois pontos devem ser considerados como decisivos para o não cumprimento de uma decisão judicial: a continuidade do serviço público e a legalidade orçamentária. Porém, aponta que este último argumento vem sendo muito questionado. O autor espanhol aponta ainda julgamento contrário a seu particular entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, STC 32/1982, onde este declara em sua decisão que o princípio da legalidade orçamentária deve ceder frente à segurança jurídica que obriga o Estado a cumprir suas decisões, devendo ocorrer a proteção do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, podendo os tribunais adotarem todas as medidas necessárias para que a execução seja efetiva.

de uma dessas causas, o tribunal somente atuará para a valoração do montante devido, tendo em vista que estas hipóteses do artigo 105.3 vinculam-se à competência constitucional atribuída ao Estado. Porém, no caso da alteração grave do livre exercício de direitos e liberdade dos cidadãos, a atuação do Judiciário não será somente no sentido de fixação da indenização, mas também estará encarregado de determinar a ocorrência ou não desta causa de expropriação, como afirma Milagros López Gil:

En efecto, el tribunal, ante la alegación de esta causa, no solo indicará la indemnización sino que podrá apreciar la concurrencia de dicho motivo aunque nos encontremos ante un acto político, puesto que la valoración acerca de la existencia de un peligro grave tiene un carácter jurídico apto para ser objeto del control por los tribunales.²⁵⁸

5.3 – A ameaça de processo criminal: a experiência do Brasil e Espanha

Como forma de se alcançar a efetivação da tutela específica contra o Estado e seus entes, utiliza-se a ameaça de processo criminal incidente sobre a autoridade pública competente descumpridora da ordem judicial.

No Brasil, apesar de divergência doutrinária e jurisprudencial,²⁵⁹ esta negativa de cumprimento por parte do funcionário deve ser enfrentada crime tipificado no artigo 319 do Código Penal, instituindo o delito de prevaricação, inserido no capítulo referente aos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral, que consiste em retardar ou deixar de praticar indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Esta conduta não poderá ser tipificada como crime de desobediência, tendo em vista que ele é um delito especial próprio, só podendo ser praticado por funcionário público que detenha a competência ou a atribuição para realizar o ato de ofício. No crime de desobediência, o autor da conduta delituosa é um particular.²⁶⁰

O bem jurídico protegido é o normal funcionamento da Administração Pública que não pode ser turbado pela conduta lesiva do funcionário ao retardar, deixar de praticar ou praticar em o ato em contrária disposição legal, satisfazendo interesse ou sentimento pessoal.²⁶¹

²⁵⁸ Ibid. p. 75.

²⁵⁹ Viana, Juvêncio Vasconcelos. Ob. Cit. p. 262.

²⁶⁰ Prado, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**, volume 4: parte especial: arts. 289 a 359-H – 4. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (Ob. Cit. p. 160), Leonardo Greco (**Tutela jurisdicional específica**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 23, p. 70-84, 2005), Juvêncio Vasconcelos Vaiana (Ob. Cit. p. 263)

²⁶¹ Prado, L.R. Ob. Cit. p. 396.

Como elucidada Ivan Lira de Carvalho:

Dos dois requisitos subjetivos (interesse e sentimento pessoal), o primeiro oferece melhores condições de constatação, como ocorre, por exemplo, nos casos de dirigentes de repartição pública que retarda o cumprimento de ordem judicial que suspende a a integração de vantagem financeira aos vencimentos dos funcionários sob o seu comando – quiçá dos seus próprios ganhos. Já com referência ao sentimento pessoal, parece acontecer, na maioria dos casos, uma subserviência intolerável dos funcionários para com seus superiores(...)Noutros casos, são constatadas manifestações explícitas de prepotência, do tipo "quem manda aqui sou eu!", exigindo uma reprimenda eficaz ao restabelecimento da primazia do interesse público no trato da matéria administrativa²⁶²

Leonardo Greco²⁶³ ao falar sobre os meios coativos contra o Estado e a ameaça de processo criminal, observa que esta possibilidade do funcionário incorrer em crime com posterior responsabilização penal não alcança seu objetivo, mesmo após inúmeras demonstrações de descumprimento, normalmente não se consumando na prática.

No direito espanhol, o artigo 410 do Código Penal²⁶⁴, inserido no capítulo III do Título XIX, que trata dos delitos contra a Administração Pública, tipifica o crime de “desobediencia y denegación de auxilio” quando o funcionário de negar abertamente a cumprir resoluções judiciais, decisões ou ordens de autoridade superior.

Para adequar-se ao tipo, é necessário que o agente negue-se a dar cumprimento à decisão judicial e esta negativa, conforme estabelece a jurisprudência espanhola, deve ser “reiterada, clara y terminante”. Apesar disto, esta declaração de não cumprimento não precisa ser expressa, também caracterizando o crime o silêncio prolongado sem qualquer atuação da Administração ou a declaração de cumprimento, porém criando obstáculos para a sua materialização.²⁶⁵

A apuração do autor do delito deve ocorrer conforme os ditames do artigo 31 do Código Penal Espanhol, que disciplina os meios de identificação de autoria caso as autoridades responsáveis já não tenham identificado. Para isso, o juízo poderá requerer o testemunho de particulares para aferir a responsabilidade e autoria.²⁶⁶

5.4 – Breve apreciação jurisprudencial do tema

²⁶² Carvalho, Ivan Lira. **O descumprimento de ordem judicial por funcionário público**. Disponível em <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina178.doc>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2008.

²⁶³ Greco, Ob. Cit. p. 79.

²⁶⁴ Espanha, *Código Penal Español* – Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre. Disponível em <<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/es/cpesp20.html>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2008.

²⁶⁵ López, Milagros Gil. **La ejecución de sentencias en la ley del contencioso-administrativo español**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 73-83, jul./set.2006.

²⁶⁶ Ibid. p. 78.

A adequação da conduta de descumprimento de ordem judicial por servidor público a um tipo penal ainda é controvertida na jurisprudência analisada do STJ, que por vezes entende ser cabível o delito de desobediência e outras o crime de prevaricação, apesar das diferenças substanciais trazidas pelo Código Penal Brasileiro. Outra questão apresentada refere-se à possibilidade da prisão do agente público descumpridor da decisão, o que parece ser, para o STJ, dotada de ilegalidade²⁶⁷ e incompatível com as determinações legais que normatizam os Juizados Especiais Criminais estaduais e federais.²⁶⁸

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESOBEDIÊNCIA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATIPIA.

ATIPICIDADE RELATIVA.

I - A colocação de menor em abrigo é medida provisória e excepcional (art. 101, parágrafo único, do ECA), devendo, em casos tais, ser o Juízo da Vara da Infância e da Juventude informado da aplicação de tal medida.

II - O destinatário específico e de atuação necessária, fora da escala hierárquica-administrativa, que deixa de cumprir ordem judicial pode ser sujeito ativo do delito de desobediência (art. 330 do CP). O descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica).

III - A recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, por força de atipia relativa (se restar entendido, como dedução evidente, a de satisfação de interesse ou sentimento pessoal), configurar, também, o delito de prevaricação (art. 319 do CP). Só a atipia absoluta, de plano detectável, é que ensejaria o reconhecimento da falta de justa causa.

Recurso desprovido.²⁶⁹

PRESIDENTE DO IPERGS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO. DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. APLICABILIDADE DA

LEI N.º 9.099/95. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O funcionário público pode cometer crime de desobediência, se destinatário da ordem judicial, e considerando a inexistência de hierarquia, tem o dever de cumpri-la, sob pena da determinação judicial perder sua eficácia. Precedente da Turma.

Cuidando-se de delito de menor potencial ofensivo, aplicam-se os ditames da Lei dos Juizados Especiais, inclusive o parágrafo único

²⁶⁷ Neste sentido, STJ, HC nº19071/MA. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min.Felix Fischer. Julgado em 19 de fevereiro de 2002; HC 19571/MT. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, Julgado em 14 de maio de 2002 e HC 7144/DF. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 21 de maio de 1998; consultado no sítio eletrônico do Tribunal <www.stj.gov.br> em 03 de março de 2008.

²⁶⁸ Neste sentido: STJ, HC 19571/MA Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min.Felix Fischer. Julgado em 19 de fevereiro de 2002 e REsp. 442.035/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgado em 02 de setembro de 2003; consultado no sítio eletrônico do Tribunal <www.stj.gov.br> em 03 de março de 2008.

²⁶⁹ STJ, RHC 13964/SP. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 01 abril de 2004; consultado no sítio eletrônico do Tribunal <www.stj.gov.br> em 03 de março de 2008.

do art. 69 da Lei n.º 9.099/95, que veda a prisão em flagrante nos casos em que o agente, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.²⁷⁰

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. FUNCIONÁRIA PÚBLICA NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.

O Eg. Superior Tribunal de Justiça, notadamente a Col. Quinta Turma, contrariando parte da doutrina, assentou entendimento segundo o qual é possível a prática do crime de desobediência por funcionário público, no exercício de suas funções. Precedente.

Em qualquer das teses acerca da possibilidade do funcionário público, no exercício de suas funções, praticar o crime de desobediência, mostra-se inviável, a meu sentir, a ameaça de prisão em flagrante da paciente, porquanto se trata de crime de menor potencial ofensivo."

Ordem deferida para afastar a ameaça de prisão.²⁷¹

No sistema penal espanhol há o crime de “desobediencia y denegación de auxilio” positivados nos artigos 410 a 412 do Código Penal. Em breve análise de algumas decisões em matéria penal - posteriores ao ano de 1995 quando houve nova edição do Código Penal Espanhol - do Tribunal Supremo Espanhol, que decide em última instância todos os julgados, com jurisdição em todo território espanhol, salvo quando há lesão a direito e liberdade constitucionais,²⁷² podemos observar a real aplicação das penas previstas para o delito, com suspensão do exercício do cargo e pagamento das multas estipuladas.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el núm. 3788/97, interpuesto por la representación procesal de Juan Ignacio , Jose Ramón , Leonardo , Emilio , Ángel Daniel , Carlos Alberto y Plácido , contra el Auto de 28 de Julio de 1.998 dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el Sumario 44/87 que acordó revisar la Sentencia dictada, por la misma Sala, el 16 de Noviembre de 1.990, y en consecuencia condenar a los recurrentes como autores responsables de un delito de prevaricación previsto y penado en el art. 408, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, y condenar a Ángel Daniel como autor responsable de un delito de desobediencia y denegación de auxilio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de seis meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público y multa de tres meses con cuota diaria de mil pesetas, acordándose igualmente mantener el resto de

²⁷⁰STJ, REsp. 442.035/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgado em 02 de setembro de 2003; consultado no sítio eletrônico do Tribunal <www.stj.gov.br> em 03 de março de 2008.

²⁷¹STJ, HC 30390/AL. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min. Jose Arnaldo da Fonseca. Julgado em 03 de fevereiro de 2004; consultado no sítio eletrônico do Tribunal <www.stj.gov.br> em 03 de março de 2008.

²⁷² Espanha, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Disponível em <<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpij/ts/principal.htm>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2008.

los pronunciamientos de la Sentencia que no se revisaban, habiendo sido partes en el presente procedimiento los recurrentes representados por la Procuradora Dña. Africa Martín Rico, el Excmo. Sr. Fiscal y el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, han dictado Sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo que expresa el parecer de la Sala, con arreglo a los siguientes.²⁷³

Presunción de inocencia: los hechos son ciertos y se han construido sobre un material probatorio perfectamente obtenido y cuyo contenido se refleja en el fundamento de convicción de la sentencia; no puede esgrimirse error como demostrativo de la ausencia de culpabilidad de los Concejales que votaron mayoritariamente los Acuerdos, a sabiendas de que eran contrarios a las resoluciones judiciales emanadas del Tribunal Superior de Justicia y pese a los requerimientos efectuados para su efectivo cumplimiento. Delito de desobediencia a resolución judicial: La oposición reiterada de los Concejales del Ayuntamiento a una decisión judicial, integra el tipo delictivo descrito.

(...)

Los acontecimientos forman parte de un debate ciudadano sobre la conveniencia o no de instalar una planta incineradora de residuos sólidos hospitalarios en una determinada localidad.

La Alcaldía concedió la licencia de actividad mediante *Decreto de 24 de Octubre de 1994*. El Ayuntamiento en un Pleno de 12 de Enero de 1995 acordó denegar la licencia solicitando la suspensión de actividades y el desmantelamiento de la misma. El Ayuntamiento no cumplió con la orden de forma material ya que no alzó la suspensión de actividades, por lo que, se supone que a requerimiento de la empresa, el Tribunal Superior de Justicia, con fecha 2 de Abril de 1996, acordó requerir al Ayuntamiento "... a fin de que cumpla y ejecute el Auto de esta Sala de 11 de Mayo de 1995, dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran adoptado en contradicción con el mismo y, en particular aquellas que paralicen la actividad de la mercantil recurrente". Interpuesto recurso de súplica, por Auto de 7 de Junio de 1996, se desestima.

Fallamos: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Oscar, Carlos Ramón, Marco Antonio, Donato y Rosa como autores de un delito de desobediencia a la pena de multa de tres meses a razón de dos euros por día-multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.²⁷⁴

DENEGACIÓN DE AUXILIO por falta de colaboración con la Administración de Justicia.-Inexistencia por la no admisión de un detenido en el Depósito municipal ante la inexistencia de comunicación escrita del acuerdo judicial.- La función del Juzgado de Instrucción "de guardia" El tipo de injusto penal de denegación de auxilio es similar al de desobediencia, del que sólo se diferencia por la ausencia en el primero de una relación de dependencia jerárquica (SS.TS., entre otras, de 22 de marzo de 1986 --dictada en el conocido caso del Comisario Ballesteros-- y 24 de septiembre de 1990), y si el segundo tipo requiere hoy (art. 410.1 del NCP) para su existencia que <<las autoridades o funcionarios públicos se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de una autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales>>; ya con anterioridad la jurisprudencia de

²⁷³ Espanha, Tribunal Supremo, STS 7502/1998, Ponente: Jose Jimenez Villarejo, Sala de lo Penal, fecha de resolución 11 de diciembre de 1998; consultado no sitio eletrônico do Tribunal <www.poderjudicial.es> em 03 de março de 2008.

²⁷⁴ Espanha, Tribunal Supremo, STS 327/2006, Ponente: Jose Antonio Martin Pallin, Sala de lo Penal, fecha de resolución: 06 de febrero de 2006; consultado no sitio eletrônico do Tribunal <www.poderjudicial.es> em 03 de março de 2008.

esta Sala había requerido para la existencia del tipo de denegación de auxilio que la abstención se produjera sin causa legal (Por todas, S.TS. 2.092/1994, de 28 de noviembre); de manera que el thema decidendi consiste únicamente en determinar si el funcionario podía o no exigir una comunicación formal y escrita para acceder al ingreso del sujeto policialmente detenido en el Depósito Municipal.²⁷⁵

²⁷⁵ Espanha, Tribunal Supremo, STS 8104/1997, Ponente: Ramon Monteiro Fernandez, Sala de lo Penal, fecha de resolución: 15 de marzo de 1997; consultado no sítio eletrônico do Tribunal <www.poderjudicial.es> em 03 de março de 2008.

CAPÍTULO 6 – O PROBLEMA DA EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER EM FACE DO ESTADO E AS MEDIDAS INTERVENTIVAS SUB-ROGATÓRIAS EM ÓRGÃOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

6.1 – A questão da discricionariedade dos atos administrativos e o cumprimento das obrigações desta natureza.

Para o desempenho de suas atividades, a Administração Pública é contemplada com prerrogativas e poderes que asseguram a obtenção de seus fins.

No exercício de tais poderes e de suas funções específicas, o Estado conta com a elaboração dos atos administrativos vinculados e discricionários. Os primeiros não oferecem qualquer margem de liberdade de atuação, sendo passível de amplo controle do Judiciário. Já ao ato discricionário é conferida certa margem de liberdade ao agente público, podendo ele adotar uma dentre várias atuações possíveis.²⁷⁶

A idéia de discricionariedade relacionada à de liberdade de atuação da Administração é bastante conhecida e, sob um ponto de vista “clássico”, o Poder Judiciário, diante de um ato dotado desta esfera de atuação livre, não poderia exercer qualquer atividade de controle naquele juízo que fora realizado. Como defende Arruda Alvim:

O Judiciário não pode adentrar aquele juízo, aquela esfera de liberdade típica e própria do Administrador e, desde que esse juízo tenha sido realizado dentro do espectro possível do exercício dessa liberdade, vale dizer, desde que exercida esta liberdade pelo Administrador dentro do âmbito da lei, não há a possibilidade de alteração do ato.²⁷⁷

A questão cinge-se à freqüente confusão realizada entre a discricionariedade e as chamadas “noções imprecisas” ou, conforme os doutrinadores alemães, “conceitos legais indeterminados”.²⁷⁸

Estes conceitos relacionam-se com a interpretação da norma quando esta apresenta um conceito que tende a uma incerteza do que foi tutelado pelo legislador, mas que implica em uma univocidade. No caso da discricionariedade, tem-se a opção

²⁷⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 18.ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

²⁷⁷ Alvim, Arruda. **A discricionariedade administrativa e o controle judicial**. In: *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em juízo*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁷⁸ Di Pietro. Ob. Cit. p. 211.

quanto à prática do ato e quanto às soluções legítimas permitidas à Administração tomar para materializar o ato.²⁷⁹

Ao aceitarmos esta divisão de elementos,²⁸⁰ observamos que a diferenciação entre discricionariedade e conceitos legais indeterminados existe e que este último não confere qualquer margem de liberdade de atuação da administração²⁸¹, mas sim de interpretação da norma. O que ocorre no ordenamento pátrio é uma verdadeira sobreposição entre ambos, pois grande parte dos exemplos oferecidos, supostamente inseridos dentro da discricionariedade administrativa, são na verdade, conceitos jurídicos indeterminados (finalidade pública, utilidade social, bem comum, entre outros) que clamam por uma aferição caso a caso.²⁸²

Diante disto, não observando a configuração de liberdade do administrador nos casos destas noções imprecisas, mas sim de interpretação, caberá ao magistrado adentrar na questão para, promovendo um juízo sobre a norma, verificar se estes conceitos foram alcançados ou não pela atividade administrativa.²⁸³

Esta postura de aceitação e estudo da distinção entre estes conceitos decorre de uma tendência que busca, cada vez mais, o amplo alcance de uma atuação judicial em um Estado Democrático com primazia do Judiciário, limitando o exercício do poder discricionário e impondo-se, não somente à sociedade, como também sobre a Fazenda.²⁸⁴

Assim observa Di Pietro acerca do tema:

Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.²⁸⁵

²⁷⁹ Bueno, C. S. Ob. Cit. p. 235 e 239.

²⁸⁰ Esta divisão entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados tem levado o grande administrativista espanhol, sob a influência da doutrina alemã que primeiramente delimitou o tema, professor Eduardo Garcia de Enterría, a escrever vários estudos sobre o tema. (Bueno, Ibid. p. 239 e Di Pietro., Ob. Cit. p. 211.

²⁸¹ Bueno, O. Cit. p. 240.

²⁸² Ibid. p. 240.

²⁸³ Ibid., p. 240.

²⁸⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Ob. Cit. p. 210/211) aponta, ainda, como teorias elaboradas para a mitigação da discricionariedade administrativa e avanço do controle jurisdicional, a teoria dos motivos determinantes, quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, cabendo ao Judiciário apreciar pressupostos de fato e provas da ocorrência desta motivação; e a teoria do desvio de poder, quando a autoridade utiliza-se da sua liberdade de atuação para alcançar objetivos distintos daqueles visados pela lei, podendo o magistrado decretar a nulidade do ato.

²⁸⁵ Ibid., p. 212.

Nesse sentido ainda aponta Ada Pellegrini, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco

Constitui tendência contemporânea, inerente aos movimentos pelo acesso à justiça a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição). Assim, p. ex. constituindo dogma a incensurabilidade judiciária dos atos administrativos pelo mérito, a jurisprudência caminha no sentido de ampliar a extensão do que considera aspectos de legalidade desses atos, com a consequência de que os tribunais os examinam²⁸⁶

Debates ainda ocorrem devido à grande complexidade do tema. Inserido nesse contexto encontram-se as execuções de obrigações de fazer e não fazer e as possíveis medidas interventivas sub-rogatórias nos órgãos públicos que poderiam, para a doutrina “clássica”, ferir a discricionariedade administrativa e o princípio da separação de poderes. A problemática acerca das execuções *in natura* ocorre tendo em vista a negativa de cumprimento dessas sob o pretexto de a Administração estar diante de um ato discricionário.

Como podemos observar, grande parte dos argumentos que são lançados, na verdade refletem figuras distintas do poder de atuação estatal, sendo possível sua submissão ao controle jurisdicional.

Conforme dito anteriormente (item 4.3), as obrigações postas sob a análise dos magistrados envolvem questões cada vez mais complexas, necessitando de medidas variadas para o alcance da efetividade processual. É possível que somente com uma medida executiva o juiz possa dar cumprimento à obrigação ou conseguir a obtenção do resultado prático equivalente, mas também pode ser necessário aplicar ao réu inúmeras providências, não só para a realização da obrigação, mas sem causar danos sociais, como ocorre no caso de órgãos públicos que realizam serviços essenciais.²⁸⁷

Diante das inovações de nosso sistema processual que autorizam a utilização de medidas aptas a atingirem a efetividade do processo e diante do respeito do magistrado ao limites impostos pelo orçamento e pelos atos exclusivamente de competência do Executivo, as medidas judiciais interventivas devem ser consideradas legais. Cândido Dinamarco, em parecer que lhe foi requerido, sustentou a possibilidade de se substituir o funcionário público que recusava a realizar a imposição judicial, pugnando pela legalidade de tais medidas.²⁸⁸

²⁸⁶ Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁸⁷ Salles, C. A. Ob. Cit., p. 293.

²⁸⁸ Dinamarco, C. *apud*. Salles, C. A. Ob. Cit. p. 295 e Yarshell, Flávio Luiz. **A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda Pública**. In Direito Processual Público- A Fazenda Pública em juízo, 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Há entendimento no sentido de não ser possível medidas interventivas sub-rogatórias²⁸⁹ e a execução de tutelas específicas contra o Estado, baseando-se nos argumentos de natureza da atividade pública, do patrimônio público e do princípio da separação de poderes.²⁹⁰

Não aceitar tais medidas executivas é negar a própria execução forçada contra a Fazenda Pública, o que ainda no Brasil é defendido por doutrinadores,²⁹¹ retirando-se o Poder Judiciário da análise destas questões para que o Estado exerça a “faculdade” de executar ou não uma ordem judicial, e isso ocorrendo sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

Essa negativa, na verdade, vai de encontro com toda a evolução doutrinária acerca da execução de tutelas específicas, não havendo qualquer disposição normativa que excetue a Administração Pública no tocante ao cumprimento destas. Além disso, a Fazenda também se submete à regra constitucional da tutela jurisdicional efetiva, disciplinada no artigo 5º, XXXV.

Decerto, negar a incidência de medidas interventivas sub-rogatórias que podem ser aplicadas aos particulares, como ocorre na lei 8.884/1994, e a execução de obrigações de fazer e não fazer é extirpar a possibilidade de uma tutela jurisdicional efetiva, consagrada como direito fundamental pela Constituição e, diante deste direito, não nos é legítimo criar nenhuma forma de imunidade.

6.2 – O princípio da separação de poderes como óbice à execução das tutelas específicas contra o Estado

O artigo 2º da Constituição estabelece o princípio da separação de poderes, confiando a cada uma das funções governamentais um órgão distinto fundamentando-se na especialização funcional e na independência dos poderes.²⁹²

Atualmente, o Estado contempla uma primazia da ordem jurídica, não só sobre a sociedade como também sobre o Estado, onde as condutas exigidas são aquelas

²⁸⁹ Leonardo Greco (**Execução de liminar em mandado de segurança**, p. 227) aponta entendimento neste sentido de Arruda Alvim, Vicente Greco Filho e J.E. Carreira Alvim.

²⁹⁰ Bueno, O. Cit. p. 220.

²⁹¹ Ver item 4.2.

²⁹² Silva, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** – 23.ed.rev. e ampl.- São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

decorrentes da lei, visando uma previsibilidade das atividades dos jurisdicionados e do Estado.²⁹³

Constatamos que esse princípio vem, ao longo de sua trajetória, sofrendo modificações. Sua forma originária previa um Poder Judiciário atrofiado, dando amplos poderes ao Legislativo, estabelecendo que o juiz fosse a “boca da lei”, sem autorização para realizar qualquer tipo de interpretação ou valoração da norma.²⁹⁴

Este primado do Legislativo e a rigidez da separação de funções entre os poderes foram alterados, sendo necessário que façamos uma nova interpretação no Estado contemporâneo que deve alcançar os direitos fundamentais, entre eles, o da tutela jurisdicional efetiva.

A grande questão surge quando uma aplicação errônea desse princípio é utilizada como obstáculo para o cumprimento das ordens judiciais, em especial, as obrigações de fazer e não fazer.

Entende-se que ao Judiciário cabe a análise da conduta do Executivo sob o ponto estrito da legalidade, não cabendo sua atuação sob os atos ditos discricionários, adentrando no seus respectivos méritos. Caso ocorra o controle jurisdicional de tais atos, o órgão jurisdicional estaria violando, conseqüentemente, a separação de poderes, adentrando em matérias exclusivas deste poder.

A separação de poderes visa não permitir a configuração de um poder absoluto e concentrado, mas sim uma divisão harmônica entre eles, havendo um sistema de colaboração e controle recíproco. Na verdade, não há um modelo estanque e padronizado de “separação de poderes” e nem uma unicidade em seu conceito.²⁹⁵ A questão tormentosa relaciona-se com o grau de colaboração e controle que deve ser observado entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Sob a questão ensina Canotilho:

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirmar-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele quer se traduzir a proibição do ‘monismo do poder’, como o que resultaria, por ex., da concentração de plenos poderes no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e

²⁹³Bueno. Ob. Cit. p. 228.

²⁹⁴Ibid. p. 231.

²⁹⁵Silva, J.A. Ob. Cit. p. 110/111.

legiferante. Todavia, permanece em aberto o problema de saber onde começa e onde acaba o núcleo essencial de uma determinada função.²⁹⁶

Sobre essa interseção, observamos que o sistema brasileiro excepciona o princípio em diversas situações constitucionalmente especificadas, estabelecendo meandros, configurando um sistema não de separação, mas de “balanceamento de poderes”.²⁹⁷ Neste sentido posicionasse Sergio Cruz Arenhart²⁹⁸:

Considerar a idéia de "separação de poderes" como imposição de rígida divisão de atribuições entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo é algo que não tem mais pertinência em nenhum país do mundo (aí incluído o Brasil). Na verdade, o argumento, atualmente, assume antes caráter retórico do que concreto, já que diversas são as situações reais que desmentem a aplicação dessa teoria rígida no sistema nacional.

Desta forma, mostra-se imperiosa a reflexão sobre esse argumento utilizado pela Administração para o não cumprimento de decisões judiciais, principalmente aquelas que reportam a uma atividade estatal, escorando-se em tal princípio para o inadimplemento de suas obrigações.

Acerca da possibilidade de execução forçada contra o Estado, Leonardo Greco ainda observa que não se trata de violação ao princípio da separação de poderes, mas sim do reconhecimento da “tutela jurisdicional como instrumento de garantia plena de eficácia dos direitos do cidadão, de que a separação de poderes não pode constituir óbice”.²⁹⁹

6.3 – Critérios de atuação do juiz no cumprimento das obrigações que importem em alocação de recursos em um quadro fático de escassez: legitimidade, capacidade técnica do Poder Judiciário e o contraponto da Teoria da Reserva do Possível como freio à execução de obrigações decorrentes de direitos sociais de cunho prestacional

²⁹⁶ Canotilho, J. J. G. *apud*. Rodrigues, Lucas Faria. **A separação de poderes na Carta de 1988 sob a óptica do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/ver_iniciacoes.php?idMono=1>. Acesso em 02 de março de 2008.

²⁹⁷ Guastini, Riccardo. *Apud*. Arenhart, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2008.

²⁹⁸ Arenhart, S. C. Ob. Cit. p. 01.

²⁹⁹ Greco, L. Ob. Cit. , p.205.

O direito vem reforçando, ao longo de sua trajetória contemporânea, a proteção aos direitos fundamentais, limitando o poder do Estado em face do homem e trazendo novas liberdades até então não contempladas, tendo como exemplo as chamadas “gerações” destes direitos.³⁰⁰

Como direitos de segunda geração, os direitos sociais trouxeram a temática de prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais que dependem, para realizar seus objetivos de melhores condições de vida, igualdade e liberdades formais de uma atuação positiva do Estado.³⁰¹

Os direitos fundamentais sociais carecem de uma atuação estatal para que ocorra sua materialização, o que requer a previsão orçamentária e investimentos, ao contrário dos chamados direitos fundamentais de defesa, que podem ser judicialmente tutelados sem a necessidade de uma atividade direta para sua concretude.³⁰²

Na verdade, “todos os direitos demandam custos para sua efetivação; os direitos de defesa indiretamente e os direitos sociais, diretamente.”³⁰³

Para a realização destes e dos demais direitos fundamentais, o Estado recorre ao orçamento, baseado sobre o funcionamento das leis que o estrutura: a Lei do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, fomentando as políticas públicas³⁰⁴ e submetendo o Administrador ao princípio da despesa pública.

Em relação às despesas públicas, a Constituição estabeleceu limites formais expressos no texto, como os artigos 100, 212, 198, §2º, entre outros, e limites materiais que são representados por objetivos e valores traduzidos no artigo 3º da Carta.³⁰⁵

O Poder Judiciário, diante dos limites formais, poderá exercer seu controle sobre a elaboração e cumprimento do orçamento. A problemática surge a partir dos chamados limites materiais que, conforme elucida Maria Paula Bucci,³⁰⁶ envolvem dois pontos: a busca pela tutela jurisdicional, objetivando a execução de políticas públicas e o mecanismo que poderia ser utilizado pelos juízes para concretizar tais políticas.

³⁰⁰ Moraes, Alexandre. **Direito constitucional**. – 17.ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

³⁰¹ Silva, J.A. Ob. Cit. p.285.

³⁰² Mânica, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 5, n.18, p. 169-186, jul./set.2007.

³⁰³ Ibid. p. 177.

³⁰⁴ Nos dizeres de Maria Paula Dallari Bucci (Bucci, M. P. *apud* Mânica, Fernando Borges. Ob. Cit. p.170.) “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades provadas, par a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

³⁰⁵ Mânica, Ob. Cit., p. 172.

³⁰⁶ Bucci, M. P. *apud* Mânica, Fernando Borges. Ob. Cit. p.170.

Por relacionar-se com questões orçamentárias e a definição de políticas públicas, a doutrina tende a se posicionar, sob este aspecto, no sentido de que, a interferência de juízes não seria possível, pois se configuraria violação ao princípio da separação de poderes, ferindo a discricionariedade administrativa (ver itens 6.1 e 6.2 supra). Além disso, estaria o juízo alocando recursos escassos, baseado em um caso concreto entre as diversas necessidades públicas.³⁰⁷

Todos os direitos fundamentais necessitarão de um apoio econômico para a sua concretização, seja ele de defesa ou social. Sob este aspecto, a concretização de políticas públicas deve contar com a atuação do Judiciário em sua realização, não em contrariedade à discricionariedade administrativa ou ao princípio da separação de poderes, mas sim em observância aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

A jurisprudência nacional atravessou um momento de transição, possibilitando em muitos casos essa intervenção, porém, invocando como medida a frear a atividade executiva, a chamada Teoria da Reserva do Possível (*Vorbehalt des Möglichen*)³⁰⁸, que foi distorcida quando da sua chegada ao direito pátrio. Esta discussão surgiu no Tribunal Constitucional Alemão³⁰⁹ ao decidir sobre a limitação no número de vagas do ensino superior. A corte entendeu que o direito à prestação estatal “encontra-se sujeita a reserva do possível, no sentido que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade.” Mas o direito brasileiro interpretou-a como um limite absoluto para a concretização do direito, impondo a necessidade de recursos públicos e sua previsão orçamentária, sem realizar uma análise sobre a razoabilidade da pretensão.³¹⁰

A sua inserção no Brasil acabou por estabelecer uma limitação soberana, inflexível sobre a atuação do Judiciário na obtenção dos direitos fundamentais sociais, estipulando a necessidade de suficiência de recursos públicos e previsão orçamentária, sem considerar, na verdade, a razoabilidade do pedido e sua possível efetivação.³¹¹

Nesse ponto podemos observar o problema dessa teoria: a sua aplicação de forma irrestrita e absoluta. Decerto que o limite orçamentário deve ser considerado quando da tomada de decisões do administrador, mas esse argumento não poderá ser utilizado de forma indiscriminada pelo Estado, sob pena de violação a direitos

³⁰⁷ Ibid. p. 173.

³⁰⁸ Arenhart, S. C. Ob. Cit. p. 01.

³⁰⁹ Esta decisão ficou conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n°33, S.333) e acolhia a tese defendida pelo doutrinador Peter Häberle. In. Arenhart, S. C. Ob. Cit. p. 01 e Mânica, F. B. Ob. Cit. p. 180.

³¹⁰ Mânica, Ob. Cit. p. 180.

³¹¹ Ibid. p. 181.

fundamentais constitucionalmente assegurados e, respeitar ou não a Constituição brasileira não é uma opção conferida ao Administrador.

Como observa Fernando Borges Mânica,³¹²

(...) segundo entendimento de alguns, a teoria da reserva do possível passou a ocupar o lugar que antes era ocupado pela teoria das normas programáticas, pela separação de poderes e pela discricionariedade administrativa, no sentido de que, se antes se entendia pela impossibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, agora se entende pela ausência de previsão orçamentária.

Da mesma forma que a Teoria da Reserva do Possível não deve ser argumento absoluto para o não adimplemento de obrigações estatais, principalmente das políticas públicas, os direitos fundamentais sociais assegurados também não podem ser vistos como absolutos e aplicáveis a toda e qualquer hipótese. O choque entre esses direitos e outro direito fundamental ou a um princípio constitucional deverá ser resolvido através de uma ponderação entre os direitos envolvidos, assegurando sua aplicação na maior extensão possível, sempre preservando o seu núcleo essencial.³¹³

Em decisão comentada, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45 (ADPF/45), julgada pelo Min. Celso de Mello onde o eminente jurista realiza ponderações sobre a teoria suscitada e o custo dos direitos em uma ação impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto presidencial ao §2º do artigo 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.707/2003) e, apesar de prejudicada a ação pela perda do seu objeto, o Ministro reconheceu a importância do instrumento na viabilização do cumprimento de políticas públicas.

(...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da

³¹² Ibid. p. 181.

³¹³ Barroso, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Interesse Público, v. 46, p. 31-62, 2007.

peessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.(...)³¹⁴

Interessante observarmos que o voto ressalta a necessidade de se comprovar “objetivamente” a falta de recursos para justificar a omissão estatal no cumprimento do comando legal. Dessa forma, a atuação do Judiciário seria obstaculizada pela clara impossibilidade financeira do Estado em realizar determinada política pública. A questão é determinar como aferimos esta “capacidade financeira” do Estado e sua objetiva impossibilidade de cumprimento da obrigação.³¹⁵

Nesse contexto de intervenção e imposição de cumprimento de políticas públicas pelo Judiciário, surge uma forte crítica quanto à sua legitimidade ao realizá-las, tendo em vista que o sistema democrático prevê, através do voto popular, a eleição de administradores que irão decidir a divisão dos recursos obtidos através dos pagamentos, falando-se neste ponto no chamado “princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária”.³¹⁶

A questão mostra-se extramente complexa, tendo em vista o questionamento acerca da possibilidade de um magistrado, que não foi escolhido através do processo eletivo democrático, mas sim por análise técnica e objetiva em concurso público, realizar uma escolha de alocação de recursos, podendo colocar em choque a efetivação de direitos sociais fundamentais tais como saúde, trabalho e educação. Nesse sentido observa Luís Roberto Barroso³¹⁷ que

(...) onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial dever ter a marca da autocontenção.³¹⁸

³¹⁴ STF, ADPF nº 45. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 29 de abril de 2004; consultado no sítio eletrônico do Tribunal <www.stf.gov.br> em 05 de março de 2008.

³¹⁵ Mânica, F.Ob. Cit. p. 180.

³¹⁶ Sarlet, Ingo Wolfgang. *apud*. Barroso, L. R. Ob. Cit. p. 57.

³¹⁷ Barroso, L. R. Ob. Cit. p.41.

³¹⁸ Neste sentido decidiu o STJ (REsp 208893/PR. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator. Min.Franciulli Netto. Julgado em 19 de dezembro de 2003; consultado no sítio eletrônico do Tribunal em 03 de março de 2008.) que, no caso concreto onde discutia-se o direito à educação em face do Município, além da impossibilidade orçamentária, o ente federativo estava cumprindo com sua atribuição no trato de menores carentes.

Há ainda a crítica que aponta a impossibilidade de realização de obrigações decorrentes de direitos sociais pelo Judiciário com base em sua falta de conhecimento técnico, necessário para a implementação e execução destas obrigações.

Conforme dito anteriormente (item 4.3), com a multiplicidade e complexidade das demandas endereçadas ao Judiciário, o magistrado encontrar-se-á diante de diversas demandas em que sua análise e conclusão dependerá da ajuda de indivíduos dotados de conhecimento técnico específico a fim de se alcançar o resultado adequado e justo diante de uma situação envolvendo matérias desconhecidas e externas à atividade judicial

Neste sentido, diante de tais obrigações que importem em uma atuação estatal, o §5º do artigo 461 poderá ser aplicado ao caso, quando se tratar de tutelas específicas, munindo o magistrado de poderes para então planejar ou fiscalizar o cumprimento de sua decisão, bem como proceder a convocação de “terceiros desinteressados como cientistas ou instituições idôneas”, oferecendo assessoramento ao juízo, bem como realizando “audiências públicas e consultas plebiscitárias para auscultar a vontade popular”.³¹⁹

Devemos observar que, no estado contemporâneo brasileiro, o direito e a lei devem ter primazia sobre todos os Poderes, devendo o Judiciário desempenhar uma atuação de controle final das atividades públicas, investigando a razoabilidade e a finalidade dos recursos para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, especificamente os sociais que necessitam de um suporte financeiro direto para a sua concretização.

Existem limites que não podem ser transpostos pelo Judiciário, como por exemplo, a vontade política do Estado, mas a existência destes pontos não serve de alegação para excetuar a atuação judicial sobre os mesmos. Estando ele identificado, deve o Judiciário analisá-lo observando a sua configuração ou não. A mera alegação da existência do limite intransponível, não pode ser argumento acatado pelos juízes na escusa de sua atuação, formando áreas sem qualquer controle no domínio público.³²⁰

³¹⁹ Greco, L. **Execução nas ações civis públicas**. p. 339/340

³²⁰ Arenhart, S. C. Ob. Cit. p. 01/02 e Bueno, Cássio Scarpinella. **Inafastabilidade do controle judicial da Administração**. In *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em juízo*, 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 245.

CAPÍTULO 7 – CONCLUSÃO

Diante das questões apresentadas tentamos através de uma análise crescente o estudo das execuções de tutelas específicas contra o Estado, priorizando o estudo referente àquelas obrigações denominadas de “fazer e não fazer”, onde a Administração Pública demonstra forte escusa em sua efetivação, realizando uma breve análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol.

Analizou-se os conceitos presentes em nossa doutrina destas obrigações, bem como suas respectivas formas de cumprimento e suas interferências junto a questões maiores envolvendo a efetividade do processo e o direito fundamental esculpido no artigo 5º, XXXV de nossa Constituição.

Socorrendo-nos de ditames estrangeiros e de análises críticas de grandes juristas, podemos concluir, neste aspecto, que a execução efetiva, realizadora do direito material constante na decisão judicial é parte de extrema relevância na configuração de um direito a uma tutela jurisdicional efetiva, demonstrando uma necessidade social e jurídica de materialização do direito.

Em observância a esta efetividade processual, diversos sistemas jurídicos vêm procurando evoluir quanto a esta busca inevitável e crescente, homenageando, cada vez mais, meios amplos que possibilitam não o ressarcimento pelo inadimplemento, mas sim a real concretização da obrigação através de atividades incidentes sobre a vontade do devedor.

A análise do cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e declaração de vontade contra o particular mostrou-se proveitosa quando da observância de certa semelhança entre os ordenamentos apesar do nosso sistema apreciar uma atipicidade dos meios executórios, o que não se prevê expressamente no ordenamento espanhol. Em princípio, pensaria-se em uma maior efetividade legislativa brasileira diante da tipicidade dos meios executórios da Espanha, só prevendo a possível aplicação de outras medidas após o decurso de um ano. Evidenciou-se peculiaridades e semelhanças envolvendo ambos.

Adentrando especificamente no tema proposto, analisamos as mencionadas execuções nas hipóteses onde o réu é a Administração e, neste momento, é podemos observar a grande diferença existente entre os ordenamentos analisados.

A Espanha, com a promulgação de sua nova Constituição em 1978, bem como a ocorrência de processo de judicialização plena de sua jurisdição administrativa, alcançou um alto grau de defesa e concretização do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, submetendo o Estado às suas ordens judiciais. Partiu-se de um estado de amplo desrespeito ao Poder Judiciário e ao cidadão, com freqüentes inadimplementos de obrigações assumidas, quando a responsabilidade para o cumprimento das sentenças ainda cabia ao administrador, chegando-se a um novo momento da ordem jurídica na Espanha, onde a regra é o cumprimento das tutelas específicas, bem como da aplicação dos meios para sua efetivação. Interessante observarmos que tal processo foi impulsionado não só pelas reformas legislativas, mas também pela construção doutrinária e jurisprudencial, que passaram a homenagear, cada vez mais, os direitos do homem.

Desta forma, a observância da mudança expressiva de um sistema que, anteriormente, não contemplava a maioria de seus cidadãos com a efetividade do processo, conseguiu modificar sua atuação, transformando-se em um sistema mais garantístico.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **A discricionariiedade administrativa e o controle judicial**. In: *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em juízo*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ALVIM, J.E. Carreira, **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**, ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed.rev., atual. e aum.-Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>.

ASSIS, Araken. **Manual da Execução**.11.ed.rev., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BARNES, Javier Vazquez. **La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado**, in Monografias Civitas, Andalucia.

BERMUDES, Sergio. **A reforma do Código de Processo Civil; observações às leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13 de dezembro de 1994, que alteraram o CPC** – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Interesse Público, v. 46, p. 31-62, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella; Sundfeld, Carlos Ari. (org) Direito Processual Público – **A Fazenda Pública em juízo**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Ivan Lira. **O descumprimento de ordem judicial por funcionário público**. Disponível em <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina178.doc>>.

CASTILLEJO, Raquel Manzanares. **La incidência de la ley de enjuiciamiento civil em la ejecución de sentencias contencioso-administrativas**.Disponível em <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD09.pdf>, p. 4673 a 4693.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; Dinamarco, Candido Rangel; Grinover, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**, 20.ed.São Paulo:Malheiros, 2004.

CENIZO, Santiago Garduño. **El incidente de ejecución**. Disponível em <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD08.pdf>

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 18.ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2.ed. – São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Execução Civil**. 6. ed. – São Paulo: Malheiros, 1998.

FERNANDEZ, Germán Ferrares. **La posición del Tribunal Constitucional Español sobre el privilegio de imbuibilidad de los bienes públicos y la ejecución de sentencias condenatorias de las administraciones públicas**. Revista CEJ, Brasília, n. 23, p.13-40, 2003.

FONTESTAD, Leticia Portalés. **La jurisdicción contencioso-administrativa en España**. Revista CEJ, Brasília, n.34, p.62-72, jul/set.2006.

GRECO, Leonardo. **A execução e a efetividade do processo**, In Revista de Processo, ano 24, nº 94, abril-junho de 1999, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, págs. 34/66.

_____. **Execução nas ações civis públicas**. In. Estudos de direito processual – Campos dos Goytacazes. Ed: Faculdade de Direito de Campos, 2005

_____. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. Revista CEJ, Brasília, n.23, p.197-230, 2003.

_____. **Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo**. Jurispoiesis, Rio de Janeiro, v. 6, p. 3-50, 2004.

_____. **O Processo de Execução**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999. Volume I.

_____. **O Processo de Execução**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999. Volume II.

_____. **Tutela jurisdicional específica**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 23, p. 70-84, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer**. In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). Processo de Execução e Assuntos Afins. 1 ed. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 296-321.

HUESCA, Ricardo Boadilla. **La inejecución de sentencia por imposibilidad material o legal. La expropiación de los derechos e intereses legítimos reconocidos en una sentencia firme.** Disponível em <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD04.pdf>.

LÓPEZ, Milagros Gil. **La defensa de los intereses públicos como límite a la ejecución de sentencias contra la Administración.** Revista CEJ, Brasília, n.36, p.72-82, jan./mar.2007.

_____. **La ejecución de sentencias en la Ley del contencioso administrativo español.** Revista CEJ, Brasília, n.34, p.73-83, jul./set. 2006.

LÓPEZ, José Ignacio González. **El sistema español de ejecución de sentencias condenatorias de la administración.** In La justicia administrativa em el derecho comparado, Javier Barnes Vazquez (coord.)- Monografias Civitas.

PAES, Arnaldo Boson. **Direito à execução trabalhista como parte integrante da tutela judicial efetiva.** Disponível em <www.trt22.gov.br/institucional/gabinetes/gdabp/estudos/execucao.pdf>.

PEDRAZA, Ernesto Penalva. **Privilegios de las Administraciones Públicas en el Proceso civil,** In Cuaderno Civitas. Ed. Civitas.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro,** volume 4:parte especial:arts. 289 a 359-H – 4. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Lucas Faria. **A separação de poderes na Carta de 1988 sob a óptica do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <http://www.sbdp.org.br/ver_iniciacoes.php?idMono=1>.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução Judicial em Matéria Ambiental** – São Paulo: Editora dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 21.ed. atual – São Paulo:Saraiva, 2003, vol.1.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 21.ed. atual – São Paulo:Saraiva, 2003, vol.3.

SENÉS, Carmen Motilla. **Disposiciones Generales sobre la ejecución forzosa,** Espanha, ed. La Ley, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** – 23.ed.rev. e ampl.- São Paulos: Editora Malheiros, 2004.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública** – São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 5, n.18, p. 169-186, jul./set.2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva** – 4 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC.** – 2.ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** – 17.ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art.84).** 2 ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal.** 8.ed. ver.e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública.** – São Paulo:Dialética, 2003.

YARSHELL Flávio Luiz. **A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda Pública.** *In Direito Processual Público - A Fazenda Pública em juízo*, 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.