

AS OBRIGAÇÕES DE DAR, FAZER E NÃO FAZER E AS FORMAS DE SUA EXECUÇÃO

Dilvanir José da Costa*

SUMÁRIO: 1. Obrigações de dar. 1.1 Conceito. 1.2 Formas de execução. 1.3 A polêmica da execução direta nas obrigações de dar. 1.4 Conclusões. 1.5 Teoria dos riscos: obrigações de dar e de restituir. Coisa incerta.

2. Obrigações de fazer e não fazer. 2.1 Conceito. 2.2 Interesse da distinção entre obrigações de dar e de fazer: a forma de execução. 2.3 Regras de execução: obrigações “intuitu personae”; prestação infungível; prestação fungível: execução por terceiro ou opção por perdas e danos; impossibilidade da prestação. 2.4 Obrigações de emitir declaração de vontade. 2.5 Contrato preliminar. 2.6 Promessa de compra e venda de imóveis loteados ou não. 2.7 Adjudicação ou outorga independente de registro do compromisso. 2.8 Outros pré-contratos imobiliários. 2.9 Obrigações de não fazer. Impossibilidade da prestação: efeito. Prática do ato: desfazimento ou conversão em perdas e danos.

3. Regime das multas ou penas pecuniárias 3.1 Disciplina processual. 3.2 Comentário de J.J Calmon de Passos. 3.3 A teoria das “astreintes” no direito francês. O parecer de Louis Josserand. 3.4 Comentário de Alcides de Mendonça Lima. 3.5 Jurisprudência. A Lei 8.953/94. 3.6 A multa “ex-officio” na ação civil pública 3.7 A tutela específica na Lei de defesa do consumidor. 3.8 A nova redação do artigo 461 do CPC . 4 A execução nos Juizados Especiais Cíveis: a “astreinte” na obrigação de dar. 5. Conclusões.

* Doutor pela Faculdade de Direito da UFMG
Prof. de Direito Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Fac. de Direito da UFMG. Doutor em Direito Civil. Advogado.

1. OBRIGAÇÕES DE DAR.

1.1 CONCEITO

Segundo Orosimbo Nonato, a obrigação de dar “tem por objeto a entrega de uma coisa ao credor para que este adquira sobre a mesma um direito”¹

O Código Civil argentino assim a definiu no artigo 574:

“La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a sudueño.”

Constituem exemplos clássicos de obrigação de dar ou entregar:

a) para instituir sobre a coisa um direito real: compra e venda; b) para transferir somente o uso: locação; c) e de restituí-la ao respectivo dono: empréstimo, depósito.

1.2 FORMAS DE EXECUÇÃO

A obrigação de dar comporta execução direta ou específica ou através da própria coisa objeto da mesma, sobretudo a de restituir, em que o credor tem sequela sobre o objeto, que lhe pertence. Mas mesmo na obrigação de dar ou entregar (para uso ou para constituição de direito real) prevalece a regra da execução direta, salvo se o objeto não mais se achar em poder do devedor, especialmente em virtude de vínculo real. Contra o terceiro adquirente não prevalece a execução, eis que o contrato é “res inter alios acta”. Nesta hipótese a execução seria indireta ou pelo substitutivo da “res debita”, através da resolução da obrigação com perdas e danos.

1 OROSIMBO NONATO. Curso de Obrigações. Rio. Forense, 1959, v. I, p. 287.

1.3 A POLÊMICA DA EXECUÇÃO DIRETA NAS OBRIGAÇÕES DE DAR

Mesmo quando o objeto se ache na posse do devedor, há uma corrente doutrinária que não admite a execução direta através da apreensão da coisa em poder do devedor, para entrega ao credor e constituição do direito real em favor deste. Só teria busca e apreensão o titular de direito real sobre a coisa. Recusando-se o devedor a entregar a coisa em seu poder, em cumprimento da obrigação, esta resolver-se-ia em perdas e danos, com base na distinção técnica entre direito real e obrigacional.

A propósito, J.M. Antunes Varela assim expõe:

“Dentro da vasta categoria das prestações de coisa, há que distinguir entre as obrigações de dar e as obrigações de entregar a coisa.

Nas obrigações de dar, a prestação do obrigado é essencial à constituição ou transferência do direito (real) sobre a coisa. São os casos em que o credor tem direito à coisa (*jus ad rem*), mas a aquisição do direito depende da prestação (tradição) a cargo do obrigado. Assim sucede com o vendedor ou o doador de coisa móvel, que ficam obrigados a transferir o domínio da coisa vendida ou doada, mas continuam donos dela enquanto não realizam o ato posterior da entrega (art. 868).

Nas obrigações de entrega da coisa, a prestação da coisa não se destina a transferir o seu domínio ou a constituir qualquer outro direito (real) sobre ela. Visa apenas proporcionar o uso, fruição ou posse direta da coisa, a que o credor tem direito. É o caso típico da obrigação de restituir, que incide sobre o comodatário ou o depositário.

A distinção tem uma impostância capital. É que a possibilidade de busca e apreensão judicial da coisa e a sua

consequente entrega pelo tribunal ao credor (previstas no art. 625 do CPC, como momento culminante da chamada execução para entrega de coisa certa) só tem cabimento quanto às obrigações de entrega da coisa. Nestas, se o devedor não cumprir e o credor requerer a realização coativa da prestação, o tribunal pode, realmente, apreender a coisa no patrimônio do executado e fazer a entrega dela ao exequente, substituindo-se ao devedor faltoso. Tratando-se de obrigação de dar, a substituição do devedor pelo tribunal, nos termos previstos pelo artigo 625 do CPC, já não é possível. O sistema jurídico brasileiro repudiou deliberadamente a concepção do Código napoleônico, que atribui eficácia real aos contratos de alienação de coisa determinada. Preferiu, até certo ponto, o sistema romanista, que desdobra a transferência de domínio sobre a coisa numa dupla operação. E a segunda operação - a tradição, no caso das coisas móveis - depende ainda, como ato jurídico do obrigado, da vontade deste.”²

Contra essa doutrina argumentam outros juristas que:

“O princípio dominador no direito moderno é outro: tem o credor direito à prestação mesma prometida, à coisa ou fato prometido”³

“A forma específica e direta constitui a execução normal e ideal”⁴

“O devedor de coisa, estando de posse dela, deve ser compelido a entregá-la por força física (manu militari)” (Lacerda de Almeida)”

2 ANTUNES VARELA, J.M.. “Direito das Obrigações”. Rio. Forense, 1977, v. I, n. 24, pp. 75 a 77.

3 OROSIMBO NONATO. Obra e vol cits, p. 296.

4 DARCI BESSONE, cit. por Orosimbo Nonato na obra e vol. cits, p. 298.

“Elle s`execute ponctuellement par la delivrance même de la chose et le debiteur ne peut offrir en place des dommages et intérêts.”(Larombière)”

“O sujeito passivo de uma “obligatio dandi” pode ser compelido a entregá-la “manu militari”(Orosimbo Nonato)”⁵

Mais incisivo é Humberto Theodoro Júnior (civilista e processualista) :

“A garantia de execução forçada para a obrigação deve assegurar, sempre que possível, o mesmo bem jurídico que o credor obteria com a execução voluntária, ou seja, com o adimplemento pelo devedor. Somente quando tal não for possível, é que a execução específica será substituída pela execução subsidiária das perdas e danos.

No entanto, há quem só admite a execução específica no caso dos direitos reais, ficando o credor sujeito apenas à execução de perdas e danos quando o devedor não cumpre a obrigação de dar, porque, antes da tradição, não lhe caberia, ainda, direito à coisa, porque o domínio não se transfere apenas pelo contrato. Há nisso, todavia, um equívoco. Não é o direito real que impõe ao devedor agir, perante o credor, exatamente nos termos da obrigação daquele e do direito deste. Entre devedor e credor a obrigação é vínculo jurídico suficiente para forçar o pagamento exatamente nos termos em que se estabeleceu entre as partes. E o patrimônio do devedor não é a garantia das perdas e danos pelo inadimplemento. É a garantia de que o credor receberá, com intervenção da soberania estatal, o que é devido.

O direito real confere ao titular uma dominação direta sobre a coisa oponível “erga omnes”, de maneira que pode

5 MIN. GONÇALVES DE OLIVEIRA, trecho do voto no RE 61.068-SP, base da Súmula 500 do STF (RTJ 43/263).

perseguí-la e recuperá-la de quem quer que a detenha de maneira injusta. O titular de direito de crédito não tem poder similar, ou seja, não pode perseguir a coisa devida fora do patrimônio do devedor. Dentro, porém, do patrimônio que responde pela dívida, claro é que o vínculo obrigacional outorga ao credor o direito de exigir exatamente a coisa que lhe deve o devedor. Para isto, não depende de direito real; basta-lhe o direito obrigacional.

Se o bem devido ainda se encontra no patrimônio do devedor, não tem sentido recusar-se a execução forçada específica para impor ao credor apenas as perdas e danos. É que pelo cumprimento das obrigações responde o patrimônio do devedor. Assim, chegar-se-ia ao absurdo de negar a entrega da coisa “in natura”, mas não se teria como impedir sua penhora para vendê-la em arrematação, para com o produto apurado proceder-se ao pagamento das perdas e danos. Ora, se a coisa devida pode ser objeto de realização da execução subsidiária, não há como deixar de reconhecer-lhe a aptidão para a execução específica, que é a natural e lógica consequência do vínculo obrigacional. Se, enfim, o devedor não pode impor o adimplemento voluntário, por via de coisa diversa da que deve ao credor (Código Civil, art. 863), como admitir que, incorrendo em mora e submetendo-se à sanção do processo executivo forçado, venha a beneficiar-se da compulsória troca de objeto da obrigação? (Sobre o tema, consultar Humberto Theodoro Júnior, *O contrato e seus princípios*, Ed. Aide, Rio, 1993, págs 209/215).⁶

6 HUMBERTO THEODORO JR., in “nota” a “OBRIGAÇÕES”, de Orlando Gomes, Rio, Forense, 1996, 11ª ed., nº 15, pp. 20 a 21.

1.4 CONCLUSÕES

A obrigação de dar ou entregar, seja para constituição de direito real ou para permitir ao credor o uso da coisa, pode ser executada coativamente de forma direta, específica ou através da própria “res debita”, desde que a coisa se ache em poder do devedor, ou seja, desde que não interfira um terceiro de boa fé numa relação nova com o mesmo objeto (adquirente, locatário ou similar), contra o qual não prevaleça a obrigação entre as partes, em razão do princípio da relatividade dos contratos. (Art. 625 do CPC).

A obrigação de restituir comporta execução coativa específica com maior razão, admitindo a busca e apreensão ou outra ação real contra terceiros possuidores, em razão do vínculo real do credor à coisa (direito de sequela).

A coisa objeto da obrigação, por sua autonomia em relação à pessoa do devedor, pode ser apreendida sem ofensa à liberdade individual do mesmo, e entregue ao credor, inclusive “manu militari”.

Somente em caso de perda ou outra forma de impossibilidade da prestação específica ou interferência de direito de terceiro é que se abrirá ensejo à substituição da coisa pelo seu equivalente (“id quod interest”) (Art. 627 do CPC).

A obrigação de restituir pode se achar amparada por lei especial de ordem pública, destinada a proteger certos contratos de massa, a exemplo da Lei do Inquilinato, que regula os requisitos e a forma de devolução do imóvel locado.

A propósito da execução da obrigação de dar ou entregar, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Admissível que a execução para entrega de coisa fungível (sacas de soja), submetida à disciplina prevista nos arts 621 usque 628 do estatuto processual, seja fundada em títu-

lo extrajudicial (art. 585, II, do mesmo diploma).” (REsp. 52.052-5-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 10.10.94)⁷

1.5 TEORIA DOS RISCOS: OBRIGAÇÕES DE DAR E DE RESTITUIR - COISA INCERTA

Ao regular a perda, a deterioração, os melhoramentos e os frutos da coisa, na obrigação de dar e na de restituir, o Código Civil leva em conta o princípio “res perit domino”. Na transição entre a formação e a execução da obrigação de dar (entregar ou restituir), a coisa perece ou se deteriora ou se valoriza para o dono dela, sofrendo ele os riscos de sua perda ou deterioração e auferindo as vantagens de seu incremento.

Como em nosso direito o domínio só se transfere ao adquirente com a tradição da coisa, daí resultam as seguintes consequências:

- 1) na obrigação de transferir o domínio (dar ou entregar), antes da tradição a coisa pertence ao devedor, que até então suporta a sua perda ou deterioração por caso fortuito ou força maior, assim como se beneficia com os seus incrementos (arts. 865 a 868);
- 2) na obrigação de restituir ocorre o inverso: a coisa pertence ao credor, que assume os riscos de sua perda ou deterioração sem culpa do devedor, até a tradição ou devolução, assim como lucra com os seus melhoramentos espontâneos (arts. 869 a 872).

COISA INCERTA. A coisa incerta ou determinável há de ser genérica ou alternativa. Vigoram as seguintes regras a respeito:

- a) determina-se pela escolha ou concentração;
- b) a escolha compete ao devedor, salvo estipulação em contrário;
- c) as coisas genéricas se concentram pela média: nem as melhores nem as piores;

7 SÁLVIO DE FIGUEIREDO. O STJ e o processo civil: Brasília Jurídica, 1995, art. 621, p. 433.

- d) antes da escolha, o devedor não poderá alegar perda ou deterioração por caso fortuíto ou força maior: “genus non perit”;
- e) feita a escolha, a obrigação se rege pelas normas da obrigação de dar coisa certa.

2. OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

2.1 CONCEITO

“As obrigações de fazer têm por objeto um ou mais atos do devedor, quaisquer atos, de fora parte a entrega de uma coisa.

Abrange, assim, e em toda a sua extensão, a “obligatio faciendi” e parte das obrigações “prostandi” do direito romano.

O objeto da obrigação de não-fazer é um ato negativo, uma abstenção do devedor.

Não recebia nome especial no direito romano, confundida às vezes com a “obligatio faciendi” e outras com a “obligatio prostandi”.

Tais, em abreviado, as linhas traçadas por GIORGIO GIORGI para definir os limites dessa classificação.

Confessam os D.D. que assaz de vezes essas linhas se tornam confusas ou se delgaçam, principalmente no tocante à distinção entre dar e fazer.

LACERDA DE ALMEIDA assinala ser difícilimo encontrar, assim no direito romano como no pátrio, o critério seguro e infalível da distinção que, entretanto, a essa conta não deve ser relegada.”⁸

“O *subtractum* da diferenciação entre a obrigação de dar e fazer está em verificar se o dar ou o entregar é ou não consequência do fazer.

8 OROSIMBO NONATO. *Obra e vol cits.* pp 287 a 288.

Assim, se o devedor tem de dar ou de entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entregá-la, se tem ele de realizar algum ato, do qual ser mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer.”⁹ Os exemplos típicos seriam: o quadro do pintor já exposto à venda na galeria (dar) e aquele encomendado para ser executado (fazer).

2.2 INTERESSE DA DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES DE DAR E DE FAZER : A FORMA DE EXECUÇÃO

“No ensinamento de Lacerda de Almeida, “A distinção entre essas duas classes de prestações tem o seguinte alcance prático. Ao passo que, em regra, o devedor de fato se desonera pagando perdas e danos resultantes da inexecução, o devedor de coisa, estando de posse dela, deve ser compelido a entregá-la por força física (*manu militari*). Do mesmo modo, Larombière: “Ce que caractérise surtout l’obligation de faire c’est son mode d’exécution. À la différence de l’obligation de faire ou de ne pas faire, qui se résout à défaut d’exécution, en dommages et intérêts (art. 1.142), elle recoit une exécution littérale et complète. Elle s’exécute ponctuellement par la délivrance même de la chose et le débiteur ne peut offrir en place des dommages et intérêts. De même en effer qu’il est dans l’obligation de livrer la chose, le créancier est en droit de l’exiger.” Também Orosimbo Nonato: “O alcance da divisão residiria, na versão mais corrente, na diversidade da execução: o devedor inadimplente de um fato se desonera com o satisfazer perdas e danos, ao passo que o sujeito passivo de uma “*obligatio dandi*” pode ser compelido a entregá-la “*manu militari*”¹⁰

9 BARROS MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações.SP, Saraiva, v 1, p. 87.

10 GONÇALVES DE OLIVEIRA, Min. do STF. Do voto no RE 61.068 SP, in RTJ 43/263.

2.3 REGRAS DE EXECUÇÃO

OBRIGAÇÕES “INTUITU PERSONAE”. Se, pela convenção ou pelas circunstâncias, o ato deva ser praticado pelo próprio devedor, o credor não é obrigado a aceitar a prestação de terceiro (CCB, art 878). Como no exemplo da encomenda de um quadro a um pintor de renome.

PRESTAÇÃO INFUNGÍVEL. Por outro lado, se a prestação é infungível e só o devedor pode realizá-la, não se pode obrigá-lo ao cumprimento “*manu militari*”. “Uma sociedade bem organizada - lê-se no Programa de Tito Fulgêncio - não permite violência à pessoa do devedor para que faça o que não quer fazer. Sagrada é a liberdade pessoal e não se lhe tolera violação por negócio meramente financeiro.”¹¹

Vigora, na obrigação de fazer, o princípio “*nemo cogi potest ad factum praecise*”. Havendo recusa do devedor, não se pode exigir dele a prestação pessoal através de coação física ou corporal. Resolve-se pela conversão da prestação em perdas e danos. (CCB, art. 880; Projeto de Cod. Civil, art. 247; CPC, art. 638 e parágr.).

PRESTAÇÃO FUNGÍVEL : EXECUÇÃO POR TERCEIRO OU OPÇÃO POR PERDAS E DANOS. Podendo o cumprimento da obrigação de fazer ser realizado por terceiro e, portanto, sem ofensa à liberdade do devedor, o juiz pode determinar a execução por outrem à custa do devedor inadimplente.(CPC, arts. 633/637). Poderá o credor optar pela conversão em perdas e danos ou execução indireta ou por substitutivo. (CCB, art. 881; Projeto de Cód. Civil, art 249). É a hipótese de prestação fungível.

IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO. Impossibilitando-se a prestação sem culpa do devedor, extingue-se a obrigação de fazer: “*ad impossibilia nemo tenetur*”. As partes voltam ao “*status quo ante*” (CCB, art. 879; Projeto de Cód. Civil, art. 248).

2.4 OBRIGAÇÕES DE EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE

Tratando-se de obrigação de emitir declaração de vontade, a sentença produzirá os mesmos efeitos, substituindo a vontade rebelde sem constrangimento físico ou ofensa à liberdade corporal do devedor.

(CPC, art. 641). A sentença é um ato jurídico por excelência.

2.5 CONTRATO PRELIMINAR

O contrato preliminar constitui aplicação da obrigação ampla de emitir declaração de vontade. A sentença produzirá os mesmos efeitos do contrato definitivo, atendidos os requisitos essenciais deste. (CPC, art. 639; Projeto de Cód Civil, arts 462/465).

Se o compromisso for de transferência de propriedade de coisa ou direito, o credor deverá oferecer a contra-prestação exigível, como condição da ação. (CPC, art. 640).

2.6 PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS LOTEADOS OU NÃO

IMÓVEIS LOTEADOS. A promessa específica de compra e venda de imóveis loteados se rege basicamente pelo Decreto-lei 58/37.

Cabe ação de adjudicação compulsória do lote, para cumprimento da obrigação de outorgar a escritura definitiva, produzindo a sentença o mesmo efeito desta, para fins de registro no cadastro imobiliário (art. 16 do DI 58/37). “É inadmissível o arrependimento do compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Dec.-lei 58/37” (Súmula 166 do STF).

IMÓVEIS NÃO LOTEADOS. A propósito, a Súmula 413 do STF tem o seguinte enunciado: “O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais” (a exemplo da outorga uxória do promitente, da ausência de cláusula de arrependimento e do próprio registro do imóvel em nome do promitente). A Súmula teve suporte nos artigos 346 e 1006 do CPC/39, correspondentes aos artigos 639 e 640 do CPC atual e ao artigo 22 do DI 58/37, em sua nova redação.

“Só se aplica o artigo 639 do CPC se o contrato preliminar contiver todos os elementos e pressupostos para que se converta em definitivo.” (RTJ 92/250).

“A promessa de compra e venda firmada só pelo marido não é nula. Resolve-se em perdas e danos, se não cumprida.” (STJ, REsp 36.413-2-SP, Rel. Min Eduardo Ribeiro, DJU 27.9.93)

2.7 ADJUDICAÇÃO OU OUTORGA INDEPENDENTE DO REGISTRO DO COMPROMISSO

O Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de desprezar o requisito da inscrição do compromisso no registro imobiliário. O essencial é que o imóvel esteja registrado em nome do compromitente. Diante disso, o compromisso sem cláusula de arrependimento (que enfraquece a obrigação, tornando-a condicional) e com a necessária outorga uxória, se for o caso, pode ter execução específica através de sentença. Eis como vem decidindo o STJ:

“A adjudicação compulsória independe de inscrição do compromisso de compra e venda no registro imobiliário. A promessa de venda gera efeitos obrigacionais. O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes.”

(RSTJ 3/1.043, 25/465, 29/356, 42/407, contrariando a Súmula 167 do STF)

“À falta do registro do compromisso, a ação cabível é a do artigo 639 do CPC” (RSTJ, 28/419; RT 617/82, 619/100, 630/113; JTA 104/57, 118/140, 143/32)

Assim decidindo, o c. STJ consagrou dois princípios: 1) o de que a obrigação de emitir declaração de vontade, praticar ato jurídico ou outorgar contrato definitivo pode ser executado por sentença, ato jurídico por excelência, sem ofensa à liberdade corporal do devedor; 2) o de que a obrigação de constituir direito real independe da existência de direito real de aquisição ou compromisso registrado em nome do credor (sequela adjudicatória), bastando que o devedor seja titular da disponibilidade do direito real prometido. A inscrição da promessa no registro imobiliário só é indispensável para prevenir a transferência do direito real a terceiro, frustrando a execução específica do compromisso. E mais: a sentença apenas transforma a obrigação de contratar em contrato definitivo, substituindo a vontade rebelde. A transcrição da sentença no registro imobiliário é que gera o direito real.

2.8 OUTROS PRÉ-CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

O artigo 27, parágrafo terceiro da Lei 6766/79 (parcelamento do solo urbano) manda aplicar os artigos 639 e 640 do CPC ao descumprimento de outros pré-contratos imobiliários: “ promessa de cessão, proposta de compra, reserva de lote ou qualquer outro instrumento do qual conste a manifestação de vontade das partes, a indicação do lote, o preço e modo de pagamento e a promessa de contratar” (art. 27, parágr. 1º).

2.9 OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER. IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO: EFEITO. PRÁTICA DO ATO: DESFAZIMENTO OU CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS

A lei, o contrato ou a sentença pode obrigar alguém a uma abstenção ou tolerância, como ocorre nas servidões. Os romanos se referiam ao seu objeto como um “pati”, de “patientia”, ter paciência, tolerar. Ocorrendo a impossibilidade da abstenção sem culpa do devedor, extingue-se a obrigação (CC, art. 882, Projeto, art. 250). Praticado o ato, o credor pode exigir que o devedor o desfaza, sob pena de desfazimento à sua custa, com perdas e danos (CC, art. 883; Projeto, art. 251; CPC, art. 643). Não sendo possível desfazer o ato, converte-se em perdas e danos (CPC, parágr. do art. 643).

3. REGIME DAS MULTAS OU PENAS PECUNIÁRIAS

3.1 DISCIPLINA PROCESSUAL

- 1) Prestação de fato pessoal ou infungível ou abstenção da prática de ato ou tolerância de alguma atividade: pedido de cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (CPC, art. 287).
- 2) Execução de obrigação de fazer ou não fazer determinada em título judicial: fixação de multa por dia de atraso no cumprimento, alterável pelo juiz, se insuficiente ou excessiva (CPC, art. 644).
- 3) Execução de obrigação de fazer ou não fazer fundada em título extrajudicial: fixação pelo juiz, ao despachar a inicial, de multa por dia de atraso no cumprimento, ou redução da multa excessiva convencionada (CPC, art. 645).

3.2 COMENTÁRIO DE J.J. CALMON DE PASSOS

Pode-se assim resumir o comentário de J.J. Calmon de Passos ao artigo 287 do CPC:

A recusa do devedor, na obrigação de fazer, coloca em confronto dois valores: o do respeito à liberdade individual, em razão do que se tutela a recusa do devedor a prestar o fato, não se permitindo seja ele violentado em sua liberdade, resolvendo-se o inadimplemento em perdas e danos; e o da tutela do interesse do credor, assegurando-lhe, coativamente, a prestação pactuada, mediante a execução específica.

A primeira orientação prevaleceu entre os romanos e ainda hoje é aceita pela doutrina tradicional. À segunda aderiram inúmeros civilistas franceses e italianos e processualistas nacionais.

Não é a recusa arbitrária do devedor que leva a excluir-se a execução específica, mas sim a impossibilidade prática de obter-se a prestação.

Ao lado dos meios de sub-rogação da prestação do devedor (prestação por terceiro - art. 634 do CPC), emissão de declaração de vontade (substituída por sentença - arts. 639/641 do CPC), existem os meios de coação sobre a vontade do devedor, tais como, no contrato, a cláusula penal e as multas pactuadas por inadimplemento, além das prescritas em lei para influir sobre a vontade do obrigado, induzindo-o a prestar aquilo a que se obrigou.

Quanto foi dito acima vale para as obrigações de não fazer e de suportar ou tolerar (*prestare patientiam*).

A tutela dessas obrigações sempre foi atendida, em nosso direito, pelas ações de preceito cominatório.

O código revogado previu para elas um procedimento especial (arts 302 a 310). O código atual não contemplou um procedimento especial cominatório. Limitou-se aos artigos 287, 644 e 645.

A pretensão de haver de alguém um comportamento omissivo ou comissivo decorre da lei ou do contrato. E a todo direito subjetivo material corresponde o direito público subjetivo de reclamar judicialmente a sua efetivação. Logo, diante dos artigos 287, 644 e 645 do CPC, perdura a tutela das obrigações de fazer e não fazer mediante ação de preceito cominatório.”¹²

3,3 A TEORIA DAS “ASTREINTES” NO DIREITO FRANCÊS O PARECER DE LOUIS JOSSERAND

A propósito do artigo 1.142 do Código Civil francês, que dispõe, “em termos amplos e aparentemente absolutos”, que “toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em perdas e danos, em caso de inexecução por parte do devedor”, o grande civilista Louis Josserand afirma que essa conclusão é inaceitável e deve ser retificada. Não poderia depender da inércia, da má vontade do devedor a troca do objeto da dívida, acentua ele. Acabar-se-ia com a força obrigatória das convenções. O artigo 1142 não faz mais do que reproduzir o velho adágio: “nemo potest cogi ad factum praecise”, prossegue o mestre. Acrescenta que Pothier já fazia uma distinção por demais tradicional, segundo a qual a regra só se aplica no tocante às obrigações que têm por objeto algum ato corporal do devedor, a cuja prática não poderia este ser constrangido sem que se atentasse contra sua pessoa e sua liberdade. E prossegue figurando a hipótese de uma obrigação cuja execução específica implique a intervenção do próprio devedor, como no exemplo clássico do pintor famoso que se obrigou a pintar um quadro. E indaga: é então absolutamente correto que o credor não possa, de modo nenhum, impor ao devedor a execução específica de seu compromisso e que a obrigação se resolva em perdas e danos, ante a resistência deste último? Certamente não, responde. E passa a referir-se a um procedimento com a dupla vantagem de não violentar a pessoa física do devedor e de conduzir a um resultado concreto: o sistema das “astreintes”.

12 CALMON DE PASSOS, J.J.- Comentários ao CPC: Rio, Forense, art. 287.

Sobre a teoria das “astreintes” discorre JOSSERAND:

“ La “astreinte” es una condena pecuniaria que se pronuncia a razón de “tanto” por día, por semana, por mes o por año de retraso, y que tiende a vencer la resistencia del deudor de una obligación de hacer, a ejercer presión sobre su voluntad: gracias a la progresión que la caracteriza, este sistema es de eficiencia y seguridad a toda prueba: no hay fortuna que pueda resistir una presión continua e incesantemente acentuada; la capitulación del paciente es fatal; se vence su resistencia, sin haber ejercido violencia sobre su persona: se procede contra sus bienes, contra su fortuna, contra sus recursos materiales.”¹³

3.4 COMENTÁRIO DE ALCIDES DE MENDONÇA LIMA

Em comentário ao artigo 644 do CPC, Alcides de Mendonça Lima esclarece que desde o início do século XIX a jurisprudência francesa criou as “astreintes”, apesar das hostilidades da doutrina, invocando o princípio “nulla poena sine lege”. E prossegue: as “astreintes” podem ser fixadas por descumprimento de obrigação legal ou resultante de sentença ou de contrato. No direito anglo-americano, o descumprimento da obrigação é considerado um desrespeito ao tribunal (contempt of Court), com constrição “ex-officio”. Não se deve confundir esta engenhosa medida com as perdas e danos decorrentes do inadimplemento. E, citando Liebman e Couture, refere-se ao aumento indefinido das “astreintes”, “quase sempre arbitrárias em seu valor e desproporcionadas à obrigação mesma.” E conclui: o direito processual civil brasileiro desconhecia as “astreintes” até o vigente Código. O artigo 1005 do Código anterior limitava a cominação ao valor da prestação. O montante ilimitado das “astreintes” é o seu caráter, podendo exceder o valor da obrigação, ao contrário das perdas e danos.¹⁴

13 JOSSERAND, Louis. Derecho Civil: trad. de Santiago y Manterola, Buenos Aires, Ed. Jur. Europa.America, 1950, T. II, v. I, ns 589/594.

14 MENDONÇA LIMA, Alcides de. Comentários ao CPC: Rio, Forense, 1a ed, art. 644.

3.5 DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. A LEI 8.953/94.

Segundo a jurisprudência do STF, as “astreintes” não têm o caráter de indenização por inadimplemento mas sim o de meio coativo de cumprimento de sentença e por isso só vigora a partir do seu trânsito em julgado (RTJ 89/556, 103/774).

Decidiu o STJ: “o objetivo buscado pelo legislador, ao prever a pena pecuniária no artigo 644 do CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação de forma específica. Tal coação, no entanto, sem embargo de equiparar-se às “astreintes” do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que ao Direito repugna.”

(REsp. 13.416-0-RJ, rel. Min Sálvio Figueiredo, RSTJ 37/428).

E o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“ Humberto Theodoro Jr., no tema, ensina que “a multa diária de que trata o artigo 644, a exemplo das “astreintes” do direito francês, é de duração indefinida, perdurando enquanto subsistir o inadimplemento do devedor. Com efeito, a pena pecuniária “in casu” não é forma de reparar o prejuízo do credor, de sorte que não representa as perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer. Pune-se o devedor, através da multa, com o intuito de coagí-lo moralmente a cumprir a sentença. Por isso, a multa não encontra limite temporal, nem tampouco fica restrita ao valor da obrigação. A pena só cederá quando a prestação for cumprida, isto é, a coação durará enquanto durar o inadimplemento.” (Comentários ao CPC, Forense, 1ª ed., 1978, v. IV, n. 259).

A matéria é bem sintetizada por Amílcar de Castro, quando observa que, “ pelo artigo 1005, do Código anterior, a cominação pecuniária não podia exceder do valor da prestação, mas o novo Código, acompanhando o direito francês

e o direito alemão, não marca limite ao valor da “astreinte”: a soma cobrada é suscetível de aumento indefinido”

(Comentários ao CPC, Ed. RT, 1a ed., 1974, v. VIII, n. 253). No mesmo diapasão, vejam-se, ainda, os magistérios de Alcides de Mendonça Lima (Comentários ao CPC, Forense, 2a ed., 1977, v. VI, nº 1787), Sahione Fadel (CPC Comentado, Forense, 4a ed., 1982, v. II, p 417), Frederico Marques (Manual de Dir. Proc. Civil, Saraiva, 1a ed., 1976, v. IV, n 840) e Pontes de Miranda (Comentários ao CPC, Forense, 1a ed., 1976, v. X , p 156).

Mais não fosse e, por não se tratar de dever contratual de natureza econômica, “prima facie”, que se pudesse suprir por indenização correspondente a prejuízos, “si et in quantum”, qualquer limitação, temporal ou valorativa, poderia propiciar aos devedores a singular e extravagante opção de, solvendo a sanção, adquirirem o direito de consolidar o inadimplemento, o que, positivamente, não foi o sentido da norma processual que instituiu as “astreintes”.

Ainda nesse ponto, vale transcrever a lição de Humberto Theodoro Jr., quando adverte que, “perante esses deveres de natureza não econômica, por mais que dure a multa, nunca estará satisfeito o autêntico direito do credor, razão pela qual a “astreinte”, com toda propriedade, há de durar indefinidamente, ou seja, ha de perdurar enquanto perdurar o descumprimento da sentença, que condenou a parte a praticar o ato ou abster-se do fato .” (ob e vol cits, nº 261, p. d342).

Pela não limitação da pena do artigo 644 do CPC, é a jurisprudência mais recente (JTACSP, Lex, 59/157 e 69/134 e Saraiva, 80/45, inclusive nesta Corte (RJTJESP, Lex, 78/78).”

(Ac. un. 12a CC TJSP, Ap. 111.232-2, RJTJESP 105/52).

A Lei 8.953, de 13.12.94, deu flexibilidade às multas cominadas, introduzindo parágrafos aos artigos 644 e 645, *verbis*:

“Art. 644.

Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.”

“Art. 645.

Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo.”

3.6 A MULTA “EX-OFFICIO” NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dando sequência ao regime das “astreintes” em nosso direito, a Lei 7.347, de 24.7.85 (disciplina a ação civil pública em defesa do meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) veio dispor:

“Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

3.7 A TUTELA ESPECÍFICA NA LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei 8.078, de 11.9.90 (dispõe sobre a defesa do consumidor) veio consagrar:

- a) a tutela específica ou providência que assegure o resultado prático equivalente, na execução das obrigações de fazer e não fazer (art.

- 84, caput);
- b) a conversão em perdas e danos dessas obrigações somente por opção do credor ou por impossibilidade da tutela específica ou do resultado prático correspondente (art. 84, parágr. 1º);
 - c) a indenização sem prejuízo da multa (art. 84, parágr. 2º);
 - d) a possibilidade de tutela liminar (art. 84, parágr. 3º);
 - e) a imposição de multa diária “ex-officio”, na decisão liminar ou na sentença (art. 84, parágr. 4º);
 - f) outras medidas visando à tutela específica ou ao resultado prático equivalente (busca e apreensão de pessoas e coisas, desfazimento de obra, impedimento de obra nociva e requisição de força policial (art. 84, parágr. 5º).

3.8 A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 461 DO CPC

A nova redação do artigo 461 do CPC, com seus parágrafos 1º a 5º, através da Lei 8.952, de 13.12.94, são a reprodução ou transplante, para o CPC, do artigo 84 e seus parágrafos da Lei de defesa do consumidor, que acabamos de resumir no ítem anterior (Lei 8.078/90). Muitos não perceberam isso. Theotônio Negrão considerou o novo texto do CPC como “preceito completamente novo”.¹⁵

Comentando essas inovações, Humberto Theodoro Jr. assim se manifesta:

“ Os novos poderes conferidos ao juiz pelo art. 461 deverão manifestar-se em face de qualquer obrigação de fazer ou não fazer, mas seu campo de atuação prática mais intensa será, sem dúvida, o do compromisso de compra e venda e demais contratos preliminares tão difundidos no comércio jurídico atual, tanto em torno de bens imóveis como de bens e valores mobiliários de todo tipo. Uma das consequências imediatas da postura inovadora da lei será a definitiva supe-

15 THEOTÔNIO NEGRÃO. CPC e legislação...: SP, Saraiva, 26ª ed, nota 2 ao art 461.

ração da antiga jurisprudência que supervalorizava a perfeição formal dos compromissos, não admitindo a adjudicação compulsória quando o pré-contrato não estivesse previamente inscrito no Registro de Imóveis ou quando não contivesse todos os dados necessários ao atendimento das exigências de acesso àquele registro público. Agora, o juiz está armado de poderes processuais para, antes da sentença, apurar e completar tudo o que for necessário à expedição de um título judicial que seja perfeito para cumprir o anseio de efetividade da tutela jurisdicional, num terreno de enorme repercussão social, como é o dos compromissos de compra e venda, mormente em relação às camadas mais humildes da população. Dados faltosos no contrato, como os pertinentes ao registro anterior, confrontações, área e demais características do prédio negociado poderão ser objeto de ampla pesquisa durante a instrução da causa e o juiz deve empenhar-se para tudo esclarecer e suprir, de tal modo a proferir uma sentença de adjudicação compulsória que contenha a declaração sobre tudo aquilo que seja útil e necessário ao acesso ao registro de imóveis. Assim é que estará cumprindo a missão ora a ele confiada de determinar na sentença de procedência do pedido de cumprimento de obrigação de fazer, as “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (art. 461, caput).

A nova postura da lei diante das obrigações de contratar superou até mesmo a postura doutrinária e jurisprudencial que tentava salvar o compromisso de compra e venda incompleto, conferindo-lhe a ação de outorga de escritura em lugar da sentença de adjudicação compulsória. Não há mais razão para distinções desse tipo. A sentença deverá sempre ser dotada da carga máxima de eficácia prática. O juiz, portanto, terá de suprir as lacunas do contrato, apurando e declarando os dados omissos, de tal modo que a sentença de adjudicação compulsória, sempre que possível, seja com-

pleta, ainda que o compromisso não o fosse.

As providências lembradas pelo parágr. 5º e outras que se revelarem úteis e convenientes à realização da efetividade da prestação jurisdicional terão seu campo natural de atuação na fase de cumprimento ou execução da sentença. Poderão, no entanto, conforme o título de que dispuser o autor e as circunstâncias do caso concreto, ser objeto também da medida liminar autorizada pelo parágr. 3º. A propósito, é bom lembrar que, “in casu”, como aliás já se previra em caráter geral no novo texto do art. 273, a medida liminar não se confunde com simples medida cautelar (preventiva), pois assume a função específica de *antecipação da tutela* visada a alcançar com a sentença de mérito (medida, portanto, *satisfativa*). Como tal, a liminar comporta, em caráter provisório, as mesmas providências que, em caráter definitivo, se intenta obter com o julgamento final da causa.

Pode-se concluir que, em face do atual texto do art. 461, ao autor de uma ação de cumprimento de compromisso de compra e venda quitado é lícito, por exemplo:

- a) cumular, na inicial, pedido de adjudicação compulsória com pedido de imissão de posse ou de busca e apreensão;
- b) pleitear, desde logo, liminar que lhe assegure a posse provisória do bem compromissado.”¹⁶

4. A EXECUÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A “ASTREINTE” NA OBRIGAÇÃO DE DAR

A Lei 9.099, de 26.9.95, que disciplinou os Juizados Especiais Cíveis, destinados a conciliar, processar, julgar e executar as causas cíveis de menor complexidade, sob os critérios da informalidade e celeridade,

¹⁶ HUMBERTO THEODORO JR. As inovações no CPC: Rio, Forense, 1995, art. 461, pp 19 a 21.

inspirando-se nos arts. 644 e 645 do CPC, ampliou em nosso país a aplicação do regime das “astreintes”. Estendeu-as às obrigações de dar e entregar, nestes termos:

“Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:

V - nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o Juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o Juiz de imediato arbitrará, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado;

VI - na obrigação de fazer, o Juiz pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor deve depositar para as despesas, sob pena de multa diária;”

Conforme já demonstrado, a obrigação de dar ou entregar tem por objeto uma coisa, que pode ser objeto de execução direta, específica ou através da própria coisa, que é subtraída do devedor, “*manu militari*”, sem ofensa à sua pessoa, liberdade ou dignidade (“*délivrance*” é o termo francês). O mesmo não ocorre com a obrigação de fazer ou de não fazer, que não podem ser exigidas mediante coação física sobre o devedor e por isso incidem na regra “*nemo cogi ad factum*”, resolvendo-se em perdas e danos ou execução indireta.

Mas, como vimos, a jurisprudência francesa inovou, instituindo um meio de coação moral (não física) sobre o devedor, através das

“astreintes” ou penas pecuniárias, a fim de vencer a resistência dos inadimplentes.

O nosso direito processual anterior já admitia esse regime para a execução das obrigações de fazer e não fazer, tanto que instituiu um procedimento especial para abrigar tais pretensões: ação cominatória, art. 302, XII do CPC/39).

Com base nesse texto foi elaborada a Súmula 500 do STF, segundo a qual “Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar.” E não cabe porque a obrigação de dar pode ser exigida “manu militari” sem ofensa à pessoa do devedor (pela subtração da coisa e entrega ao credor).

O novo Código processual suprimiu o procedimento especial cominatório, mas não excluiu o procedimento ordinário ou sumário para a execução das obrigações de fazer e não fazer, com suporte nos arts. 287, 461, 644 e 645, conforme já dilucidado.

Surge agora a inovação: o preceito cominatório ou regime das “astreintes” para a execução das obrigações de dar ou entregar. E a razão é de ordem prática, ao que presumimos: nos Juizados Especiais, “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade...” (art. 2º da Lei 9.099/95). O mandado de busca e apreensão da coisa móvel ou de imissão na posse do imóvel, como momento culminante da execução específica para entrega de coisa (art. 625 do CPC), exigiria diligências burocráticas e dispêndios incompatíveis com o novo processo especial das pequenas e numerosas causas. Donde a opção pela **auto-execução**, através da coação moral mediante cominação de multa diária pela inobservância do preceito, seja de dar, fazer ou não fazer. É a mudança das técnicas através do direito positivo, em função das transformações sociais e da massificação das relações.

5. CONCLUSÕES

Resumindo o essencial da matéria, podemos concluir:

I - As obrigações de dar (entregar ou restituir) admitem execução específica, através da busca e apreensão da coisa móvel ou da imissão do credor na posse do imóvel - “*délivrance*” (art. 625 do CPC).

II - A obrigação de fazer não admite execução direta através de violência *física* contra o devedor (“*nemo cogi potest ad factum praecise*”).

III - A obrigação de fazer, sendo a prestação fungível, pode ser executada por terceiro à custa do devedor (art. 634 e parágrs do CPC).

IV - A obrigação de fazer, sendo “*intuitu personae*”, não pode ser executada por terceiro contra a vontade do credor (mudança da prestação).

V - A obrigação de fazer, sendo a prestação infungível ou “*intuitu personae*”, assim como a obrigação de abstenção ou tolerância, podem ser exigidas através de preceito cominatório - “*astreinte*” (arts. 287, 461, 644 e 645 do CPC).

VI - Na obrigação de fazer, recusando-se o devedor a cumpri-la, o credor pode optar pela conversão em perdas e danos (art. 633 do CPC).

VII - As obrigações de emitir declaração de vontade e de concluir um contrato podem ser executadas através de sentença que produza os mesmos efeitos (prática de ato jurídico - arts. 639/641 do CPC).

VIII - O compromisso de compra e venda e a cessão de direitos de imóvel loteado ou não, bem como outros pré-contratos similares, podem ser executados mediante sentença de adjudicação ou outorga da respectiva escritura ou contrato, observados os requisitos do DI 58/37, arts 16 e 22, e da Lei 6.766/79, art. 27).

IX - As obrigações de não fazer podem comportar, conforme o seu objeto, o desfazimento do ato praticado ou da obra realizada, ou a aplicação de preceito cominatório (“astreinte”), ou ainda a conversão em perdas e danos (arts. 461, 642 e 643 do CPC).

X - A Lei de defesa do consumidor concede tutela específica, inclusive liminar, para execução das obrigações de fazer e não fazer, inclusive pela cominação de multa diária “ex-officio” e outras medidas drásticas de compulsão (Lei 8.078/90, art. 84). Este sistema veio a ser transplantado para o artigo 461 do CPC pela Lei 8.952, de 13.12.94.

XI - Admite-se o preceito cominatório como regra na execução das obrigações de entregar, fazer e não fazer, nos Juizados Especiais Cíveis - sistema da auto-execução, por economia processual (Lei 9.099/95, art. 52, V).

Como se percebe através desta pesquisa, a execução das obrigações de dar, fazer e não fazer, em nosso país, situa-se entre as mais avançadas técnicas de tutela específica admitidas no direito contemporâneo.

Os contratos de massa - trabalho, locação, compra e venda, promessa de compra e venda, prestação de serviço, transporte e outros vão dinamizando as relações e impulsionando o direito material e processual no sentido da aceleração e maior eficiência na solução dos conflitos.

O aperfeiçoamento do direito e do aparelho judiciário, através das técnicas de coação contra o inadimplemento, é uma das vertentes do equilíbrio social. Mas é preciso que se abram as avenidas do progresso econômico, da educação e da moralização dos costumes, para que se implantem a cooperação e a solidariedade entre os cidadãos.