

# NOTAS SOBRE AS AÇÕES RELATIVAS ÀS PRESTAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE ENTREGAR COISA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015<sup>1</sup>

Venceslau Tavares Costa Filho<sup>2</sup>

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior<sup>3</sup>

Resumo: Este artigo analisa alguns aspectos da execução das obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, e discute sobre o Novo Código de Processo Civil.

Palavras-Chave: 1. Execução específica. 2. Direito das Obrigações. 3. Novo Código de Processo Civil

Abstract: This article analyses some aspects of the specific performance of obligations, and discusses about the New Code of Civil Procedure.

Keywords: 1. Specific performance. 2. Law of Obligations. 3. New Code of Civil Procedure

Sumário: 1. Algumas considerações sobre o conceito de execução forçada e sobre a cláusula geral de tutela das obrigações de fazer e de não fazer no Código de Processo Civil de 2015. 2. A

---

<sup>1</sup> Publicado originalmente em: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre as ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 1, p. 20-41, 2016.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela UFPE. Professor da Universidade de Pernambuco (UPE). Advogado.

<sup>3</sup> Doutor em direito pela UFPE. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife-UFPE. Oficial de Registro de Imóveis do 5º Ofício de Salvador.

tutela jurisdicional das obrigações que visem a entrega de coisa certa e de coisa incerta. 3. A tutela genérica das obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa: indenização por perdas e danos. 4. Considerações sobre o preceito cominatório e sobre a tutela da obrigação de emitir declaração de vontade. Referências bibliográficas.

## 1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE EXECUÇÃO FORÇADA E SOBRE A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.



Código de Processo Civil de 2015 disciplinou o julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa nos artigos 497 a 501. O art. 497 versa sobre os expedientes jurídicos para a execução das obrigações de fazer ou de não fazer.<sup>4</sup> Aparentemente, todas as obrigações poderiam ser consideradas obrigações de fazer, “porque ao direito só interessa a ação, a atividade, o agir humano”.<sup>5</sup> Entretanto, o direito brasileiro ainda rende homenagem à longa tradição romanística que reconhece três espécies de prestações: dar, fazer e não fazer.

Para Torquato Castro Júnior, há uma certa incoerência lógica na distinção entre dar e fazer. Para ele, todo dar é um fazer, apesar de nem todo fazer consistir em dar. De modo que não se tratariam de duas espécies de um mesmo gênero, pois o dar estaria compreendido no fazer. Contudo, existiriam razões práticas a justificar tal distinção. Mas, “para determinar se a

---

<sup>4</sup> Art. 497. *Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.*

*Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.*

<sup>5</sup> LOBO, Paulo. *Direito Civil: obrigações*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

obrigação é de dar ou de fazer é preciso recorrer à causa da obrigação, ou à intenção das partes. Dessa forma, a distinção não é, nem poderia ser, propriamente, empírica, mas funcional. Portanto, problematizável”.<sup>6</sup>

A prestação de fazer diz respeito a uma ação humana, até onde a pessoa possa alcançar fisicamente e psiquicamente, ou até o limite fixado pelo Direito.<sup>7</sup> A prestação de não fazer pode se manifestar como o dever de abster-se da prática de determinado ato, ou ainda como dever de tolerar. Neste caso, o dever de tolerar consiste na obrigação de “não criar obstáculo ao ato legítimo de outrem”.<sup>8</sup>

A tutela jurisdicional das prestações de fazer ou de não fazer abrange a tutela declaratória, a tutela cautelar e a tutela executiva. Tais espécies de tutela visam à realização de determinados direitos, mas não se pode ignorar as especificidades da realização dos direitos em virtude da tutela executiva (execução forçada). A rigor, o legislador considera como exeqüente o autor da execução por título executivo extrajudicial, “mas também é assim que deve ser qualificado o autor da pretensão de cumprimento de sentença”.<sup>9</sup> É justamente por isto que o CPC 2015 prescreve que as disposições relativas à execução fundada em título extrajudicial também se aplicam, no que couber, “aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença” (art. 771).

Nos Estados Democráticos de Direito, caso o devedor se recuse à pretensão do credor, como resta vedado o caminho da justiça de mão própria (ou realizada diretamente pelo credor); tal pretensão no sentido de compelir o devedor a cumprir a

---

<sup>6</sup> CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. Classificação das obrigações. In: CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva; CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia (org.). *Coletânea do direito das obrigações*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2011, p. 104.

<sup>7</sup> LOBO, *op. cit.*, p. 104.

<sup>8</sup> (BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil – volume 2*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 23.

<sup>9</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 246.

prestação só poderá ser exercida mediante a tutela jurídica estatal, ou tutela jurisdicional. Destarte, o “credor expõe seu direito, indica a pretensão e a ação e pede que o Estado promova a execução forçada da obrigação, segundo a legislação processual aplicável”.<sup>10</sup>

Em um sentido restrito, pode-se compreender a execução forçada apenas como a “atividade pela qual o Estado-juiz, subrogando-se na pessoa do executado, retira algo da esfera jurídica deste, pondo-o na esfera jurídica de outrem, aquele que pleiteia a execução. Execução forçada, aqui, só abrange a chamada execução direta ou por sub-rogação”.<sup>11</sup> Todavia, o entendimento majoritário da processualística nacional - não obstante o brilhantismo da crítica à categoria da execução indireta -, é pela inserção das medidas de coerção indireta no campo da execução forçada. Destarte, haverá “execução forçada sempre que se impõe a realização da prestação devida, por meios executivos sub-rogatórios ou por coerção psicológica”.<sup>12</sup>

A execução forçada não pressupõe a prévia certificação do direito a ser efetivado, de modo que pode estar lastreada na certeza jurídica ou em mero juízo de verossimilhança. Assim, a antecipação dos efeitos da tutela satisfativa enseja atividade executiva da segunda espécie, ou seja, baseada em juízo de verossimilhança. O juiz, portanto, pode determinar a aplicação das medidas necessárias e adequadas à satisfação do credor, sejam elas coercitivas ou subrogatórias, ao cumprimento das prestações de fazer ou de não fazer, de acordo com a natureza da obrigação.

Nas medidas coercitivas, conhecidas por execução indireta, a tutela realiza-se sempre com o cumprimento pelo próprio

---

<sup>10</sup> LOBO, *op. cit.*, p. 31.

<sup>11</sup> GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ARAÚJO, Raquel Silva. Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da “execução” indireta. *Advocatus Pernambuco*, a. 7, n. 15 (abril de 2015). Recife: Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes/Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pernambuco, p. 49.

<sup>12</sup> DIDIER Jr, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 47.

devedor da obrigação, embora induzido pela imposição de medidas coercitivas. Enquanto que as subrogatórias, conhecidas por execução direta, as medidas aplicadas pelo Juiz realizam, elas mesmas, a tutela executiva.<sup>13</sup> De forma que nas obrigações de fazer infungíveis (ou personalíssimas) se faz mais eficiente a aplicação das medidas coercitivas, visto que não poderá o Estado-Juiz “fazer pelo devedor”, enquanto que nas obrigações de fazer fungíveis é mais comum a utilização das medidas subrogatórias, o que, contudo, não exclui a possibilidade de aplicação da multa periódica às obrigações ditas fungíveis e, também, às obrigações infungíveis, visto não haver qualquer limitação nos dispositivos legais.

Não restam dúvidas de que a execução forçada guarda relação com o exercício de uma pretensão. E o que seria a pretensão? A pretensão é um *plus* em relação ao próprio direito subjetivo, que é uma categoria eficaz de caráter estático. Quem simplesmente titulariza um direito subjetivo qualquer detém uma situação jurídica ativa do tipo estática porque, em princípio, ela está despida da exigibilidade, do poder de sujeitar o devedor ao cumprimento de seu mister, ou de influir na esfera jurídica de outrem para exigir o adimplemento de certa prestação. Assim, “para diferenciar o momento estático do momento *tensionado*, parece adequado adotar, para a segunda situação, quando já há *pré-tensão*, o termo *pretensão*”.<sup>14</sup>

Esta precisão conceitual remete à doutrina alemã, que faz uso da expressão *anspruch*, o que se traduz para nós na idéia de pretensão. A pretensão, portanto, guarda relação com a exigibilidade da obrigação. Nesta toada, o art. 786 do CPC 2015 prescreve que apenas as obrigações exigíveis podem dar ensejo a uma execução.

---

<sup>13</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 28.

<sup>14</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Pretensões contratuais e prescrição. In: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva (coords.). *A modernização do direito civil*: volume I. Recife: Nossa Livraria, 2011, p. 307.

O Código Civil brasileiro, entretanto, afirma que a pretensão nasce da violação a um direito (art. 189), de modo que a prescrição começaria a correr a partir do momento da verificação de tal ofensa a interesse juridicamente tutelado. A redação do Código Civil brasileiro pode levar à conclusão equivocada no sentido de reputar que a constituição da pretensão pressupõe a violação a direito.

Entretanto, certos direitos já nascem dotados de pretensão ou exigibilidade, de modo que o titular já poderia exercer a pretensão relacionada ao direito antes mesmo da violação. É o que ocorre, por exemplo, em relação a certas obrigações negativas, como a de não revelar segredo. Neste caso, o titular do direito de crédito poderia exercer a pretensão a uma tutela inibitória antes mesmo da efetiva violação do direito. Até mesmo porque a revelação do segredo poderia tornar inútil a prestação para o credor, restando para ele somente uma pretensão à indenização pelo inadimplemento absoluto da prestação.

O § 200 do Código Civil alemão vigente não parece ter limitado o aparecimento da pretensão à violação a direito, quando afirma que a prescrição “começa com a aquisição da pretensão” (*beginnt mit der Entstehung des Anspruchs*). Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015 admite a possibilidade de exercício da pretensão executiva quanto à obrigação de não fazer, mas sem que seja necessário demonstrar a efetiva violação ao direito; no intuito de prevenir a violação pelo manejo da tutela inibitória, por exemplo.

O legislador, portanto, frisou que não é relevante a verificação do dano, ou a demonstração da culpa ou dolo, para a concessão da tutela específica. Diz-se isto para que fique claro que o exercício da pretensão executiva nestes casos não pressupõe necessariamente a demonstração cabal do inadimplemento pelo devedor. Na Inglaterra (e geralmente nos países que adotam o sistema da *common law*) a execução específica é um remédio secundário. O descumprimento de uma obrigação gera

automaticamente para o credor o direito de demandar uma indenização por danos.<sup>15</sup> Já o direito europeu continental privilegia a execução específica da obrigação.<sup>16</sup>

Sem sombra de dúvida, o direito brasileiro filia-se ao sistema continental, ao valorizar a execução específica da obrigação. Todavia, nem sempre foi assim em relação às obrigações diversas das obrigações de pagar quantia certa. Nesta seara, predominava a chamada tutela genérica, ou pelo equivalente em dinheiro. Tal tutela não tinha por escopo assegurar o bem da vida que foi negado ao credor, e sim o equivalente em pecúnia. A tutela específica distingue-se da tutela genérica justamente porque proporciona resultado prático equivalente ao atribuído pelo direito material, verificando-se neste caso uma coincidência com aquele que “seria obtido se não houvesse a necessidade de ir ao Poder Judiciário”.<sup>17</sup>

Contudo, uma proteção excessiva da autonomia individual em voga no período de maior influência da filosofia liberal terminou por restringir demasiadamente a possibilidade da tutela específica, e a fazer da tutela genérica o expediente executivo por excelência em relação às obrigações de fazer ou de não fazer. Sob o prisma de tal corrente de pensamento, afirmava-se que a obrigação de fazer não poderia ser alvo de execução forçada, para que não se violente a vontade do indivíduo. Verificando-se a recusa à prestação, “que somente por ele podia ser executada, não é lícito forçá-lo, nem seria, muitas vezes, possível. A sua obrigação resolve-se, então, em perdas e danos”.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> KOGELNBERG, Martijn Van. Article III.3:302 DCFR on the right to enforced performance of non-monetary obligations: an improvement – albeit imperfect compared with article 9:102 PECL. *European Review of Private Law*, v. 4 (2009). London: Kluwer Law International, p. 600.

<sup>16</sup> KOGELNBERG, *op. cit.*, p. 602-603.

<sup>17</sup> DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 5: Execução*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 423.

<sup>18</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil – volume 2*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 21.

Paradoxalmente, sob o argumento da proteção da vontade do indivíduo terminava-se por impor ao exequente uma prestação diversa da que havia desejada por ele inicialmente. Daí que vive-se hoje uma transição do paradigma “voluntarista” (ou liberal) para o da tutela jurisdicional específica, relacionado com as demandas sociais contemporâneas por um processo mais justo e efetivo. Assim, a tutela específica aparece como um instrumento adequado para assegurar ao cidadão a tutela da obrigação *in natura*, em vez da mera compensação financeira pelo descumprimento. Fala-se, então, na “existência de um verdadeiro princípio da primazia da tutela específica”.<sup>19</sup>

Anote-se ainda a técnica de redação adotada para o dispositivo em comento, qual seja a de uma cláusula geral. As cláusulas gerais consistem em “preceitos formulados de modo semanticamente aberto, sendo proteiformes porque, a partir do ângulo de análise do intérprete, assumem diversificadas significações”.<sup>20</sup> O que permite concluir pela atipicidade dos meios executivos, a autorizar o julgador a fazer uso de expedientes executivos ainda que não existe previsão legal específica para tal.

Destarte, diante das peculiaridades do caso concreto o magistrado poderá recorrer ao instrumento executivo mais pertinente para conferir, com correção e efetividade, a tutela jurisdicional executiva. Assim, “as providências” que visam assegurar o resultado prático equivalente não se limitam às previstas no direito positivo, porquanto o Estado-juiz poderá fazer uso de qualquer medida adequada à realização da norma concreta. Ademais, o juiz não restará limitado ao pedido formulado pelo exequente. Por exemplo, “nada impede que uma obrigação de não fazer seja convertida em obrigação de fazer quando se requer a

---

<sup>19</sup> DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 5: Execução*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 423.

<sup>20</sup> LEAL, Larissa Maria de Moraes. *A indecisão problemática da dignidade humana e seus reflexos nas relações de filiação*. Recife: UFPE (Tese de Doutorado), 2006, p. 130-131.



tutela inibitória; pense-se, apenas, na conversão da obrigação de não poluir em obrigação de instalar um filtro”.<sup>21</sup>

Por fim, a tutela específica pode ser classificada em: a) tutela inibitória; b) tutela reintegratória e c) tutela ressarcitória. A tutela inibitória visa obstar a prática de ato contrário ao direito, ou ainda a reiteração ou continuação de ilícito já realizado. Exemplo de tutela inibitória dá-se na ação de interdito proibitório, que visa impedir a realização de atos de agressão à posse de alguém. Neste caso, o réu será instado a não realizar a turbação tentada (ou esbulho), com a imposição do dever de pagar multa para o caso de violação do preceito. A tutela reintegratória tem como alvo um ilícito já praticado, a fim de impedir que a continuidade de transgressão. Busca-se, então, a reintegração do direito violado. Exemplo disto é a imposição da retirada do nome de alguém do cadastro de maus pagadores junto ao Serviço de Proteção ao Crédito. A concessão das tutelas executivas inibitória e reintegratória (ou de remoção do ilícito) prescindem da demonstração de dano ou de culpa, como prescreve o parágrafo único da regra em comento. A tutela ressarcitória visa recompor o patrimônio daquele que foi prejudicado pelo descumprimento da obrigação. A tutela ressarcitória pode se apresentar como tutela ressarcitória específica, ou como tutela pelo equivalente em pecúnia. A tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia talvez seja a mais comum, assegurando ao prejudicado certa soma em dinheiro equivalente ao abalo patrimonial sofrido por ele. A tutela ressarcitória específica, por sua vez, “proporciona ao lesado o estabelecimento da situação que deveria estar vigendo acaso o dano não houvesse ocorrido”.<sup>22</sup> Pode-se apontar como exemplo disto a imposição ao poluidor do dever de adotar medidas no sentido de reconstituir o bioma prejudicado pelo ilícito, a

---

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória* (individual e coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

<sup>22</sup> DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 5: Execução*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 430.

exemplo do reflorestamento como forma de compensar pelos danos infligidos pelo desmatamento não autorizado de vegetação nativa.

## 2. A TUTELA JURISDICIONAL DAS OBRIGAÇÕES QUE VISEM A ENTREGA DE COISA CERTA E DE COISA INCERTA.

O Código de Processo Civil de 2015 tratou, em linhas gerais, da ação para a entrega de coisa no art. 498.<sup>23</sup> As ações que tem por objeto a entrega de coisa visam a realização das prestações de dar, porquanto consistam na entrega de coisa móvel ou imóvel; seja em virtude da constituição de direito real, ou pela simples concessão da faculdade de usar. A coisa a ser entregue pode ser certa ou incerta. Tal distinção é juridicamente relevante, pois a caracterização da obrigação como de dar coisa certa importa na impossibilidade jurídica do devedor exonerar-se da obrigação oferecendo coisa diversa, ainda que mais valiosa, “porque não pode mudar o objeto da prestação. Tal mudança somente poderia resultar do acordo das vontades do credor e do devedor. A circunstância do maior valor não é atendível, até porque o ponto de vista do credor pode ser outro”.<sup>24</sup>

A coisa certa, portanto, é aquela que já se encontra adequadamente individualizada. Entretanto, nem sempre se verificará a especialização do objeto da prestação em tal grau. Daí a admissão da obrigação de dar coisa incerta. Neste caso, para que seja admitida como objeto da obrigação de dar faz-se necessário, ao menos, a indicação em relação ao gênero e a quantidade.

---

<sup>23</sup> Art. 498. *Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.*

*Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.*

<sup>24</sup> BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 10.

Exige-se a conjugação destes dois elementos ao menos, porque o gênero não contém a determinação mínima que se exige. Entretanto, cabe uma crítica à referência a incerteza nesta seara (ou seja, a coisa incerta), porquanto não guarde relação com a indeterminação, mas sim com uma determinação realizada de forma genérica.

Nas obrigações de dar coisa incerta, verifica-se uma fase anterior à entrega do bem, chamada de concentração. A concentração dá-se pela escolha da coisa que será entregue, de modo que a partir deste momento passam a incidir as regras próprias da obrigação de dar coisa certa diante da individualização da coisa. Aparentemente, a obrigação de dar coisa incerta é mais favorável ao devedor, já que se presume que cabe a ele a realização da escolha do bem, se não se estipulou em sentido diverso. Mas, dentre as coisas do mesmo gênero, deve a escolha recair sobre aquela de qualidade média.

Contudo, a coisa incerta não se confunde com a coisa fungível, consistente em bem móvel que pode ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade. Pois, em relação às coisas fungíveis “nem sequer se põe a questão da escolha, porque a qualidade de todas elas é sempre a mesma, de sorte que a satisfação do credor não fica na dependência de ser-lhe entregue esta ou aquela: a individualização é irrelevante”.<sup>25</sup>

Frise-se, ainda, que nas obrigações de dar coisa incerta não há que se falar em escolha dentre duas prestações possíveis, pois se trata de escolha dentro do mesmo gênero ou subgênero. Há uma escolha interna, ou seja: não há escolha entre a, b e c, mas apenas no âmbito de a. Neste caso, é melhor falar em concretização, em vez de escolha. Pois, o devedor concretizará “numa coisa a prestação, de modo que tal concretização torna certa a coisa que era incerta”.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 201-202.

<sup>26</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X*: arts. 612-735. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 80.

Atente-se para o fato de que o art. 498 do CPC de 2015 impõe ao juízo o dever de fixar prazo para o cumprimento da obrigação. Neste sentido, o artigo 7.2.2, (e) dos Princípios UNIDROIT prevê que as obrigações que não tenham por objeto o pagamento em pecúnia autorizam a execução específica diante do não cumprimento do devedor; salvo se a parte credora, após ter ciência do inadimplemento, não requereu a execução específica levando em consideração a concessão de um prazo razoável para o cumprimento da obrigação.<sup>27</sup>

Esta seria uma medida de salutar aplicação entre nós, porquanto o cumprimento de certas obrigações demanda a realização de atos preparatórios pelo devedor que podem demandar certo tempo, de modo que a imposição de determinadas medidas coercitivas de nada adiantarão se impossível a realização da prestação no prazo estipulado ou desejado. É claro, também, que os juízes brasileiros podem chegar a mesma conclusão a partir do dever geral de lealdade (ou boa-fé) processual.<sup>28</sup> Destarte, impõe-se a concessão de prazo razoável para a realização da prestação, levando-se em consideração o grau de complexidade da operação, o transporte da coisa, cautelas a serem adotadas, etc.

Nas obrigações de dar coisa incerta, observe-se que – se a escolha couber ao devedor –, o anterior descumprimento da obrigação não importará para ele na perda da faculdade de selecionar a coisa dentre as do mesmo gênero. Entretanto, se a lei ou o título da obrigação conferir a faculdade de selecionar o bem para o credor, caberá a ele proceder com a individualização do

---

<sup>27</sup> SCHWENZER, Ingeborg. Specific performances and damages according to the 1994 UNIDROIT principles of international commercial contracts. *European Journal of Law Reform*, v. 1, n. 3 (1999). Hague: Kluwer Law International, p. 299.

<sup>28</sup> COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JÚNIOR, Torquato; NOBRE, Vanessa Correia. Algumas considerações acerca do preceito cominatório no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. (Org.). *O Projeto do Novo Código de Processo Civil - 2ª Série. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm, 2012, *passim*.

bem na petição inicial. O credor, portanto, ao propor o cumprimento de sentença já estará ciente quanto às disposições do título da obrigação quanto à concretização da prestação.

Se a concretização couber ao credor, deve realizar as indicações já na petição inicial. Contudo, caso se verifique um fato que impeça o credor de realizar a escolha na petição inicial, a individualização poderá se dar mediante simples petição, na fase do cumprimento de sentença. Neste caso, instaura-se um incidente cognitivo durante o cumprimento de sentença para a liquidação do julgado.<sup>29</sup>

Como ao credor caberá formular pedido líquido e certo para a imposição ao réu do dever de entregar a coisa, há quem entenda que a omissão do credor quanto a “escolha” afetaria a liquidez do pedido, de modo que caberia ao juízo advertir o credor quanto a este mister.<sup>30</sup> Para Pontes de Miranda, tal omissão do credor conferirá ao réu a possibilidade de alegar a inépcia da petição, “salvo se a atitude pode ser interpretada como de renúncia”.<sup>31</sup>

Ora, se o credor não exercer a faculdade de proceder com a concretização da prestação, parece-nos que é razoável concluir por uma eventual renúncia em relação ao exercício desta prerrogativa. Neste caso, se o réu é citado para entregar o bem individualizado e ele assim procede, não se pode olvidar da aplicação das regras da execução de título extrajudicial no que couber (art. 771). O art. 807 do CPC 2015 prescreve que, verificada a entrega da coisa pelo executado, proceder-se-á com a lavratura do competente termo e reputar-se-á satisfeita a obrigação. Aplicar-se-á tal regra, pois trata-se de entrega de coisa certa quando

---

<sup>29</sup> DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 5: Execução*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 490.

<sup>30</sup> MOUZALAS, Rinaldo, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1272.

<sup>31</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X: arts. 612-735*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 80.

verificada a individualização do bem.

Realizada a escolha pelo devedor, não haverá prejuízo para o credor pelo não exercício da mencionada faculdade, pois à parte adversa caberá a faculdade de impugnar a escolha, nos termos do art. 812 do CPC 2015. Isto porque a concretização deve recair sobre a coisa de qualidade mediana, de modo que o credor não poderá ser obrigado a receber a de pior qualidade. Caso entenda que a escolha recaiu sobre a coisa pior, poderá o credor impugnar a escolha. Igual direito assiste ao devedor, caso a concretização realizada pelo credor recaia sobre o bem de melhor qualidade dentre os do mesmo gênero; já que o devedor também não poderá ser obrigado a proceder a entrega da melhor coisa dentre as do gênero indicado no título da obrigação.

Tal possibilidade de impugnação da escolha realizada pela parte adversa ocorre em razão do princípio do contraditório. Feita a escolha pelo autor na petição inicial, assistirá ao réu se manifestar sobre o assunto na contestação, sob pena de preclusão. Mas, se o credor realizar a escolha após a prolação da sentença em sede de incidente cognitivo, o juízo deverá oportunizar a oitiva do devedor, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 812). Caso a concretização seja realizada pelo devedor, “poderá o credor, no prazo fixado para o cumprimento da ordem, enjeitar a coisa entregue, fundamentando a sua rejeição”.<sup>32</sup>

Se houver desacordo acerca da qualidade da coisa selecionada, assiste as partes fazer uso de todos os meios de prova admitidos pelo direito a fim de lastrear as respectivas teses (art. 369), especialmente a prova pericial. Neste caso, diante do aparecimento desta necessidade específica, deve-se iniciar um incidente cognitivo para a investigação e resolução da controvérsia.

Ademais, não se pode esquecer que o cumprimento da obrigação mediante a entrega da coisa não se apresenta somente

---

<sup>32</sup> DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 5: Execução*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 491.

como uma imposição para o devedor, mas também é um direito dele. Afinal de contas, o devedor tem interesse em se liberar da obrigação. Tanto é assim que o devedor poderá promover ação de consignação em pagamento com este fim. Neste caso, nos termos do art. 543 do CPC de 2015, proposta a ação de consignação em pagamento cujo objeto da prestação consistir em coisa incerta e a escolha couber ao credor, ele será citado para realizar a escolha no prazo de 05 (dias) ou para aceitar que o devedor o faça. Destarte, a omissão do credor na concretização da coisa no procedimento de cumprimento de sentença faz presumir o consentimento dele na realização da escolha pelo devedor, em interpretação sistemática do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, cabendo a concretização ao devedor, deverá ser ele intimado para proceder a escolha dentro do prazo fixado pelo juízo. Caso não o faça no prazo indicado, além da possibilidade de fixação de multa por dia de atraso na entrega do bem (art. 806, § 1º), caberá a expedição de mandado de imissão na posse ou busca e apreensão. O mandado de imissão na posse será expedido caso se trate de bem imóvel, assim como caberá a busca e apreensão em relação aos bens móveis. Deve constar da intimação ao devedor, que a expedição do competente mandado para cumprimento da decisão judicial ocorrerá de imediato, após a verificação de que o devedor não satisfaz a obrigação no prazo fixado (art. 806, § 2º). Assim, verificado o transcurso do prazo *in albis*, o juízo poderá determinar a expedição do competente mandado para cumprimento da obrigação *ex officio*, independentemente de provocação do credor.

### 3. A TUTELA GENÉRICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE ENTREGAR COISA: INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS.

O art. 499 do Código de Processo Civil de 2015 disciplina a concessão da chamada tutela genérica das obrigações (ou

tutela pelo equivalente em dinheiro).<sup>33</sup> Como já foi dito anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro privilegia a execução específica. Assim, aparentemente, só será possível a conversão da obrigação em perdas e danos se houver pedido do autor, ou se restar impossibilitada a realização da tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente ao adimplemento mediante provimento judicial.

De acordo com o art. 499 do novo CPC brasileiro, existiriam apenas duas causas de conversão da tutela específica pelo equivalente em pecúnia: a vontade do autor/credor e a impossibilidade de realização do direito material pela tutela específica.

No primeiro caso, a conversão da obrigação em virtude da manifestação de vontade do autor dá-se em razão do princípio dispositivo vigente no processo civil brasileiro. Tal princípio manifesta-se em duas regras do processo de execução: a que confere ao exequente a prerrogativa de desistir da execução ou de alguma medida executiva específica (art. 775); e a que prescreve que a execução “realiza-se no interesse do exequente” (art. 797).

Por outro lado, o inadimplemento dá origem a um direito potestativo para o exequente: o de optar entre a execução específica ou a indenização por perdas e danos. Antes do inadimplemento, resta impossibilitada a via indenizatória para o exequente, já que o devedor não poderá ser obrigado a prestar coisa ou fato diverso do pactuado (art. 313, CC). Após o inadimplemento, contudo, poderá o credor manifestar a sua preferência entre o cumprimento da obrigação específica e a indenização por perdas e danos. A obrigação de pagar indenização em dinheiro decorre do descumprimento da obrigação, seja em razão da recusa no cumprimento de obrigação de fazer (art. 247, CC); ou simplesmente porque o exequente preferiu não exigir o

---

<sup>33</sup> Art. 499. *A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.*



cumprimento específico do contrato após do descumprimento dele (art. 475, CC).

Entretanto, a norma do art. 499 do CPC de 2015 é mais abrangente do que a do art. 461 do CPC de 1973, porquanto aplique-se também às obrigações que visem a entrega de coisa, além das obrigações de fazer e de não fazer. Contudo, tal prerrogativa à conversão da tutela específica em obrigação de pagar quantia certa (indenização) não é absoluta. Assim, por exemplo, se o direito certificado enquadra-se na categoria dos direitos indisponíveis e a ainda é viável a sua realização “e ainda é possível a sua realização na forma específica. É o que se dá, por exemplo, nos casos em que se busca o ressarcimento de um dano ambiental”.<sup>34</sup>

Outra situação que poderia obstar o exercício da faculdade de converter a obrigação em perdas e danos dá-se quando o exequente consente no cumprimento tardio da obrigação específica. Neste caso, apesar da ocorrência do inadimplemento, a conversão da obrigação em perdas e danos caracteriza manifesto abuso de direito (art. 187, CC).

O fato de o exequente manifestar-se pela conversão em perdas e danos na fase do cumprimento de sentença não importa em decisão *extra petita*. Pois, o vencedor estará perseguindo benefício econômico equivalente.<sup>35</sup> Ademais, o fato de o autor haver pleiteado a execução específica da obrigação na petição inicial não afasta a possibilidade da prestação restar inviabilizada em virtude de fato ocorrido após a propositura da ação.

Nos termos do art. 493 do CPC 2015, o juízo deve levar tal fato superveniente ao ajuizamento da demanda em consideração, de ofício ou a requerimento da parte. Destarte, caso o juízo constate a impossibilidade da tutela específica em virtude de fato superveniente à demanda, poderá determinar a conversão

---

<sup>34</sup> DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 5: Execução*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 444.

<sup>35</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 475.

em perdas e danos de ofício. Neste caso, o juízo deve conceder às partes oportunidade de se manifestar sobre a conveniência da conversão, como prescreve o parágrafo único do art. 493.

Outra hipótese de conversão da obrigação em perdas e danos dá-se em virtude da impossibilidade da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento. A priori, cabe distinguir a impossibilidade do objeto do negócio ou ato jurídico em relação à impossibilidade quanto a execução específica da prestação. A impossibilidade do objeto do ato ou negócio jurídico importa em sua nulidade (art. 166, II, CC). Para tanto, exige-se que a impossibilidade do objeto do negócio jurídico seja originária e absoluta (art. 106, CC). A impossibilidade originária é aquela que ocorre no momento da conclusão do ato, perdurando até a ocasião da realização da prestação.<sup>36</sup>

Quando o objeto torna-se impossível após a realização do ato jurídico, verifica-se a impossibilidade superveniente; que não se constitui em uma hipótese de invalidade do ato jurídico, mas permite a resolução dele. A impossibilidade considerada absoluta é aquela insuperável por qualquer pessoa. Para a conversão da obrigação em prestação pecuniária, portanto, exige-se que a impossibilidade seja superveniente. Também se requer que a impossibilidade seja absoluta e imputável ao devedor.<sup>37</sup> O exequente só poderá ser obrigado a converter a obrigação em prestação pecuniária quando restar caracterizada a absoluta impossibilidade de cumprimento da obrigação em virtude de fato superveniente, ou seja, quando restar demonstrado que a prestação não pode ser realizada pelo devedor, nem muito menos por qualquer pessoa. Entretanto, a impossibilidade relativa também pode gerar tal conversão nos casos em que a prestação restar caracterizada como infungível, ou seja, quando se impõe o

---

<sup>36</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151 e 155.

<sup>37</sup> BRUNNER, Cristoph. *Force majeure and hardship under general contract principles*: exemption for non-performance in international arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 77.

cumprimento pessoal da obrigação ao devedor.<sup>38</sup>

Neste diapasão, o Código Civil alemão contém regra expressa no sentido de exigir a caracterização da impossibilidade absoluta, como prescreve o § 275, 1: “a pretensão à execução restará obstada caso o cumprimento da prestação seja impossível para o devedor ou para qualquer outra pessoa”.<sup>39</sup> Exige-se também que a impossibilidade seja imputável ao devedor. Chega-se também a esta conclusão a partir de diversos dispositivos do Código Civil brasileiro que estabelecem que a obrigação simplesmente se resolve quando a impossibilidade ocorre sem culpa do devedor, a exemplo dos arts. 234 e 248 do CC.

Entretanto, será dispensada a demonstração da culpa do devedor caso a impossibilidade tenha se verificado quando ele já estava em mora. Isto porque o devedor responde pela impossibilidade da prestação, ainda que em virtude de caso fortuito ou força maior, se restar caracterizada a mora dele (art. 339, CC). Por isso, o devedor em mora deverá responder por perdas e danos pela impossibilidade de prestação, independentemente de culpa.

Por fim, registre-se a existência de entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de admitir uma terceira hipótese de conversão em perdas e danos, ao lado das duas causas positivadas no texto normativo. Para esta corrente, “ainda que possível, a tutela específica pode ser excluída quando não for justificável ou racional em razão de sua excessiva onerosidade. Nesse caso, ainda que a vontade do autor seja a obtenção da tutela específica, o juiz poderá converter a obrigação em perdas e danos”.<sup>40</sup> Frise-se que a orientação majoritária do Superior

---

<sup>38</sup> DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 5: Execução*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 445.

<sup>39</sup> Tradução livre. No original: “Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist”.

<sup>40</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. São Paulo: Método, 2014, p. 485.

Tribunal de Justiça é no sentido de que o fato que causou a excessiva onerosidade não necessita ser nem extraordinário nem imprevisível.<sup>41</sup>

Há aqui um esforço, no campo do direito privado e também no do direito processual, de harmonizar a autonomia privada com a proteção do indivíduo e do sistema. Pois esta proteção faz-se necessária para a garantia de uma autonomia material (e não simplesmente formal) para todos os participantes da relação jurídica.<sup>42</sup>

Nesta toada, os civilistas alemães - a partir da influência da jurisprudência dos interesses -, acolheram uma noção de impossibilidade que guarda relação com um incômodo desproporcional ou um sacrifício desarrazoado que é imposto ao devedor para o adimplemento. Pontes de Miranda pode ser apontado como o civilista brasileiro que difundiu tal concepção entre os estudiosos do tema no Brasil: “Há prestações que são impossíveis (e não só inaptidão ocorre respeito a elas), sem que esteja alhures a razão de as fazer. Tal acontece quando o objetivo se passa no próprio sujeito; e.g., se A promete a B guiar automóvel, quando já não tem braços: à *causa commoditatis* ou *difficultatis* une-se *impossibilitas*. Se o incômodo é tão desproporcionado que seria evidentemente cruel exigí-lo do devedor, tem-se o extremamente incômodo como impossível”.<sup>43</sup>

Ele aplicou este raciocínio no âmbito da execução para a entrega de coisa, ainda sob a perspectiva do CPC de 1973. Para ele, se a execução do crédito importar em excessivo prejuízo para o devedor, quando comparado ao interesse do credor na execução, deve o juiz substituir “a ação executiva pela de perdas

---

<sup>41</sup> FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, n. 1 (out.-dez./2014). São Paulo: RT, p. 27-39.

<sup>42</sup> GRUNDMANN, Stefan. L'unità del diritto privato: da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato. *Rivista di diritto civile*, a. LVI, n. 4 (luglio/agosto 2010). Padova: Cedam, p. 586-587.

<sup>43</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Geral: Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 165.

e danos, devido à impraticabilidade da prestação”. Pois, o juiz deve avaliar os dois interesses: o do autor da execução e o de quem irá sofrer a execução. Daí que, por exemplo, deveria o juiz “converter em condenação a perdas e danos a execução que teria de consistir em se arrancar da parede a peça (de menor valor que o dano à parede), que o vendedor da casa metera lá”.<sup>44</sup>

Tal noção de impossibilidade da prestação guarda ligação com o princípio do *favor debitoris*, que se traduz em um dever de não tornar desnecessariamente gravosa a situação do devedor.<sup>45</sup> No direito civil alemão, após a reforma do BGB em 2002, esclareceu-se mais acerca das causas que ensejam a exclusão da pretensão à execução da prestação específica. Destarte, distinguiu-se entre a impossibilidade em sentido estrito e as situações em que não é razoável esperar que o devedor execute a prestação.

Assim, conforme o “§ 275 (II) do BGB, o devedor pode recusar-se a executar a prestação desde que isto demande um esforço do devedor grosseiramente desproporcional ao interesse do credor no cumprimento da obrigação; o que deve levar em consideração o conteúdo da obrigação e as exigências da boa-fé”.<sup>46</sup>

É por isto que o art. 805 do novo diploma processual prescreve que o juiz deve determinar que a execução ocorra do modo menos gravoso para o executado, nos casos em que o exequente dispõe de vários meios para a realização da execução. Tal dever guarda relação com o dever de devido processo legal nas relações obrigacionais, que tem sede constitucional.

Entre nós, faz-se diversas remissões ao devido processo

---

<sup>44</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X*: arts. 612-735. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 55-56.

<sup>45</sup> MOZOS, Jose Luis de los. *Derecho civil: metodo, sistemas y categorias juridicas*. Madrid: Civitas, 1988, p. 330.

<sup>46</sup> COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). *Precedentes jurisprudenciais – Volume 3*: direito contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

legal no Direito público, especialmente em face da Constituição Federal brasileira de 1988. A hipótese de que se fala aqui é a do devido processo legal substancial. A teoria do devido processo legal alcançou novas searas e passou a compreender o devido processo legal substancial; de modo a levar em consideração a razoabilidade e a proporcionalidade no exercício dos direitos.<sup>47</sup> Neste sentido, o art. 8º do CPC 2015 determina que o juiz deve observar a razoabilidade e a proporcionalidade na aplicação do direito.

#### 4. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRECEITO COMINATÓRIO E SOBRE A TUTELA DA OBRIGAÇÃO DE EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE.

Nos termos do art. 500, o CPC de 2015 admite a cumulação do preceito cominatório (ou multa judicial) com a indenização por perdas e danos.<sup>48</sup> O preceito cominatório (ou astreintes) consiste em multa judicialmente fixada de modo a estabelecer uma constrição em face do devedor de modo a fazê-lo cumprir determinada obrigação de dar, fazer ou de não fazer. O preceito cominatório, contudo, não se constitui em uma medida substitutiva ao cumprimento da obrigação. A eventual condenação e pagamento da quantia fixada a título de astreintes não eximem o devedor do cumprimento da obrigação específica, ou do dever de indenizar em virtude da impossibilidade de cumprimento da prestação.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> ROSAS, Roberto. Direito civil e constituição. In: *Comentários sobre o projeto do código civil brasileiro*, série cadernos do CEJ, volume 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002, p. 118.

<sup>48</sup> Art. 500. *A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.*

<sup>49</sup> COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JÚNIOR, Torquato; NOBRE, Vanessa Correia. Algumas considerações acerca do preceito cominatório no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. (Org.). *O Projeto do Novo Código de Processo Civil - 2ª Série. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador:

O preceito cominatório atua, portanto, como “meio de pressão” em face do devedor para que cumpra a obrigação; e não com o fito de compensar pelos danos causados pela inexecução imputável ao devedor.<sup>50</sup> O preceito cominatório surge como um destacado expediente de efetividade na realização do direito material; e, quando imposto adequadamente, pode causar pressão suficiente a compelir o devedor a cumprir a obrigação *in natura*, alcançando o seu desiderato. A solução adotada na França quanto às astreintes foi a de reverter todo o valor da multa ao credor, o que acarretou forte influência no posicionamento de Juizes e doutrinadores no Brasil pelo caráter indenizatório do instituto. Nesta toada, o § 2º do art. 237 do CPC 2015 prescreve que “o valor da multa será devido ao exequente”.

Contudo, o instituto do preceito cominatório assumiu uma feição própria no Brasil. Mas, pouca atenção foi dada às diferenças entre o direito brasileiro e o direito francês nesta área, o que fez surgir discussões. Na França, chegou-se a confundir as astreintes com perdas e danos, visto que apesar de fixadas na liquidação da sentença o Juiz deveria limitar a execução ao valor real do dano<sup>51</sup>, de forma que só veio aumentar os equívocos.

Apesar disso, mesmo na França, o caráter privado das astreintes vem sendo criticado pelos doutrinadores, tendo em vista a perda da eficácia do instituto, diante de tal tratamento. O CPC 2015, entretanto, parece ter reforçado o caráter processual da multa periódica. A começar pelo fato de que a imposição da multa periódica independe de pedido do credor, porquanto, poderá o Juiz cominar a multa ex-officio, conforme preceitua o caput do art. 536 do novo Código. Trata-se de regra coerente com o caráter processual e, portanto, público da multa periódica, que se justifica pelo fato de que: “*Muito mais que o credor, tem o*

---

Juspodivm, 2012, p. 670.

<sup>50</sup> RÉAU, Roger; RONDEPIERRE, Jean. *Petit dictionnaire de droit*. Paris: Dalloz, 1951, p. 143.

<sup>51</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução direta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 112.

*Estado interesse em ver realmente eficazes suas decisões*”.<sup>52</sup>

Condicionar a aplicação da multa ao pedido do credor seria possibilitar às partes em negócio jurídico vedarem a sua aplicação<sup>53</sup>; o que não é possível. Em virtude disto, pode-se afirmar que houve um deslocamento “do interesse do autor para a responsabilidade do juiz assegurar a execução específica ou o equivalente prático, e é isso o que se quer preservar”.<sup>54</sup> Assim, a fixação da multa em comento “independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução”.

O Código de Processo Civil de 1973 não previa o momento de exigibilidade, mas apenas o momento de incidência do preceito cominatório. Por sua vez, o CPC 2015 permite a execução provisória da multa periódica, que deverá ser depositada em juízo (art. 537, § 3º).

Conforme explicaram os elaboradores na Exposição de Motivos do Projeto do Senado:

Como regra, o depósito da quantia relativa às multas, cuja função processual seja levar ao cumprimento da obrigação in natura, ou da ordem judicial, deve ser feito logo que estas incidem. Não podem, todavia, ser levantadas, a não ser quando haja o trânsito em julgado ou quando esteja pendente agravo de decisão denegatória de seguimento a recurso especial ou extraordinário.

O preceito cominatório, portanto, será dotado de eficácia imediata, não obstante a possibilidade de reforma da decisão que o prescreveu. Quando fixado liminarmente, “é desta data que se inicia a sua incidência; ao passo que, se fixadas na sentença, fluem a partir do prazo estabelecido na decisão transitada em julgado”.<sup>55</sup> Disto se extrai que a multa judicial constitui-se em

---

<sup>52</sup> SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. *O novo processo civil*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 140.

<sup>53</sup> GUERRA, *op. cit.*, p. 200.

<sup>54</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 63.

<sup>55</sup> FUX, Luiz. *O novo processo civil. Atualidade Jurídicas – Revista do Conselho*



uma obrigação autônoma, e não mais pode ser reputada uma obrigação acessória à obrigação de direito material. Assim, enquanto a indenização deverá ser fixada em valor equivalente ao da prestação que se impossibilitou, nada impede que o preceito cominatório alcance valor superior ao da obrigação executada.

Na *práxis* do CPC 1973, o preceito cominatório era tratado como uma obrigação acessória à obrigação de direito material, de modo que o seu valor não poderia ultrapassar o valor da obrigação exequenda, sob pena de enriquecimento sem causa. Caso o valor da obrigação fosse inestimável, deveria o Juiz estabelecer o montante que será devido ao exequente. No CPC 2015, o preceito cominatório ganha relativa autonomia, conferindo-se ao juízo o poder de modificar o valor e a periodicidade da multa, caso a considere insuficiente ou excessiva (art. 537, § 1º, I).

No então Projeto do Senado, tal autonomia restava mais evidente, porquanto existisse a previsão expressa de que o seu valor “com o decurso do tempo pode ultrapassar aquele correspondente ao da obrigação principal. Nessa hipótese o que sobejar pertence à unidade da federação por onde tramita o processo. Destarte, tratando-se de ação movida contra o Poder Público as astreintes são destinadas à parte adversa”.<sup>56</sup>

Todavia, a previsão de reversão à Fazenda Pública do valor da multa que ultrapassar o valor da obrigação exequenda foi suprimida do texto final. O legislador, contudo, não vedou expressamente a possibilidade de fixação das astreintes em montante superior ao da obrigação exequenda. Como o legislador, por outro lado, previu a possibilidade de cumulação da multa com a indenização; parece ser mais coerente com a proposta de efetividade da execução a possibilidade de majoração da multa

---

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a. 1, n. 1 (jul./dez. 2011). Belo Horizonte: Fórum, p. 31.

<sup>56</sup> FUX, Luiz. O novo processo civil. *Atualidades Jurídicas* – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a. 1, n. 1 (jul./dez. 2011). Belo Horizonte: Fórum, p. 32.

em patamar superior ao valor da obrigação de direito material, desde que se observem os pressupostos de razoabilidade e proporcionalidade. O valor da multa, portanto, deverá ser revertido ao exequente; e não à Fazenda Pública.

Entretanto, nem sempre o preceito cominatório será o expediente adequado para a realização das obrigações de fazer. Na obrigação de fazer, a prestação pode consistir em manifestação de vontade para a obtenção de um determinado efeito jurídico. Consentir é *facere*, cujo inadimplemento historicamente desafiou as técnicas de cumprimento forçado e alcançou elevado grau de sofisticação e efetividade a partir da sub-rogação da vontade da parte pela sentença judicial. A decisão não condena o devedor a manifestar a vontade, sujeitando-se a execução posterior, nem comina multa para que ele o faça; a decisão já realiza a satisfação da dívida, considerando emitida a declaração como se tivesse partido do próprio devedor. A imposição de *astreintes* seria “inútil e redundante”, porquanto o pronunciamento judicial já substitui a manifestação de vontade.<sup>57</sup>

Do direito de crédito à declaração surge a pretensão, emprestando-lhe a exigibilidade; exercida a pretensão e não satisfeita a dívida voluntariamente, irradia-se a ação material, que é indiscutivelmente executiva. Neste sentido, a redação do art. 501 é mais precisa que a do 466-A do CPC revogado (que repetiu a regra do antigo art. 641, a seu tempo revogado), que ainda fazia referência a condenação.<sup>58</sup>

A hipótese mais comum de obrigação de emissão de declaração de vontade é a do contrato preliminar, em especial o de compra e venda de imóvel (registrada ou não – o registro apenas atribui a eficácia *erga omnes* à obrigação, que na sua falta é integralmente oponível ao devedor), executado mediante ação

---

<sup>57</sup> ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.538.

<sup>58</sup> Art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

denominada de adjudicação compulsória. A regra do art. 501, contudo, é geral, aplicando-se a qualquer débito de manifestação de vontade, que pode consistir em celebrar contrato definitivo de compra e venda, dar bem imóvel de sua titularidade em hipoteca, outorgar fiança, etc.

Acolhido o pedido, a sentença produz todos os efeitos da emissão de vontade do devedor, estabelecendo o dispositivo em comento que isso se dará “uma vez transitada em julgado” a sentença. Esses efeitos poderão ser antecipados provisoriamente, seja com fundamento em urgência (art. 300) ou evidência (art. 311), observados os requisitos dos respectivos suportes fáticos? V.g., se estiver caracterizado o abuso de direito de defesa (art. 311, I)? A matéria é controversa. Em sentido afirmativo, posiciona-se Rinaldo Mouzalas.<sup>59</sup> Contra, Araken de Assis.<sup>60</sup>

O argumento contrário se funda justamente na exigência expressa do trânsito em julgado e parece correto. Vale ressaltar que a eficácia da decisão está cingida aos limites da manifestação de vontade originalmente devida. Se o devedor se obrigou a celebrar contrato que depende da anuência de terceiro, por exemplo, o negócio só estará formado quando se obtiver a dita anuência.<sup>61</sup>

A sentença não transfere direito de que o devedor não mais disponha, nem tampouco pode garantir a transmissão da propriedade mediante registro se, embora formalizado por ela o acordo de transmissão, a situação registral do imóvel não o permite.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1278.

<sup>60</sup> *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. V, p. 478.

<sup>61</sup> Neste sentido, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2 ed. Salvador: Juspodium, 2010, vol. V, p. 483.

<sup>62</sup> ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 536-537.

Da decisão que considera formado o contrato definitivo de compra e venda e o acordo de transmissão da posse surge, comumente (mas pode não surgir, a depender da regulamentação negocial concreta), o direito e à pretensão à posse, que deverá ser exercido após a referida decisão. Dela não deriva o desapossamento da coisa e a imissão na posse do credor, devendo a ação própria para tanto ser exercida.<sup>63</sup>



#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. V.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil – volume 2*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- BRUNNER, Cristoph. *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. Classificação das obrigações. In: CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva; CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia (org.). *Coletânea do direito das obrigações*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2011.
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JÚNIOR, Torquato; NOBRE, Vanessa Correia. Algumas

---

<sup>63</sup> Neste sentido, ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 537.

- considerações acerca do preceito cominatório no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. (Org.). *O Projeto do Novo Código de Processo Civil - 2ª Série. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). *Precedentes jurisprudenciais – Volume 3: direito contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DIDIER Jr, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 5: Execução*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, n. 1 (out.-dez./2014). São Paulo: RT.
- FUX, Luiz. O novo processo civil. *Atualidade Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. 1, n. 1 (jul./dez. 2011). Belo Horizonte: Fórum.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ARAÚJO, Raquel Silva. Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da “execução” indireta. *Advocatus Pernambuco*, a. 7, n. 15 (abril de 2015). Recife: Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes/Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pernambuco.
- GRUNDMANN, Stefan. L’unità del diritto privato: da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato. *Rivista di diritto civile*, a. LVI, n. 4 (luglio/agosto 2010).

Padova: Cedam.

- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- KOGELENBERG, Martijn Van. Article III.3:302 DCFR on the right to enforced performance of non-monetary obligations: an improvement – albeit imperfect compared with article 9:102 PECL. *European Review of Private Law*, v. 4 (2009). London: Kluwer Law International.
- LEAL, Larissa Maria de Moraes. *A indecisão problemática da dignidade humana e seus reflexos nas relações de filiação*. Recife: UFPE (Tese de Doutorado), 2006.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. Pretensões contratuais e prescrição. In: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva (coords.). *A modernização do direito civil: volume I*. Recife: Nossa Livraria, 2011.
- LOBO, Paulo. *Direito Civil: obrigações*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória* (individual e coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Geral: Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X: arts. 612-735*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOUZALAS, Rinaldo, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- MOZOS, Jose Luis de los. *Derecho civil: metodo, sistemas y categorias juridicas*. Madrid: Civitas, 1988.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- RÉAU, Roger; RONDEPIERRE, Jean. *Petit dictionnaire de droit*. Paris: Dalloz, 1951.
- ROSAS, Roberto. Direito civil e constituição. In: *Comentários sobre o projeto do código civil brasileiro*, série cadernos do CEJ, volume 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002.
- SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. *O novo processo civil*. Curitiba: Juruá, 1995.
- SCHWENZER, Ingeborg. Specific performances and damages according to the 1994 UNIDROIT principles of international commercial contracts. *European Journal of Law Reform*, v. 1, n. 3 (1999). Hague: Kluwer Law International.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. São Paulo: Método, 2014.