

A PROTEÇÃO JURISDICCIONAL DO CREDOR DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER *

HAMILTON DE MORAES E BARROS

INTRODUÇÃO

Três proposições merecem referidas, menos para informar, ou para recordá-las, do que para pontilhar a exposição de agora.

A primeira delas é a natureza instrumental do processo, onde se encontram e se exercem o direito de ação das pessoas e a obrigação de jurisdição do Estado. Daí deflui que, ao mesmo tempo, através do processo é que se vai dar vida e força aos direitos subjetivos, assegurando-lhes a realização, como também se reafirma a ordem jurídica, já violada ou simplesmente ameaçada, o que é relevante e influente na conduta das pessoas.

A segunda de nossas afirmações é a que diz respeito às fontes históricas do Direito Brasileiro. Posto que o povo brasileiro seja a mistura de três raças, nenhum instituto jurídico ou político, ou norma de Direito ou de conduta foi recolhida dos nossos indígenas, do mesmo modo que nada nesses campos nos trouxeram os negros da África, igualmente selvagens, que chegavam ao Brasil na condição de escravos, privados de direitos e até de personalidade, porque juridicamente eram considerados coisas.

Eis por que se pode proclamar com segurança e tranqüilidade que todo o Direito Brasileiro, da colônia até à independência, foi-nos legado pela Pátria Mãe. Direito e civilização nós os recebemos de Portugal. Houve um geral transplante de instituições ibéricas para as terras e gentes do Novo Mundo e a ele não fugimos.

Descoberto o Brasil, quando vigiam as Ordenações Afonsinas, nem elas e nem as Manoelinas, de 1521, deixaram marcas em nossa história judiciária, muito curta e modesta ao tempo.

Praticamente, tudo começou com as Ordenações Filipinas, pois foi próximo do ano de 1603 que, em realidade, começou no Brasil a colonização e se intensificou o povoamento.

* Conferência pronunciada na Universidade de Coimbra, Portugal, aos 13.01.1983.

Além de terem sido as Ordenações Filipinas todo o nosso direito positivo, vigorando no Brasil, em parte, até o primeiro quartel deste século, ainda é grande sua influência no ordenamento jurídico de minha Pátria.

É que a lei de 20.10.1823, elaborada pela Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Brasil, mandava aplicar no Novo Império a legislação então vigente até o dia 25 de abril de 1821, data em que S. M. Fidelíssima, então rei de Portugal e Algarves, se ausentara da Corte do Rio de Janeiro. Aquela legislação, constituída das Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções ficaria em inteiro vigor na parte não revogada, “enquanto não se organizasse um novo código”.

Contrariando o anúncio do Legislador, ao invés do diploma único prometido, foi o Brasil tendo o Código Criminal de 1830, o de Processo Criminal de 1832; o Comercial de 1850 e o Regulamento 737, de 1850, que era, em verdade, um Código de Processo Comercial e a Consolidação Ribas que, em 1876, substituíu o Livro III das Ordenações.

No Regulamento 737, respeitou-se a estrutura das Ordenações Filipinas, caracterizando-se tal diploma por um geral encurtamento de prazos e simplificação de ritos, de modo a afeiçoá-las às necessidades e práticas do comércio.

Mandou a República, proclamada em 1889, que o Regulamento 737 substituísse em parte a Consolidação Ribas. Como a Primeira Constituição Republicana, de 1891, desse aos Estados a competência para legislar sobre processo civil e penal, prerrogativa que vigorou até a Constituição Federal de 1934, os códigos estaduais e o federal todos se amoldaram, de um modo geral, ao Livro III das Ordenações e ao Regulamento 737 do Código Comercial.

O Livro III e a Consolidação Ribas vêm a ser, pois, a matriz do Processo Civil Brasileiro.

As modernas doutrinas processuais, vindas da segunda metade do século XIX na Alemanha e tão bem acolhidas na Itália e outros países, pouco alteraram o arcabouço da construção que Portugal legou ao Brasil.

A terceira consideração que me permito, é a que diz respeito ao cumprimento das obrigações, sejam as decorrentes diretamente da lei, ou nasçam elas de algum negócio jurídico.

Visa a ordem jurídica a obter a paz social e a harmonia das relações, o que se consegue com a disciplinação dos comportamentos.

Entre as coisas que mais interessam à ordem jurídica e econômica e à paz social, está o cumprimento perfeito e espontâneo das obrigações, no tempo, lugar e forma convencionados ou previstos em lei.

Somente se poderá entender satisfeito o credor e desobrigado o devedor, quando a prestação é entregue inteira, perfeita e com oportunidade pelo devedor, ou seja, quando é cumprida às completas, *in natura*, sem a intervenção do Estado, para, através do decreto judicial, fazê-las certas, no caso concreto, ou na espécie, e sem a ajuda de qualquer fiscalização, ou coação externa, ainda que indireta.

É que tem o credor, além do seu específico direito subjetivo à prestação, a expectativa do perfeito e oportuno adimplemento, o que é um bem destacável e protegível.

Nasçam diretamente da lei ou tenham origem nos vários negócios jurídicos, o certo é que as obrigações de fazer, não fazer e suportar então a reclamar estudos mais profundos e amplos, sejam quanto à sua natureza e conteúdo, seja quanto à tutela jurisdicional dos seus credores. Basta, para que se aperceba da importância e das dificuldades do tema, que se recorde, por exemplo, a problemática dos direitos difusos que são os de titulares não individuados, inominados ou desconhecidos, pois que são apenas seres humanos com direito ao ar puro, à boa água, ao silêncio, ao contato com a natureza, donde nasceria o direito de todos de se oporem à sua depredação e à sua redução a mera fornecedora de matérias-primas.

A Proteção dos Credores. A Procedência das Ações Condenatórias. A Criação dos Títulos Executivos Judiciais

Todos sabemos que é do encontro do fato com a norma que nasce o direito.

Quando, entretanto, o fato é negado ou desfigurado por outro, que lhe retira o relevo ou a influência; ou quando, entre as partes, varia o entendimento sobre o conteúdo do comando jurídico, de que a própria existência pode ser negada, surge em face dessas adversações a pretensão à necessidade de um processo de conhecimento, onde se acertem as relações entre as pessoas, processo cujo ato e momento apoteótico é a sentença de mérito, de natureza condenatória, a qual, resolvendo a controvérsia, põe fim ao processo e ao litígio e cria o título executivo judicial.

Diante desse título, ao se fazer líquido, certo e exigível, duas opções se abrem ao vencido: ou espontaneamente cumpre a condenação que lhe foi imposta, após plena cognição, ou se sujeita à execução forçada e específica do julgado. Tal execução, no caso, terá por base um título executivo judicial, sabido que também no Direito Brasileiro amparam-na títulos executivos diversos da sentença condenatória.

Independentemente da racional e lógica estrutura do processo de conhecimento, que tem sua expressão mais alta e benemérita no procedimento ordinário, onde há plena faculdade de alegação e de provas, de discussões e pedidos, desde os pedidos alternativos facultados ao autor até o princípio da eventualidade, que agasalha todas as possíveis defesas do réu, ainda que contraditórias, cuidou-se, também, de obter-se, com rapidez e eficácia, a criação judicial de um título executivo, o que se torna possível e defensável ante a inércia do réu.

Enquanto a ação de execução parte de um título já existente, busca-se, através das cominatórias, a rápida criação desse título. Irá ele resultar, nesta hipótese, do pedido do autor e da inércia ou da revelia do réu.

Essa rápida criação do título executivo é construção inteligente e benéfica, recomendada pela economia processual. Consente a doutrina, placitam os ordenamentos jurídicos nacionais e estrangeiros e a experiência aconselha que se não percorra todo o caminho longo e largo do procedimento ordinário, mas que se restrinja sempre que possível a atividade judicial tão-somente aos atos e termos suficientes para criar o título executivo.

Sem plena cognição e até sem ouvir o réu, manda o juiz uma ordem ao devedor, para que cumpra a obrigação em tempo certo.

Findo esse prazo, se não houver oposição do réu, a ordem produzirá os mesmos efeitos da sentença condenatória, valendo para embasar a execução. Se, entretanto, dentro do prazo, oferecer o réu oposição ao mandado judicial, não produzirá a ordem os efeitos anunciados, transformando-se em mera citação.

É que, em várias hipóteses, não existe uma lide real, efetiva, mas apenas uma lide aparente. A contestação, nesses casos, é mais para adiar, para procrastinar, para aborrecer, do que para apresentar um contradireito.

Obrigações há em que, seja qual for o valor, estando validamente documentados sua existência e conteúdo e afirmados os pólos ativo e passivo, produzem, por isso, a presunção de que o devedor nada vem objetar à pretensão do credor que se fez autor.

Além disso, por sua quietação, acarreta o réu a inexistência de controvérsia.

A contestação, ao contrário, impede seja a sentença proferida desde logo, mas continua de pé a cominação. O preceito anuncia a condenação, a que se chegará, se houver quietação do réu.

O procedimento cominatório em todas as legislações somente se aplica às ações condenatórias. Trata-se de remédio célere, ágil,

buscando obter rapidamente um título executivo judicial, eis que, não se opondo o réu à pretensão do autor contida no mandado, será condenado desde logo.

O que distingue o procedimento cominatório é a intimação do preceito ao réu, expedido apenas em face das afirmações do autor.

Partindo das alegações do autor, com provas ou sem elas, ordenará o juiz a expedição de um preceito, ou seja, a ordem para que o réu satisfaça a obrigação que lhe é atribuída e manda que seja intimado a contestar, em certo prazo, se não quiser cumprir o que se lhe ordena e que consta da notificação. Esse é o caso de mandado *cum clausula*. Se o réu não contestar, será condenado. Nisso consiste a individualidade do procedimento cominatório.

Ganharia o procedimento maior confiabilidade e préstimos, se a inicial se acompanhasse dos documentos em que se fundar a pretensão, ou seja, que comprovem a veracidade dos fatos alegados, ou quando o direito alegado somente por documentos se puder provar.

Corresponde o procedimento cominatório a uma necessidade do ordenamento jurídico. Procedimento especial do conhecimento cria um título executivo.

Sua existência, entretanto, não se justificaria, se fosse reduzido a apenas um procedimento a mais de acerto. O sumário e o sumaríssimo levariam também com celeridade a esse resultado.

Busca obter, desde logo, o cumprimento *in natura* da obrigação, a sua execução específica.

No cominatório, ou monitório, ou de injunção, o devedor não é apenas citado, para defender-se, mas recebe uma ordem (preceito, monitório, mandado) para que em certo prazo cumpra a obrigação, sob cominação da pena, podendo, entretanto, defender-se, isto é, opor-se à ordem.

Pouco influente se afigura a indagação a respeito de caracterizar-se o processo monitório pela falta de contrariedade ou pela sua eventualidade, sendo que a maior parte dos doutrinadores nele enxerga a inversão da iniciativa do contraditório.

Examinando-se, entretanto, as várias legislações, verifica-se já existirem os seguintes pontos comuns:

1.º — O mandado *de solvendo* é emitido de plano, a pedido do autor e sem audiência do réu;

2.º — O mandado está condicionado à atitude processual do réu, que o aceitará, ou não;

3.º — Adquire o mandado plena eficácia executiva apenas com a preclusão do prazo assinado ao réu, para a oposição;

4.º — Com a oposição, dá-se a inversão da iniciativa do contraditório, que se transfere para o réu.

O procedimento cominatório brasileiro não difere em sua estrutura do cominatório do sistema das Ordenações, que, por sua vez, reproduzia o procedimento monitorio do Direito Canônico e até dos interditos romanos.

Iniciava-se por um preceito obtido do juiz, *inaudita altera parte*, para que, em determinado prazo, cumprisse o réu a obrigação, ou oferecesse defesa. Com a preclusão do prazo e a ausência de defesa do devedor, confirmava-se o mandado pela sentença.

Em orientação diferente da seguida pelos monitorios alienígenas, que se destinavam à condenação ao cumprimento das obrigações de dar, o preceito cominatório brasileiro, do Código de 1939, tal qual era no direito anterior e no português, consistia num instrumento que buscava a satisfação das obrigações de fazer e de não fazer.

No monitorio europeu, o mandado *de solvendo* é comando simples: ou cumpra a obrigação, pagando ou consignando a coisa, ou ofereça as exceções que quiser.

No Brasil, com a ordem de cumprimento da obrigação, seguia a cominação da pena, para o caso de não atendimento ao preceito.

No processo executivo, como observa PONTES DE MIRANDA, há um dilema: ou o réu executa, ou o Estado executa. É a execução forçada; existe já o título executivo.

No processo cominatório não existe ainda o título executivo a motivar a ordem, ou em que se fundamenta a exigência do adimplemento. É processo com dois objetos, uma vez que se destina a apressar a obtenção do título executivo e procura realizar logo a satisfação, pela cominação, no caso de inadimplemento, da pena que se impõe ao devedor.

Nossas diferenças essenciais dos monitorios europeus contemporâneos eram duas: destinar-se a ação cominatória a obter o adimplemento das obrigações de fazer e de não fazer e seguir o mandado acompanhado da cominação da pena.

O mandado, no Código de 1939, era uma ordem especial, de caráter provisório e condicional, isto é, dependente de contestação, e reformável, se prosseguisse o feito e após exauriente conhecimento.

A contestação impedia que a sentença fosse pronunciada, desde logo, mas a cominação permanecia. Era pendente. A sentença de mérito, se procedente, confirmaria o preceito, enquanto que o invalidaria, se improcedente.

A citação anuncia a condenação a que se chegaria, se houver quietação do réu.

Sendo, como são, as ações cominatórias de manifesta utilidade e de aplicação muito ampla, pois que esse remédio é prestantíssimo, já que trata de proteger o credor das obrigações de fazer

e de não fazer, estão essas ações e o seu processo a reclamar em todo o mundo estudos mais profundos e pormenorizados, pesquisa não satisfeita com as observações dos comentadores dos diplomas processuais. Suas notas são destinadas apenas a aclarar o conteúdo dos textos, numa intencional e justificada redução das cogitações.

Não interessa aos nossos propósitos de agora saber se a ação de preceito cominatório é ou não o interdito proibitório dos romanos.

Na lição de CHIOVENDA, o *mandatum de solvendo cum clausula justificativa* vem do processo italiano intermédio.

Trazia tal mandado inserta a justificativa, porque expedido sem cognição e sem prévia citação do devedor. Era uma ordem condicionada ao exercício pelo devedor do seu direito de oposição.

A criação medieval se filia o processo monitório ou de injunção das modernas legislações.

Do exame das Ordenações Filipinas que, no Terceiro Livro, Título LXXVIII, § 5.º, reproduzem disposições das Afonsinas e Manoelinas, verifica-se que ali se encontravam duas ações distintas, uma de natureza pessoal, possessória, o interdito proibitório, e outra de natureza pessoal, ação de preceito cominatório, destinada esta última a assegurar o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

A Consolidação Ribas, em linguagem mais clara e atual, ao tratar no artigo 769 “das causas de preceito cominatório ou embargos à primeira”, estatui:

“Se alguém recear que outro lhe queira ocupar ou tomar as suas cousas, ou ofendê-lo em seus direitos, poderá requerer ao juiz que o segure de violência iminente, expedindo mandado proibitório ao réu e cominando nele certa pena para o caso de transgressão.” E nos comentários a tal artigo aduz ainda:

“Os preceitos cominatórios, de que se trata nesta secção, são os mesmos interditos proibitórios dos romanos, os quais também se aplicam a outros casos que não os possessórios.”

Sobre a Coexistência e Serventia de Tais Remédios

Logrou consagração esse entendimento.

Como se vê dos julgados do Supremo Tribunal Federal da primeira quadra deste século XX, a doutrina brasileira, acolhendo e aplicando a lei filipina, foi a de conferir à ação de preceito cominatório a dupla finalidade de remédio possessório e de instrumento de defesa dos direitos pessoais ameaçados, principalmente quando eles exigiam, para sua efetivação, o cumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer.

Essa bifurcação de préstimos se ligou à polêmica que existiu a respeito da aplicação da proteção da posse à dos direitos pessoais.

Graças a essa longa e brilhante controvérsia, em que se batiam e sobre que debatiam os mais altos espíritos, foi sentida a necessidade de acabar com a discussão e definir com precisão a individualidade de cada uma das ações de preceito cominatório.

Assim, os Códigos de Processo Civil e Comercial do antigo Distrito Federal, de São Paulo e do Espírito Santo colocaram o interdito proibitório, ou ação de força nova iminente, de natureza possessória, ao lado da ação de preceito cominatório, em que se pedia o adimplemento das obrigações de fazer e de não fazer.

Dos Códigos estaduais de processo, surgidos com a República, na Constituição de 1891, passou o Brasil para os Códigos nacionais, sendo que, em 1939, foi editado o de Processo Civil e Comercial.

Nesse Código estava consagrada a total separação. A ação possessória de interdito proibitório estava disciplinada nos artigos 377 e 378, enquanto que cuidava da ação cominatória para a prestação de fato ou abstenção de ato no artigo 302.

Nesse artigo 302, depois de enumerar onze hipóteses em sua casuística, concluía no inciso XII que competia a ação cominatória “em geral, a quem, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo”.

Dada a amplitude do conteúdo desse inciso XII, os demais onze anteriores não passavam quase de uma enumeração exemplificativa, como se fossem uma prévia explicitação dos préstimos gerais e amplos de tal remédio.

No Código de 1939, o procedimento cominatório restringia-se às obrigações de fazer ou de abster-se e se caracterizava por atribuir desde logo efeito de condenação ao réu, se inexistisse contestação (art. 301, § 1.º).

Procedimento cominatório era também o da ação de despejo por falta de pagamento, tratado fora do Código, já que o juiz o decretava, se, em cinco dias, o locatário não contestasse.

No caso, o não cumprimento da obrigação de pagar, acarretaria o surgimento da obrigação de deixar o imóvel, que é obrigação de fazer.

As Obrigações Fungíveis e as Infungíveis

A rigor, toda obrigação é de fazer. A grande distinção entre o direito real e o de crédito está em que o direito do credor somente alcança a satisfação por meio de um ato do devedor.

Esse ato, omissivo ou comissivo, é que é o objeto da prestação. Entende-se por obrigação de fazer aquela cuja prestação consiste

em um ato positivo do devedor, material ou imaterial, ou um ato jurídico.

A *res debita* reduz-se, às vezes, a um trabalho. Pode, entretanto, alçar-se à realização de um negócio jurídico, à conclusão de um contrato prometido.

É fundamental em tema de obrigações que o fato se realize tal qual foi prometido.

Se é indiferente quem presta o seu objeto, estaremos em face de obrigação fungível. Se, entretanto, elas foram estabelecidas em especial consideração à pessoa do devedor, sua capacidade ou conceito, é de obrigações infungíveis que se trata.

Em tal caso, a prestação, realizada por outrem, não é o que se quis, quer e se acertou. O que se buscava, era o cumprimento personalíssimo pelo devedor.

Quando se trata de obrigação de fazer, a regra é a fungibilidade da prestação, a qual não prevalecerá, quando do título ou das circunstâncias resulta que o devedor tem de cumpri-la pessoalmente.

Como o Direito não pode deixar que fiquem descumpridas as obrigações, o que equivale a negar realização ou proteção aos direitos subjetivos do credor, e como também não se pode, pela força física, extrair do obrigado a prestação devida, em obediência à velha regra do *nemo precise ad facti cogi potest*, teve de criar várias soluções, como a construção da execução forçada, em que o Estado se substitui ao devedor e vencido, a fim de assegurar a prática do ato ou a entrega da coisa a que o devedor está obrigado, ou a entrega do seu equivalente jurídico ou econômico.

Se é certa e influente a regra do *nemo ad factum precise cogi potest* e que o inadimplemento da obrigação de fazer converte seu objeto no equivalente em dinheiro, tal solução é de aplicar-se com prudência e temperamento, sob pena de transformar-se a *obligatio faciendi* em alternativa em favor daquele que inadimpliu. Como lembrava TEIXEIRA DE FREITAS, o pagamento das perdas e danos não é o cumprimento da obrigação, é o único remédio possível contra a falta do devedor.

O que deseja o direito é o cumprimento específico, a prática daquilo que foi prometido, ou deriva da lei.

Somente se dará a conversão da obrigação em perdas e danos, quando a exigência do cumprimento específico importar em violência física à pessoa do devedor.

As obrigações de dar podem ser cumpridas com a execução de uma sentença que condenou à realização da prestação, pois a intervenção do Estado, sem peias, pode atingir o bem devido e entregá-lo ao credor.

Nas obrigações de fazer, isso é raramente conseguido, já que é difícil obter-se a compulsória atuação do obrigado faltoso.

Os fatos, entretanto, vieram abalar a tese da impossibilidade da execução específica de tais obrigações, quando se estabeleceu a diferença entre obrigações infungíveis, isto é, as que somente pelo obrigado podem ser cumpridas, e as obrigações fungíveis, onde a prestação pode ser obtida de terceiro, ou seja, pode ser cumprida por qualquer um, mas às expensas do devedor.

Se é certo que o não cumprimento de qualquer obrigação pode levar à indenização, não é menos certo não ser essa a melhor solução, aquela com que devem conformar-se o credor e o Direito. O que interessa é a prestação específica, *in natura*. O resto são sucedâneos. Não se quer a obrigação subsidiária da reparação ou do ressarcimento; o que se busca é o ato prometido ou determinado em lei.

É sabido que, em Direito Romano, as obrigações de fazer e de não fazer, quando descumpridas, se resolviam em indenização por perdas e danos.

Outra é, entretanto, a solução do direito moderno.

As obrigações fungíveis, isto é, aquelas que, por sua natureza ou disposição legal ou convencional, podem ser satisfeitas por ato de terceiro, ou do próprio credor, a final se satisfazem em espécie, mas sempre às custas do devedor. Todo aquele que a venha executar, pode buscar com o devedor o equivalente em dinheiro do ato descumprido pelo obrigado.

As obrigações infungíveis, entretanto, somente se satisfazem por ato pessoal do devedor, como é da essência de todos os contratos celebrados *intuitu personae*.

O Código Civil Brasileiro, no artigo 880, manda que pague perdas e danos o devedor que recusar o cumprimento de prestação a ele só imposta, ou somente por ele exequível. Já no artigo 881, se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandar executá-lo à custa do devedor, se houver recusa ou mora, ou pedir perdas e danos.

A opção é do credor, mas como pondera CLOVIS BEVILACQUA, não é livre o credor, por autoridade própria, mandar fazer a obra. A opção tem de ser posta ante o Judiciário. Mais do que pedidos alternativos, o que se abre ao credor é um concurso de ações. Ou pede a reparação do dano causado pelo inadimplemento ou pela mora, ou propõe a cominatória, ou seja, pleiteia que o devedor execute diretamente, ou ficará o credor autorizado a executar por si ou por terceiro.

O mesmo se dá com as obrigações de não fazer. Ante seu descumprimento, poderá o credor exigir que o devedor desfaça o que

fez contra direito, sob pena de desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

As Declarações de Vontade

Um dos fatos mais freqüentes na vida jurídica e econômica é o pré-contrato.

Atende hoje a uma nova necessidade e reclama, por isso mesmo, mais atenção e proteção do Direito.

A obrigação de contratar é uma típica obrigação de fazer e o Direito lhe vem dando especial consideração e tratamento diferenciado.

Quando se cuida da obrigação de emitir declaração de vontade, discutia-se a conseqüência do inadimplemento, isto é, se ele dava lugar apenas à ação de perdas e danos ou se, além disso, podia também conferir ao credor ação em que buscasse o mesmo efeito da declaração prometida e não honrada.

É certo que CORREA TELLES já ensinava que “se se obrigou a fazer escritura de venda e a recusa, a sentença que o condena a fazê-la, fica servindo de título”. No mesmo sentido era LEITE VELHO, para quem se a sentença mandar que o executado assine uma escritura, ou outro título semelhante e a não assinar no prazo que se lhe marcar e lançado seja, a sentença do juiz supre a falta da escritura e serve de título ao exeqüente”. No mesmo sentido a lição de MORAES.

CHIOVENDA acha aceitável essa solução dos antigos processualistas, explicando que o juiz não contrata pelo obrigado, ou como seu representante, já que, como mantenedor da ordem jurídica, tem o poder de realizar os efeitos que as partes se obrigaram a produzir.

Ponderamos nós que a obrigação assumida tem tanta força quanto a lei e é de ser prestigiada e cumprida.

A mesma orientação é do Código de Processo Civil alemão, o ZPO, § 894.

Os tribunais brasileiros, entretanto, no regime anterior do Código Nacional de Processo, o CPC de 1939, não admitiam que a sentença pudesse fazer as vezes do ato a cargo do devedor, ou do vencido, estabelecendo apenas a obrigação de ressarcir perdas e danos.

Entendia-se que a lei não poderia obrigar ninguém a assinar qualquer escritura, de vez que a assinatura coagida não tem qualquer valor e a declaração de vontade seria viciada e anulável. A vontade individual, que é soberana, não poderia ser violentada.

As declarações de vontade, além disso, eram prestações tipicamente infungíveis e, como tais, não poderiam substituir-se por ato de terceiro. Por isso, descumpridas, resolver-se-iam em perdas e danos.

Acontece que doutrina mais moderna passou a enxergar no caso uma infungibilidade apenas jurídica, ou seja, uma prestação que, tão-somente por obediência a um comando jurídico, poderia ser feita pelo devedor.

O Estado, que criara uma tal infungibilidade, poderia suprimi-la, ou dando um provimento com a eficácia da aludida declaração, ou criando uma situação jurídica a ela equivalente, expressa num título judicial.

Dentro desta linha veio o disposto no artigo 1.006, do CPC de 1939, quando estatuiu que “condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada, logo que a sentença de condenação passe em julgado”.

Preservando a *obligatio faciendi*, substituía o legislador a manifestação de vontade do *reus debendi* pelo decreto judicial e a sentença vai ocupar no mundo jurídico o lugar do ato prometido e não realizado pelo devedor.

Mesmo sucedido o diploma processual civil de 1939 pelo Código Buzaid, 1973, e desaparecida a antiga ação cominatória como procedimento especial, vamos encontrar no artigo 639 do novo ordenamento a mesma prestação, expressa até em termos bem mais amplos, quando se estabelece que “se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”.

Continua, assim, de pé a proteção, pois que ela é proteção que veio para ficar.

Sendo, como é, ou simplesmente legal ou apenas jurídica e não essencial ou natural a infungibilidade, nada existe de ilegítimo em suprir a declaração de vontade, recusada ou omitida, pela manifestação judicial de igual conteúdo. Aliás, não existe diferença ontológica entre a obrigação de dar, ou de pagar dívida em dinheiro, e as obrigações de fazer ou não fazer. São todas elas prestações a cargo do devedor e que se cumprem por atos seus. Assim como pode o Estado transferir de um patrimônio para outro bens negados ou sonogados pelo devedor, buscando-os onde quer que se encontrem e até aliená-los, pode também desfalcá-lhe o patrimônio e outorgar, por sentença, o ato recusado, ou efetuar a transferência patrimonial prometida e não realizada pessoalmente pelo devedor. É que já ocorrera antes sua aquiescência com o que

agora se torna efetivo e do pré-contrato nasce para o contraente o direito à conclusão, ao aperfeiçoamento do contrato principal, o que foi prometido.

A respeito existe no Brasil e é de largo e pacífico emprego a chamada adjudicação compulsória de imóvel. Tem como requisitos a existência de compromisso irrevogável de compra e venda, já levado ao registro competente, e o pagamento integral do preço. Nascida para proteger os menos favorecidos, compradores de lotes de terreno para pagamento em prestações (Decreto-Lei n.º 58, de 10.12.1937), aos quais oferecia a adjudicação compulsória, estendeu-se hoje para a prestação do futuro comprador de imóvel de qualquer natureza.

A Proteção do Credor das Obrigações de Fazer e de Não Fazer

Não é a proteção jurisdicional a única de que dispõe o credor das obrigações de fazer e de não fazer.

Fora do exercício do direito de ação e até para assegurar-lhe êxito ante terceiros, pode e deve, se isso lhe parecer interessante e útil, inscrever no registro competente o seu título, a fim de tornar conhecida de todos a obrigação alheia e, conseqüentemente, a existência do seu crédito, e obter os efeitos da publicidade jurídica dos registros públicos.

Também pode vir a ser necessária a notificação do devedor e de terceiros.

Além da execução específica por terceiro, e à custa do obrigado, quando fungível a prestação, tem hoje o Direito mais um meio de proteger o credor e de coagir o obrigado, que é a imposição de multas. São elas meios econômicos de coação, para que o obrigado realize pessoalmente a prestação. É de salientar-se que tais multas são simples expedientes auxiliares, pois que visam a obter a prestação por ato do próprio obrigado.

Não são elas nem prestações alternativas, subsidiárias ou substitutivas da que foi prometida, nem se pode vislumbrar nelas a execução forçada, feita pelo Estado, sub-rogando-se em atividade do devedor.

Respeitada a individualidade física do obrigado, fere-se e desfalca-se o seu patrimônio. Trata-se de legítimo instrumento destinado a influir na mente daquele que inadimpliu de modo a obter o pessoal cumprimento do que prometeu.

E em favor de sua eficiência, lembra AMILCAR DE CASTRO que elas são mais cominadas do que impostas.

Elas têm assento legal no Direito Brasileiro na disposição do artigo 644 do Código de 1973.

Como o descumprimento das obrigações é fato universal, derivem elas de lei ou de convenção, ou nasçam de uma condenação, variam as soluções a que chegaram os vários ordenamentos jurídicos.

É da sua essência que a obrigação se cumpra *in natura*.

A execução que busca sua realização chama a doutrina saxônia de *specific performance*, ou seja, a execução específica nos termos da sentença.

A condenação a perdas e danos também pode tornar-se illusória ante a insolvência do devedor, real ou aparente.

Chegaram os franceses a uma solução engenhosa. A coação de caráter policial, que consiste em colocar a força pública em desfavor do obrigado, é substituída com vantagens por uma coação de caráter econômico proposta pelo credor ou às vezes em desproporção com a própria obrigação assumida.

São as *astreintes*, de *astreindre*, que significa adstringir, apertar, sujeitar, submeter, obrigar, sujeitar-se e cingir-se.

Com esse nome está na doutrina hispano-americana.

É mais ou menos tranqüilo que às *astreintes* somente se recorre, quando a simples condenação a perdas e danos se mostra ineficaz, insuficiente ou illusória, se bem que seja a indenização o desfecho freqüente da infração da obrigação de fazer estabelecida na sentença.

No Direito francês, posto que o Código Napoleônico haja agasalhado o princípio do *nemo precise ad factum cogi potest*, desenvolveu a jurisprudência a doutrina das *astreintes*, as quais, como se sabe, são as somas de dinheiro que o devedor deve pagar ao credor por dia de atraso no cumprimento da obrigação. Pretende-se, com isso, estimular o voluntário adimplemento.

Cogitou a doutrina da legitimidade das *astreintes*, dada a inexistência de texto que consagre a solução, sabendo-se que as obrigações nascem dos contratos ou da lei.

Apoiavam-se os seus adversários no princípio do *nulla poena sine lege*, objeção que EDUARDO COUTURE procurou eliminar no seu projeto de 1945 do Código uruguaio.

O ZPO, no artigo 888, consagra solução mais rigorosa e precisa, quando estatui que, se o ato não puder executar-se por terceiro e depende exclusivamente da vontade do devedor, o julgador, a pedido do credor, constrangerá o devedor à prática do ato, mediante pena pecuniária, ou de prisão, sendo que a pena pecuniária não conhece limitações.

O que caracteriza a solução alemã é a transformação da inexecução em ilícito penal.

No Brasil se consagra a regra do descaber prisão civil por dívida, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar (CF, art. 153, § 17).

Cumprir notar e ressaltar que apenas a prisão não interessa, eis que deixa insatisfeita a obrigação. Vale tão-somente como intimidação.

A imposição da multa não é, como já se disse, um fim em si mesmo; é, antes, um modo de compelir o devedor à submissão ao preceito. Nas ações de natureza cominatória o objeto real da demanda é a coerção do demandado a prestar determinado fato ou dele abster-se. Essa pena irá evitar lesões e funcionará como contramotivo à infração. Por isso, a pena pecuniária pode e deve ser exacerbada, de modo que represente, por seu valor, um mal muito maior do que a submissão ao preceito. O contramotivo deve ser forte, influente, de modo a invalidar atitude do devedor, levando-o à submissão ao preceito, ao cumprimento da prestação a seu cargo. É perfeitamente possível e encontradíssima a rebeldia, mantida em face de ameaças modestas ou ilusórias. Penas minimizadas, no caso, se prestariam mais a desprestigiar a determinação judicial do que a garantir-lhe o cumprimento. Iria o infrator comprar muito barato a faculdade de continuar atuando contra o direito.

De lembrar-se, ainda, que a multa pode ser cobrada, ainda que inexista no contrato a cláusula penal.

A Cominatória no CPC de 1939 e no de 1973

Entre as alterações trazidas pelo chamado Código Buzaid, de 1973, está a eliminação da cominatória como procedimento especial. Se bem que não tenha desaparecido do nosso arsenal de meios, perdeu importância e influência, ao reduzir-se a mero pedido numa ação de procedimento ordinário.

Interrompeu-se uma experiência que poderia ter sido fecunda e promissora, se não fossem os desvirtuamentos e descaracterizações que vários julgados lhe impuseram.

Apresentada pelo legislador apoucada de soluções, além de não lograr o texto unidade de interpretação, arrestos houve que a tornaram inútil, como os que mandavam se contasse a multa somente a partir do trânsito em julgado.

Vale a pena relerem-se os dispositivos pertinentes, para que se aquilate como foi ela reduzida de préstimos e de forças. Assim, dispõe o artigo 287, do novo diploma, na secção que trata dos pedidos: "Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar

fato, que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária, *para caso de descumprimento da sentença.*” Completa-se esse enunciado com o estatuído sobre a execução no artigo 644, ao dizer que “se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz”. Exige, ainda, o Código, no artigo 645, que “a condenação da pena pecuniária deverá constar da sentença que julgou a lide.”

Apesar das virtudes do procedimento ordinário brasileiro, que permite o julgamento antecipado da lide, já que não existe contraditório onde não há contestação, e onde a revelia importa na aceitação da versão fática do autor, a qual passa à categoria de fatos incontrovertidos, está debilitada a ação cominatória.

Note-se que o artigo 287 é mais drástico e imperativo: a cominação da pena *constará necessariamente* da inicial. Já no artigo 644, ao tratar da execução, diz que o autor *poderá pedir*. A solução, entretanto, dentro do sistema brasileiro, é pedir-se tudo na inicial.

Relembre-se que o procedimento ordinário pode vir a agilizar-se, quando se trata apenas de controvérsia sobre direito, ou quando, sendo sobre o direito e sobre fato, encontrar-se o fato já provado por documento, ou quando ocorrer a revelia. Isso, entretanto, é uma simples vicissitude processual, o que não é igual à permanente e estrutural celeridade do rito.

Vai, por isso, aqui, uma confissão que é um desalento. A solução atual não satisfaz. Há enormes vazios conceituais e legislativos.

O tema pode ser analisado mais pelas omissões do legislador do que pelas disposições que o balizam. Assim, cabe indagar-se a respeito do montante da multa. Estaria limitada ao valor da obrigação descumprida? No caso negativo, até que vulto poderá atingir?

Quando começa a correr? Da inicial? Da citação? Da sentença de primeiro grau, ou do trânsito em julgado? Por que não é do vencimento e da exigibilidade da obrigação? Por que não se conta da exigibilidade dos títulos extrajudiciais que façam certa a obrigação descumprida? É tal pena inconciliável com outras sanções?

Deixando o legislador de prover a respeito, remete-se todo o problema para o Judiciário, lugar onde se busca a certeza e têm fim as controvérsias.

Recorde-se que a unidade do Direito exige uniformidade de interpretação e de aplicação.

Esquecer isso e placentar soluções díspares, é ferir e violar o grande dogma democrático da igualdade de todos perante a lei e

manter sem razão e por longo tempo uma situação de insegurança, ainda que parcial e limitada.

Bases para uma Nova Construção Legislativa

O desfile de insuficiências e perplexidades convida-nos a sérias reflexões, mormente quando consideramos as altas contribuições de Portugal e do Brasil para a Ciência Universal do Direito.

As experiências e vivências brasileiras nos credenciam para propor uma volta a tema tão relevante e de reclamados préstimos, uma verdadeira necessidade dos povos, enfatizada pelo grande descompasso entre a celeridade da vida e a lentidão da prestação jurisdicional.

É indispensável para a paz social que cada um cumpra a obrigação que lhe toca. A prestação de um é o bem da vida do outro. As contribuições se sucedem e se alternam e é isso a razão e a base da vida em sociedade.

O cumprimento específico e oportuno das obrigações deve ser perseguido sempre e somente é de afastar-se, ou de renunciar-se, quando se tornar impossível. É que a prestação de um já é necessidade, expectativa e direito de outros.

Não é a negativa arbitrária do devedor em prestar aquilo a que está obrigado por lei ou por convenção que leva à renúncia à execução oportuna e *in natura*, mas tão-somente a real impossibilidade de obter-se a prestação.

Conhece o Direito brasileiro vários remédios prontos e eficazes para a defesa de direitos. O primeiro deles, o mais famoso e aplicado, é o *habeas corpus*, empregado para a defesa do *ius ambulandi*, ou seja, do Direito de ir e vir e de estar. É remédio que tanto repara prontamente, quanto previne a violência e a coação (CF, art. 153, § 20).

O segundo é o mandado de segurança, também remédio processual constitucional, destinado a proteger direito líquido e certo não amparado pelo *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 153, § 21).

São proteções céleres, quase que imediatas, obtidas em procedimento de invejável agilidade. Os atos processuais são mínimos, o essencial para caracterizar a controvérsia, o que se obtém pela inicial, que pode estar desacompanhada de qualquer prova documental, e pela informação da autoridade impetrada, qualquer que seja o relevo do seu cargo. Ouvido o Ministério Público, em sua missão de *custos legis*, estará o juiz já habilitado a decidir.

Aumentam os préstimos desses remédios, quando obtém o impetrante a medida liminar.

Como se sabe, são as liminares um tema relevante em nossa doutrina e no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio dela, pode o autor obter, no limiar da lide, aquilo que normalmente só iria receber com o trânsito em julgado da sentença. Nós a encontramos junto à proteção possessória, à nunciação de obra nova e no mandado de segurança.

Não é de ser confundida com as medidas cautelares tese não pacífica entre nossos juristas. Para nós, existe diferença ontológica entre elas. Enquanto a cautelar é neutra e indiferente ao sentido do desfecho da lide, destinada que é a prevenir danos jurídicos ou não, e a assegurar o resultado útil do processo, a liminar já é a entrega antecipada e provisória do pedido. Aqui o juiz age como se adiantasse a prestação jurisdicional. Seu mérito intrínseco está em não deixar que dure ou viva situação contrária ao Direito.

Se temos uma perfeita asseguaração do exercício de direitos contra a Administração Pública e contra o Poder, como acontece com o mandado de segurança contra ato judicial, a obrigatoriedade da abertura de créditos para atender às condenações dos entes públicos, e a cronologia dos pagamentos das condenações da Fazenda, outros direitos existem igualmente relevantes, privados de proteção judicial pronta e eficaz.

O direito à prestação das obrigações de fazer e não fazer merece acolhida igual à proteção dada a outros direitos de natureza patrimonial, como já ocorre com a posse.

Hoje conhecemos a ação de execução — e não a velha ação executiva — que pode ter como base um título executivo extrajudicial. Eles são numerosos e variados.

Os instrumentos não judiciais, públicos ou particulares, revestidos de todas as formalidades legais, que contenham obrigações bem definidas, como conceituá-los?

Que força é de se lhes atribuir?

A nosso parecer, são irrefutáveis títulos extrajudiciais, já que é apouca-los vislumbrar neles simples prova escrita, a ser examinada num procedimento qualquer de conhecimento.

Sendo, como são, prova completa da existência da obrigação e do seu conteúdo, bem como dos seus pólos ativo e passivo, é claro que estão a reclamar e a impor o reconhecimento maior dos seus altos préstimos.

Já se nos afiguram válidos e suficientes para, numa futura disciplinação, fundamentar a execução em que se pediriam a prestação recusada e as multas em que, por sua rebeldia, viesse a incidir o devedor.

De outro lado, tais títulos tranqüilizariam o juiz, quando expedisse o mandado *de solvendo* e cominasse a pena.

Descumprido esse, recuará a multa ao dia do vencimento da obrigação, houvesse, ou não, oposição ao preceito, uma vez que, desde então, já ocorrera a mora ou se caracterizara o inadimplemento.

Países novos em sua força e economia, países que buscam afirmação e espaço no conceito das nações, não podem descurar-se nossos ordenamentos jurídicos da vida e da proteção dos direitos das pessoas, desinteressando-se de sua pronta, completa e perfeita realização desde o momento em que se tornem exigíveis.

Eis por que, para um estudo conjunto, é trazida a cominatória à análise e crítica dos juristas portugueses e brasileiros aqui presentes, sendo certo que, do outro lado do Atlântico, hoje como ontem, amanhã como sempre, recebemos com avidez, agrado e proveito as lições dos grandes mestres desta Coimbra famosa, amada e imortal.