

SEM REVISÃO

Execução das obrigações de fazer e de não fazer ante a reforma do Código de Processo Civil brasileiro

José Raimundo Gomes da Cruz^(*)

Professor – SP

SUMÁRIO: 1. A tutela nas obrigações de fazer e de não fazer e a reforma do CPC. 2. O art. 461 do CPC, ante a Lei nº 8.952, de 13.12.1994. 3. Que restaria dos arts. 632/638 e 644/645 do CPC? 4. A execução da obrigação de fazer (artigos 632 e seguintes do CPC). 5. A chamada obrigação fungível (artigos 633 a 637 do CPC). 6. A problemática disputa entre interessados em prestar o fato (artigo 634). 7. Conseqüências da prestação do fato por terceiro (art. 635). 8. Inadimplemento ou mora do terceiro (artigo 636). 9. A preferência do credor quanto à prestação do fato (artigo 637). 10. As obrigações de fazer personalíssimas. 11. As obrigações de declaração de vontade (artigos 639/641). 12. As obrigações de não fazer (artigos 642/643). 13. As disposições comuns às precedentes (artigos 644/645).

1. Com a recente reforma do nosso CPC, tal matéria, que antes já se considerava como execução específica, ao lado da execução para a entrega da coisa (artigos 621/631), continuou regulada, basicamente, pelos dispositivos dos arts. 632 a 645 do CPC. Tem razão a manifestação da nossa melhor doutrina, quando considera a execução por quantia certa contra devedor solvente como “desaguadouro comum” das demais espécies de execução singular, exercendo assim “dupla função: serve, naturalmente, de meio para a atuação prática da norma jurídica concreta, quando se trata de dívida pecuniária *ab origine*; e também de expediente destinado a proporcionar ao credor prestação substitutiva. Na primeira hipótese, a execução por quantia certa é específica, tal como qualquer outra execução que tenha a obter para o credor, independentemente da vontade e da colaboração do devedor, a própria prestação, *in natura*, que este se achava obrigado a realizar. Na segunda hipótese, ela assume caráter subsidiário; e, visto que pode funcionar como sucedâneo, *in genere*, de qualquer outra espécie de execução, comumente se lhe aplica a designação de genérica”.⁽¹⁾

(*) Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e Professor de Pós-Graduação das Faculdades Metropolitanas Unidas.

Obs.: Notas Explicativas no final do artigo.

Quando tanto se fala na tutela dos direitos, convém lembrar noções relativas a tais direitos. E é no Livro III do Código Civil, Título I, das modalidades das obrigações, Capítulo II, que vamos encontrar as obrigações de fazer: “Art. 878. Na obrigação de fazer, o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente. Art. 879. Se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos. Art. 880. Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor, que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível. Art. 881. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, ou pedir indenização por perdas e danos.”

Se não houver a convenção mencionada no art. 878, ainda assim o caráter de “obrigação personalíssima poderá resultar das circunstâncias do caso. Se se contratou com um grande artista a pintura de um retrato, subentende-se que a prestação não poderia ter sido realizada por um aprendiz, nem mesmo por outro profissional de nomeada”.⁽²⁾ Não somente do texto do art. 880 se extraem consequências da obrigação personalíssima ou infungível, como se vê no art. 928 do Código Civil: “A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre os seus herdeiros.” No caso de impossibilidade da prestação, cogitar-se-á, previamente, da culpa: sem esta, resolve-se a obrigação, com a conduta culposa do devedor, este responde por perdas e danos.⁽³⁾ Não caberia, aí, “a execução compulsória”.⁽⁴⁾ Tal afirmação, como veremos, não resistirá às normas processuais incidentes na matéria, nos nossos dias. Outro problema relativo aos dispositivos sobre as obrigações de fazer consiste na recusa do devedor, mostrando-se relevante a natureza personalíssima ou não da obrigação: no primeiro caso, a obrigação se resolve por perdas e danos (artigo 880); já a chamada obrigação fungível poderá ser prestada por terceiro, à custa do devedor, ou resolver-se-á por perdas e danos, alternativa válida também para o caso de mora (artigos 881 e 955 e segs. do Código Civil).

Obrigação de não fazer “é aquela em que o devedor se compromete perante o credor a abster-se de algum ato ou a evitar algum fato de interesse jurídico, para o credor ou para terceiro”.⁽⁵⁾ O mesmo Código Civil, no Capítulo III, do Título I, do Livro III, já mencionados, dispõe: “Art. 882. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do fato que se obrigou a não praticar. Art. 883. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.”

Também aí, no caso de impossibilidade, a solução dependerá da ocorrência ou não de culpa: sem esta, o vínculo se resolve (artigo 882). No tocante à prática pelo devedor do ato a cuja abstenção se obrigara, também existiria faculdade do credor de exigir que o devedor desfaça seu ato, sob pena de ser desfeito à sua custa, pois, “se o credor não quiser utilizar-se dessa faculdade, a questão pode resolver-se pura e simplesmente pela cobrança de perdas e danos, conforme os preceitos gerais que regulam as conseqüências da inexecução das obrigações (arts. 955 e segs.; arts. 1.056 e seg.)”.⁽⁶⁾ Convém insistir em que tal visão não corresponde às normas processuais vigentes, especialmente em decorrência da recente reforma do nosso CPC.

2. Passemos ao art. 461 do CPC, resultante da Lei nº 8.952, de 13.12.1995, após desalojar dele a matéria agora abrigada no parágrafo único do artigo precedente.

Não se trata de novidade de pequena monta. Antes de examinarmos o dispositivo, devemos dizer que ele regula a chamada tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer. A matéria exige rememoração de seus antecedentes.

Algumas frases deveriam ficar com epígrafe, por sua harmonia, por sua eloqüência, pela inspiração particular que a torna verdadeiro emblema de certos assuntos. Tratando-se da tutela específica, a frase é da melhor doutrina peninsular: “*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”.⁽⁷⁾

Durante muito tempo certas idéias arraigadas não admitiam, caso o devedor não cumprisse obrigações de fazer ou não fazer, senão indenização pecuniária supostamente equivalente.⁽⁸⁾ Supostamente equivalente porque muitas vezes o recebimento de quantia em dinheiro mal serve de consolo para quem não obteve bem de outra espécie que tinha todo direito de esperar. Na raiz do debate travado está a origem da “adjudicação compulsória”, mal sabendo ou lembrando a maioria quanto custou tal sentença que substitui a declaração de vontade do promitente vendedor que se recuse a outorgar a escritura definitiva do imóvel, servindo de título para o registro deste em nome do promitente comprador.

A elegante argumentação chiovendiana soube demonstrar o engano da suposta ofensa à autonomia da vontade: “Quando se invoca nesse tema o princípio da autonomia das partes, arrisca-se a cair... num equívoco: este princípio tem larga esfera de aplicação no campo da constituição dos direitos, nenhum naquele do cumprimento. Ora, se a constituição de um direito (contrato definitivo) é devida em cumprimento de contrato anterior (preliminar), é claro que a autonomia das partes não importa. Ocorre aqui o que ocorre nos contratos em geral. As partes não estipulam contratos pelo prazer de trocarem declarações

de vontade, mas em vista de certas finalidades para a realização das quais entram reciprocamente em relação”.⁽⁹⁾

A busca da efetividade, aperfeiçoando-se o sistema processual “vigente, tem proposto verdadeiro arsenal de inovações, várias das quais introduzidas pela reforma, por etapas, do nosso atual CPC.”⁽¹⁰⁾

Assim, o *caput* do art. 461 deste, por força da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, passou a ter a seguinte redação: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

A mera consolação do equivalente em dinheiro nem sempre satisfaz. Aliás, nem sempre corresponde a verdadeiro equivalente. A solução a duras penas conseguidas para o suprimento da declaração de vontade, nos casos já pacíficos de sentenças de adjudicação compulsória de imóveis, loteados ou não, passa a ser possível em outras situações. Supera-se, assim, o velho brocardo latino *meno praecise ad factum ogi potest*.

A doutrina destaca, aí, a influência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990), em particular o seu art. 84.⁽¹¹⁾

Nem sempre o cumprimento específico da obrigação se mostrará possível, hipótese em que só restará o cabimento da tutela reparatória ou substitutiva, de acordo com o § 1º, do art. 461 do CPC, também resultante da Lei nº 8.952, de 13.12.1994: “A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

Note-se que, de acordo com o parágrafo seguinte, trazido pela mesma lei de 1994, a “indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)”. O legislador quis deixar evidente que o objetivo de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer não se limita nem guarda proporção com o valor econômico da prestação devida. Além da indenização, a multa destinada a vencer a resistência do devedor também será paga por este.

O § 3º do art. 461 do CPC, também introduzido pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, instituiu modalidade de tutela antecipatória e, portanto, constitui a outra modalidade então anunciada em que ocorre o *periculum in mora*: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.” Torna-se eviden-

te o enriquecimento daquilo que chamamos de arsenal de medidas capazes de proporcionar crescente efetividade ao processo civil entre nós.

A tutela antecipatória não se restringe ao disposto no art. 273 e seus parágrafos do CPC, também decorrentes da Lei nº 8.952, de 13.12.1994. Não concordamos com aqueles que vêem no dispositivo examinado mera tutela cautelar.⁽¹²⁾ Note-se que com tal expressão não se reduz o prestígio que as medidas de tutela instrumental de urgência possuem. Inegável, hoje, a demonstração de autônoma tutela antecipatória diferente da cautelar.⁽¹³⁾

Passando, agora, ao exame do *caput* do art. 273 do CPC, com a redação trazida pela Lei nº 8.952, cabe dizer que ele tem aplicação às duas hipóteses descritas nos seus incisos I e II. Portanto, antes da análise destes dois incisos, cabe interpretar o teor daquele: “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança e:”, somando-se o texto do inciso I ou, conforme consta deste, o conteúdo do inciso II.

O juiz poderá significaria mera faculdade? De modo algum. Sabe-se que, em termos rigorosamente teóricos, a relação jurídica processual se apresenta “composta de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas de cada um dos seus sujeitos: poderes, faculdades, deveres, sujeição e ônus”.⁽¹⁴⁾ A sentença constitui o desfecho, o epílogo do processo. Complexo de atos que se sucedem, sob o aspecto formal do procedimento, a relação jurídica que une seus sujeitos, entre os quais o juiz, atribui-lhes posições ativas (faculdades, poderes e ônus) e passivas (deveres e sujeições),⁽¹⁵⁾ mas o objetivo de tudo isso, no processo de conhecimento, está na solução formulada no ato final. Com esse ato, em sua plenitude, que corresponde à definição do direito a regular o caso concreto, nosso CPC chega a destacar que “o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional” (artigo 463, *caput*).⁽¹⁶⁾ Quer dizer, o juiz cumpre o seu dever. A propósito, o art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14.3.1979), que trata dos deveres do magistrado, considera o primeiro deles (inciso I): “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”. Comentando tal norma jurídica, dissemos: “O dispositivo ora comentado enuncia deveres do magistrado, não se tratando de enumeração taxativa. Deveres jurídicos porque previstos em norma legal. Poder traduz posição jurídica ativa e corresponde à permissão, pelo ordenamento jurídico, de certas atividades, distinguindo-se da faculdade porque a permissão que esta encerra é de conduta que se esgota na esfera jurídica do próprio agente, a atividade decorrente do poder, o dever, posição jurídica passiva, corresponde à exigência de determinada conduta...

Os atos judiciais, traduzidos em pronunciamentos ou não, devem ser praticados pelo juiz, que exigirá de outros sujeitos do processo, especialmente seus auxiliares, que também cumpram suas atribuições legais”.⁽¹⁷⁾

Se o legislador não escreveu deverá, e se o provimento indicado pelo legislador depende de apreciação de várias circunstâncias para que seja ou não seja deferido, não seria isto incompatível com o dever do juiz? Também enfrentamos tal ponto, a partir de necessária visão menos tradicionalista, notando que a discricionariedade “não constitui peculiaridade da atividade da Administração Pública, embora diga mais respeito a esta e tenha seu estudo feito pelos respectivos especialistas. Na ‘possibilidade de escolha, no âmbito de um dever, para a consecução de um fim previsto, consiste a discricionariedade do órgão público, totalmente distinta da indiscutível liberdade do sujeito privado’. Em matéria de provimento, no tocante aos ‘princípios dos processos jurisdicionais’, vale o que acabamos de afirmar: “também quando, para a determinação do seu conteúdo, os órgãos têm margem de escolha, trata-se de comportamentos de acordo com deveres, para os quais é preferível falar de deveres de conteúdo discricionário, de preferência aos usuais ‘poderes-deveres’”.⁽¹⁸⁾

A promessa da tutela jurisdicional,, que acarreta o dever do juiz, com a Constituição de 1988, passou a abranger, de modo expresso, a mera ameaça a direito.⁽¹⁹⁾

Em seguida, o dispositivo legal que examinamos afasta a atuação de ofício do juiz, em consonância com o disposto no art. 2º do CPC: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.” A iniciativa da parte (artigo 262 do CPC) se inspira na necessidade de preservação da imparcialidade do juiz. Este, já não podendo prestar, espontaneamente, a tutela jurisdicional comum, muito menos estará apto a prestar a antecipada. Ao juiz caberá, pois, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida na petição inicial. A tutela pretendida na petição inicial é a principal, admissível em processo de conhecimento, seja o procedimento comum ou especial, ou até no próprio processo de execução.⁽²⁰⁾ Apesar de alguma hesitação a respeito da extensão da tutela, parece-nos demasiadamente claro seu cabimento total ou parcial. Os efeitos da tutela principal coincidem com o pedido formulado na peça inaugural do processo (artigo 282, inciso IV, do CPC, com as adaptações para os diversos procedimentos). Antecipar tais efeitos corresponde a admitir execução *lato sensu* antecipada, quer dizer, não apenas as modalidades do Livro II do CPC.

Contudo, para o adiantamento dos efeitos do provimento final do processo, o *caput* do art. 273 do CPC, com a reação trazida pela Lei nº 8.952, de

13.12.1994 impõe restrição: desde que, existindo prova inequívoca, o juiz se convença da verossimilhança da alegação.

Prova inequívoca tem sido interpretada de modos diversos. Desde a prova testemunhal, através de extensão analógica do disposto no art. 461, § 3º, quanto à justificação prévia, citado o réu, de acordo com a mesma Lei nº 8.952, de 13.12.1995, até a mesma prova exigida para o julgamento do processo principal.⁽²¹⁾

Destaque se atribui à prova documental, para nós, ao contrário do que ocorre no mundo anglo-saxônico,⁽²²⁾ dotada de credibilidade imensa. Note-se que isso, de certo modo, desmente à apregoada oralidade do nosso processo, assim como a persuasão racional da apreciação da prova pelo juiz. Em comentário a acórdão, já se sustentou, com razão, inegável hierarquia das provas em nosso sistema processual civil, embora se reconheça que o exame depende de cada caso concreto.⁽²³⁾

O § 2º do art. 421, com a redação resultante da Lei nº 8.455, de 24.8.1992, traz novidade que a torna a nossa prova pericial mais flexível, dotada de oralidade semelhante à do modelo anglo-americano:⁽²⁴⁾ “Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado”.⁽²⁵⁾ Digno de reflexão continua o teor do Art. III, Seção 3, da Constituição dos Estados Unidos: “Traição contra os Estados consistirá apenas em guerrear contra eles, ou em aderir aos seus inimigos, dando-lhes ajuda ou acolhida. Ninguém será condenado por traição, salvo pelo depoimento de duas testemunhas do próprio ato manifesto ou por confissão em plena corte.” Principalmente se comparado, por exemplo, ao disposto nos arts. 400 e 401, do CPC, segundo os quais, a prova testemunhal conquanto sempre admissível, não havendo disposição legal em contrário, será indeferida sobre fatos “já provados por documento ou confissão da parte” ou “que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”, do mesmo que a prova “exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que forem celebrados”.

Forçosa, contudo, parece-nos a preferência pela prova documental, desde que com isso não se confundam papéis, principalmente particulares, que sequer contenham requisitos mínimos da prova testemunhal (abaixo-assinados, declarações de quem produz o documento particular etc.).

Por outro lado, além de existir prova inequívoca, o *caput* do art. 273 se refere ao fato de que o juiz se convença da verossimilhança da alegação. A verossimilhança não atinge o nível da certeza, mas supera o mais ínfimo da

dúvida. A mesma hierarquia pode partir do possível, passando pelo provável, enfim, chegando também ao certo. Verossímil significa “semelhante à verdade; que parece verdadeiro... que não repugna à verdade, provável”.⁽²⁶⁾ Verossímil também corresponde ao “que é semelhante à verdade, sem ter a pretensão de ser verdadeiro (no sentido, por ex. de apresentar um fato ou um conjunto de fatos). Portanto, um conto, p. ex., um romance ou uma tragédia, por ser V. sem ser minimamente provável, sem que exista alguma probabilidade de que os fatos mencionados se verificaram ou se verifiquem. Nesse sentido, o conceito de V. foi empregado constantemente no domínio da estética de Aristóteles em diante. ‘Contar coisas efetivamente acontecidas, dizia Aristóteles, não é tarefa do poeta mas, antes, a de representar o que poderia acontecer, isto é, as coisas possíveis segundo verossimilhança ou necessidade’... Nesse sentido o V. é o caráter de enunciados, teorias e expressões que não contradizem as regras da possibilidade lógica ou as das possibilidades técnicas ou humanas. Um acontecimento humano imaginado é V. se este é julgado conforme ao comportamento comum dos homens ou encontra explicações ou apoio neste comportamento”.⁽²⁷⁾

Falando de prova inequívoca, já deixamos claro que ela não coincide, necessariamente, com a prova que permite o julgamento definitivo. Cabível, portanto, parece-nos o juízo de probabilidade, que preferimos não chamar de aparência,⁽²⁸⁾ De resto, a doutrina e a jurisprudência muito contribuirão para a construção do conceito adequado.

O inciso I, do art. 273 do CPC, com a redação decorrente da Lei nº 8.952, de 12.12.1994, ao disposto no *caput* do mesmo artigo, acrescenta a exigência de que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Neste dispositivo, principalmente em razão do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, expressão doutrinária recente insiste em encontrar o *periculum in mora*, característico da tutela cautelar,⁽³⁰⁾ requisito que também estaria presente no art. 461, § 3º, do CPC, igualmente resultante da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, de modo a considerar cautelar a natureza de tal tutela antecipatória, contra a opinião dominante. O perigo dessa demora seria aquele relacionado com a duração do processo.

Certamente daí decorre manifesta vantagem: a possibilidade de utilização do disposto no Livro III do CPC, em particular no seu art. 798: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Não convém esquecer que, apesar do teor de tal dispositivo legal, também o perigo resultante de “fato natural” poderá adiar o contraditório.⁽³¹⁾ Em nosso estudo sobre a tutela cautelar já citado, especialmente no seu sucinto tópico comparativo, notamos a preocupação com a observância, ainda que posterior, da efetiva ciência e eventual participação do adversário do requerente da medida cautelar no procedimento relativo à sua concessão. Diante dos dispositivos em exame do nosso CPC, o adiamento da citação do requerido se mostra sempre excepcional e fica sujeito à contracautela do art. 804, a critério do juiz.

Quem pretenda a tutela antecipada deve demonstrar receio fundado de dano irreparável ou de difícil reparação, o que corresponde, quanto ao art. 461, a que o provimento final se mostre ineficaz. Em qualquer dos casos, estamos diante de conceitos abertos, *standards* jurídicos, até hoje rebeldes aos limites de uma definição: “Do dano irreparável cogita de há muito a legislação luso-brasileira, sem que jamais tenha sido precisado. Perdura ainda a lição contida nas Ordenações Afonsinas, que remontam ao longínquo início do século XV. Nelas está dito (L. III, T. LXXII. § 6º) que deve ser como tal considerado se, cumprida a decisão, não mais se puder ‘recobrar’ o dano decorrente da prática do ato determinado ou negado. Transcorrido todo esse tempo, ninguém logrou ir além do que preconizam as Ordenações: devem os juízes proceder de semelhante a semelhante, ou seja, ficará sempre ao prudente arbítrio dos magistrados diagnosticar a irreparabilidade do dano e evitá-lo. A outra exigência coincide com a que prevê a lei do mandado de segurança para autorizar a suspensão liminar do ato impugnado. O risco de a sentença final vir a cair no vazio é dano que pode ser irreparável; os dois requisitos, distintos na forma, no fundo convergem”.⁽³²⁾ De qualquer modo, basta receio fundado de dano de difícil reparação, não se exigindo fique demonstrado sempre o receio fundado de dano irreparável.

O inciso II do art. 273 do CPC, apresenta-se como alternativa, sendo preferível a sua leitura, portanto, juntamente com a do *caput* do mesmo artigo: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e... II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa⁽³³⁾ ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

Em primeiro lugar, portanto, tudo aquilo que dissemos sobre o dever de conteúdo discricionário do juiz, sobre a iniciativa de parte, sobre a antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela do pedido inicial, sobre a prova inequívoca e sobre a verossimilhança da alegação, conta integral validade para o inciso II do art. 273 do CPC, com o teor que lhe trouxe a Lei nº 8.952, de 13.12.1994.

Neste caso, não existe o *periculum in mora* e até se fala em finalidade sancionatória da conduta do réu. Que o principal objetivo continua sendo o

benefício ao autor, em face da demora da tutela jurisdicional pedida na demanda principal, parece bem claro. E a iniciativa do autor visa, evidentemente, obter vantagem contra a conduta do réu. Tal conduta, a rigor, já pode estar contida, em termos sancionatórios, nos arts. 17 e 18 do CPC.

Até se pode afirmar que o abuso de direito de defesa se relaciona com os incisos iniciais do art. 17 do CPC, cujo *caput* considera “litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos”. Já o manifesto propósito protelatório do réu se ajusta melhor a outros dois incisos do mesmo art. 17 do CPC, segundo os quais se reputa litigante de má-fé aquele que: “IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; ...VI – provocar incidentes manifestamente infundados”.

Praticamente tudo que afirmamos sobre a tutela antecipada do 273, inciso I, do CPC, aplica-se à hipótese do art. 461, § 3º, do CPC: a relevância do fundamento da demanda supre, sem dúvida, a prova inequívoca e o convencimento acerca da verossimilhança da alegação; o justificado receio de ineficácia do provimento final corresponde ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; quanto à expressão é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificada prévia, citado o réu, vale o que afirmamos sobre o dever de conteúdo discricionário do juiz. Convém notar que a norma específica, contida no art. 461, § 3º, do CPC, torna explícita a solução, também válida para os casos do art. 273 do CPC, de a prova ser feita por justificção prévia, que impõe a citação do réu. De resto, não só a decisão que revoga ou modifica, a qualquer tempo, a medida antecipada, exige fundamentação, mas também a própria decisão que a concede.

Mas ainda haverá a possibilidade do uso das *astreintes*, que já se previa em nosso CPC, sem utilização na prática, contudo. Acontece que a efetividade da regra do cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer exige também nova mentalidade. As multas diárias a serem impostas ao réu, ainda que se trate de pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, deverão ser pesadas, para que atinjam à sua finalidade.⁽³⁴⁾

Note-se que a imposição de multa diária prevista no § 4º, do art. 461 do CPC, tem aplicação ampla: “O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diário ao réu...” Também convém salientar que para tanto não fica o órgão jurisdicional vinculado ao pedido expresso do autor: “...independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

Por último, o § 5º, trata das providências que o juiz pode adotar, de ofício ou a requerimento do interessado, com o objetivo de proporcionar a

tutela específica ou o resultado prático equivalente. São as “medidas de apoio”, segundo a doutrina.⁽³⁵⁾ Obviamente, como em muitos dispositivos legais análogos, o legislador preferiu exemplificar tais medidas: “...a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

3. Tudo que o legislador de 1994 programou para a matéria regulada pelo art. 461 do CPC “poderia encontrar embaraço na disciplina dos arts. 632 *usque* 638 e 644-645 do Código que prevê um processo de execução *ex intervallo* para as obrigações de fazer ou não fazer”.⁽³⁶⁾

A opção pelas perdas e danos, com a qual se conforma, resignadamente, a doutrina civilista citada no tópico nº 1 deste estudo, quase nunca satisfaz, realmente, em particular nos casos de direitos personalíssimos ou da tutela do interesse coletivo, ou, mais exatamente, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A tutela jurisdicional específica no novo art. 461 do CPC torna evidente que “a conversão em perdas-e-danos” ocupa “o último lugar na preferência do legislador. Ela se define como medida substitutiva do objeto da obrigação original e o direito moderno evolui no sentido de oferecer ao credor precisamente aquilo a quem tem direito (sempre, Chiovenda)”.⁽³⁷⁾

Não se nega que, em princípio, a execução das obrigações de fazer e de não fazer dos arts. 632 e seguintes do CPC se considere específica. Nem se ignoram “as grandes dificuldades que essa execução enfrenta, devidas à facilidade com que o obrigado pode resistir a ela e muitas vezes ao caráter personalíssimo da obrigação exequenda. Mas o novo dispositivo pensa em remediar essas dificuldades mediante duas ordens de medidas. De um lado, importou do Código de Defesa do Consumidor a adoção de severas medidas de apoio (art. 461, § 5º), de cuja concreta utilização se esperam resultados capazes de encurtar o árduo caminho do credor, evitando talvez a necessidade de utilizar-se do processo de execução ou imprimindo-lhe novo ritmo e nova eficiência. De outro, disciplinou também com energia a imposição de multas, destinadas a pressionar a vontade do obrigado e levá-lo à conclusão de que lhe sairá mais barato cumprir sua obrigação do que arcar com as pesadas consequências do inadimplemento obstinado”.⁽³⁸⁾

Qual seria, então, a função atual dos arts. 632 e seguintes do CPC? Note-se que não houve mero esquecimento deles, por parte do legislador, que, através da Lei nº 8.953, de 13.12.1994, alterou a redação do primeiro deles: “Art. 632. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver determinado no título executivo.” O preciso comentário da doutrina destaca que a execução de “obrigação de fazer tanto pode fundar-se em título judicial (sentença) como em

título extrajudicial (cf. art. 585-II, 644-*caput* e 645-*caput*). Pelo direito anterior à Lei nº 8.953 de 13.12.1994, só podia ter por base sentença (a citação era para ‘cumprir o julgado’)⁽³⁹⁾.

Também por força da mesma Lei nº 8.953, de 13.12.1994, os arts. 644 e 645 e seus parágrafos sofreram alteração no sentido de “reforço do regime das *astreintes*, que sai da reforma revigorado e dotado de maior eficácia: assim se faz pela possibilidade de fixação de multa não somente na sentença condenatória, mas também no processo de execução, pela sua fixação mesmo *ex officio*; pela possibilidade de revisão do valor da multa diária, para mais ou para menos; pela projeção de todo esse sistema sobre as execuções fundadas em título extrajudicial”⁽⁴⁰⁾.

Não houve outras alterações no capítulo relativo à execução das obrigações de fazer e de não fazer.

Poder-se-ia pensar na manutenção das normas de tal capítulo (artigos 632/638 e 644/645) pelo fato já mencionado de que também o título extrajudicial passou a servir de fundamento à execução específica de que tratam tais artigos do CPC, tornando-se, obviamente inevitável a via executiva autônoma.

Acontece que o art. 644 se refere, expressamente ao processo de execução destinado “ao cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer determinadas em título judicial. *Quid inde* desse processo de execução? A abrangência do capítulo sobre execução de obrigações de fazer ou não fazer determinadas em título judicial só pode ser residual, sob pena de negar-se aplicação ao disposto no art. 461. Ou seja, se for possível ao juiz aplicar o regime das providências subrogatórias (§ 5º do art. 461), não haverá necessidade de processo de execução, salvo na hipótese de essas medidas resultarem frustradas, mostrando-se incapazes de levar ao atingimento do resultado prático equivalente ao do adimplemento. Se o juiz tiver imposto as *astreintes* antecipadamente ou na sentença, consoante os §§ 3º e 4º do art. 461, com fixação de prazo razoável para o cumprimento do preceito, nada mais restará a fazer *in executivis* (ressalvado o eventual processo de execução por quantia certa para o recebimento das multas)”⁽⁴¹⁾.

4. Cuidando, agora, da execução da obrigação de fazer, como regulada no art. 632 a 637 do CPC, que “tratam de prestação fungível”,⁽⁴²⁾ convém a transcrição integral do dispositivo: “Art. 632. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver determinado no título executivo.”

Sem voltarmos aos argumentos relativos ao disposto no art. 461 do CPC, nem ao tópico inicial sobre a obrigação de fazer, prevê-se a citação do executado para prestar o fato positivo (fazer), no prazo judicial ou no prazo por-

ventura constante do título executivo, ante o que já ficou constando, judicial ou extrajudicial.

5. No artigo seguinte, a diferença entre obrigação personalíssima ou não adquire relevância: “Art. 633. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização. Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.”

A escolha do credor ficou preservada até pelo avançado art. 461, § 1º, do CPC, com a redação trazida pela Lei nº 8.952/94.

Também não pode ser esquecido que o § 2º desse dispositivo passou insistir na cumulação da indenização com a multa.

O dispositivo não se alterou, apesar de também agora se admitir a execução da obrigação de fazer e de não fazer com base em título extrajudicial. Tratando-se de sentença, valem todas as normas que vigoram sobre o assunto (artigos 603 e segs., com as alterações resultantes da lei nº 8.898, de 26.6.1994).

Seguir-se-á, finalmente, a execução por quantia certa contra devedor solvente.

6. O art. 634 do CPC deve ser examinado nos seus vários desdobramentos, através de parágrafos. Em essência, ele regula a possível disputa entre interessados em prestar o fato positivo, que o devedor deixou de prestar. Guarda sintonia com o direito material, como vimos (artigo 881 do Código Civil). Talvez seja o dispositivo do CPC de menor incidência na prática.

Criticou-se o plural terceiros,⁽⁴³⁾ do *caput* do dispositivo: “Art. 634. Se o fato puder ser prestado por terceiros, é lícito ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aquele que o realize à custa do devedor.” Até pelo texto do art. 881 do Código Civil, ficaria melhor terceiro. Talvez o legislador tenha pensado na disputa entre vários interessados, quando preferiu o plural. Quanto a tal participante do processo, não se trata, evidentemente, de terceiro interveniente, nem, muito menos de parte, enquanto sujeito parcial principal do processo (artigos 46/80 e 499, *caput* e § 1º do CPC).⁽⁴⁴⁾ Trata-se de situação semelhante à do arrematante (artigos 690, § 1º e segs. do CPC). Também no caso existe a preocupação de, simultaneamente, proporcionar igual acesso de todos à obtenção de determinado bem e de tornar mais proveitosa a disputa em favor do titular do bem objeto da oferta pública e, em última análise, da própria execução. Em sintonia com o dispositivo anterior e o disposto no direito material, tal opção depende de requerimento do credor. E aí se manifesta o dever de conteúdo discricionário do juiz, de que falamos a respeito do art. 273, inciso I, do CPC, com a sua atual redação.

O § 1º do art. 634 estabelece: “O juiz nomeará um perito que avaliará o custo da prestação do fato, mandando em seguida expedir edital de concorrência pública, com o prazo máximo de trinta (30) dias.”

Nenhuma interpretação conseguirá evitar o dever expresso do juiz de nomear perito para avaliação do custo da prestação do fato por outrem que não o próprio devedor. Trata-se de precaução, para evitar que a exceção se mostre muito gravosa para o executado (artigo 620 do CPC, que não vale só para o juiz em suas decisões, pois o legislador cuida de evitar o desequilíbrio, já que o processo de execução, por força do art. 612 do CPC, “no interesse do credor”). A segunda parte do parágrafo sob exame se refere ao indispensável edital para chamamento dos interessados na concorrência pública. Com base na legislação própria, pode-se definir a concorrência como “a mobilidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital”.⁽⁴⁵⁾ O edital corresponde ao meio de chamamento de tais interessados, sendo seu prazo máximo de trinta dias antes da escolha da proposta mais vantajosa apresentada pelos concorrentes.

O § 2º faz exigência: “As propostas serão acompanhadas de prova do depósito da importância, que o juiz estabelecerá a título de caução.”

A caução constitui garantia de indenização, no caso, de possível falta de cumprimento da obrigação. Poder-se-ia até pensar em hipótese de tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade. Acontece, porém, que o legislador prefere valer-se de meio mais prático de atribuir seriedade à proposta de qualquer dos concorrentes. Também não se aplicam os dispositivos genéricos dos arts. 826 e seguintes do CPC, pois o legislador impôs, compulsoriamente, a caução em dinheiro. Obviamente, pela própria finalidade dela, o juiz não fixará em quantia meramente simbólica, nem em percentual elevado em relação ao custo da obra posta em concorrência, dificultando o acesso de licitantes.

Do § 3º, consta o seguinte: “No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolherá o juiz a mais vantajosa.”

O edital mencionado indicará o tempo e lugar do ato processual da execução. Abertas as propostas, o juiz escolherá a mais vantajosa. Como se sabe, a mais vantajosa não será necessariamente a de menor valor. A qualidade do serviço oferecido, do material a ser usado, por exemplo, conta pontos em matéria de vantagem da proposta.

O § 4º afirma: “Se o credor não exercer a preferência a que se refere o art. 637, o concorrente, cuja proposta foi aceita, obrigar-se-á, dentro de cinco

(5) dias, por termo nos autos, a prestar o fato, sob pena de perder a quantia caucionada.”

Sobre a preferência do próprio credor, falaremos a propósito do art. 637 do CPC. Tal prazo se conta a partir do momento em que o próprio credor não mais puder exercer sua preferência: cinco dias contados da escolha da proposta, conforme o parágrafo único do art. 637 do CPC. Há, portanto, ônus para o credor: se não usar a faculdade, deixa de realizar o interesse consistente na preferência em face do concorrente cuja proposta foi escolhida. Diferente não se mostra a situação do concorrente com a proposta vencedora. O termo nos autos indica que se trata de ato processual de que participa o escrivão.⁽⁴⁶⁾ A consequência de o concorrente de proposta vitoriosa não se obrigar no prazo de cinco dias será apenas aquela prevista no texto legal: perda da quantia caucionada.

O § 5º faz nova exigência: “Ao assinar o termo, o contratante fará nova caução de vinte e cinco por cento (25%) sobre o valor do contrato.”

A assinatura do termo perfaz o contrato, liberando-se a caução inicial. Contudo, o legislador vale-se, e com rigor, do mesmo meio para garantir o próprio cumprimento do contrato. A redação originária previa vinte por cento do valor do contrato, como caução, passando, por força da Lei nº 5.925/73 aos vinte e cinco por cento atuais.

O destino de ambas as cauções se encontra no § 6º: “No caso de descumprimento da obrigação assumida pelo concorrente ou pelo contratante, a caução, referida nos §§ 4º e 5º, reverterá em benefício do credor.”

Deixando o concorrente de obrigar-se, no prazo de cinco dias após os cinco dias para o credor exercer sua preferência, o credor beneficiar-se-á com a quantia da caução, o mesmo ocorrendo com a nova caução, se o contratante deixar de cumprir a obrigação assumida.

Enfim, o § 7º dispõe: “O credor adiantará ao contratante as quantias estabelecidas na proposta aceita.”

Nenhum esforço maior se exige para que se entenda por que todo esse esquema não tenha qualquer resultado prático. Talvez a precariedade maior da situação de qualquer interessado consista na preferência do credor em igualdade de condições. A elaboração da proposta somada à exigência da caução já desencoraja a participação na concorrência. O credor também fica em situação incômoda e arriscada, fornecendo as quantias que o contratante aplicará na prestação do fato, certamente até acima do percentual caucionado.

7. O art. 635 cuida da hipótese em que o contratante prestou o fato positivo: “Prestado o fato, o juiz ouvirá as partes no prazo de dez (10) dias; não

havendo impugnação, dará por cumprida a obrigação; em caso contrário, decidirá a impugnação.”

A execução se faz no interesse do credor, para sua satisfação. Preferida a opção de realização do fato por outrem, o credor é ouvido para declarar-se satisfeito ou não, enquanto o executado, que, afinal, será responsável pelas quantias adiantadas, manifestará sua eventual discordância, por possível modo mais gravoso da prestação do fato. Sem impugnação ou se o juiz entender que não há razão para o prosseguimento da execução, ele proferirá a sentença de que fala o art. 795 do CPC, pondo fim ao processo de execução. O artigo seguinte trata do caso de impugnação.

8. O art. 636 se refere a aspecto problemático do assunto: “Se o contratante não prestar o fato no prazo, ou se o praticar de modo incompleto ou defeituoso, poderá o credor requerer ao juiz, no prazo de dez (10) dias, que o autorize a concluí-lo, ou a repará-lo, por conta do contratante. Parágrafo único. Ouvido o contratante no prazo de cinco (5) dias, o juiz mandará avaliar o custo das despesas necessárias e condenará o contratante a pagá-lo.”

A opção da prestação pelo contratante alheio à relação processual do processo de execução traz a indesejável possibilidade de acréscimo de conflitos interesse. Descumprido o contrato, quanto ao prazo previsto, ou ao modo correto de levá-lo a cabo, o credor tem o ônus de pedir ao juiz autorização para concluí-lo, ou introduzir na obra os reparos necessários, por conta do contratante. Convém destacar que não se trata de mera faculdade, pois há prazo preclusivo para que o credor requeira o pronunciamento judicial.

O parágrafo único prevê prazo de cinco (5) dias para a manifestação do contratante. Não há desequilíbrio, já que as partes da execução tiveram dez dias comuns para sua eventual manifestação. Sem impugnação do contratante, não será fatalmente necessária a avaliação do custo, outro nome da perícia cabível no caso. Em seguida, o juiz proferirá sentença condenatória impondo ao contratante a prestação de pagar a quantia relativa aos reparos ou à conclusão da obra.

9. O art. 637, de certo modo, já foi antecipado: “Se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condição de oferta, ao terceiro. Parágrafo único. O direito de preferência será exercido no prazo de cinco (5) dias, contados da escolha da proposta, a que alude o art. 634, § 3º.”

Até pelo adiantamento já visto das quantias para o cumprimento da obra pelo contratante, mesmo acima do valor da caução, entende-se a preferên-

cia do credor. Contudo, o legislador se mostra extremamente ingênuo quando onera os chamados terceiros interessados até com caução, só para, eventualmente, “formarem o preço” pelo qual o próprio exequente ou alguém da sua confiança, sob a supervisão dele, tocará a obra. Basta ver que, abertas as propostas e escolhida a mais vantajosa, o credor ou exequente terá prazo prioritário de cinco dias para exercer a preferência assegurada no artigo ora comentado. A precariedade da situação dos possíveis concorrentes até prejudicaria a concorrência pública do art. 634, se já não houvesse outros inconvenientes tornando tudo isso verdadeira inutilidade.

Convém insistir em que, após o prazo de cinco dias da preferência do credor sem o exercício desta (parágrafo único do artigo 637), haverá o prazo de cinco dias para o concorrente com proposta vencedora obrigar-se por termo nos autos, sob pena de perder a caução inicial (artigo 634, § 4º).

10. Chega a vez das chamadas obrigações de fazer personalíssimas: “Nas obrigações de fazer, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente, o credor poderá requerer ao juiz que lhe assinie prazo para cumpri-la. Parágrafo único. Havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos, aplicando-se outrossim o disposto no art. 633.”

Bem mais importante do que a referência ao art. 633 do CPC, consiste em lembrar a norma do seu art. 461, após a reforma de 1994, pois a tutela específica por esta assegurada “abrange todas as obrigações de fazer ou de não-fazer, sem distinção, quanto àquelas, entre fungíveis e infungíveis (personalíssimas). Sabe-se que a resistência do obrigado é fonte de maiores dificuldades para o credor quando só por aquele a obrigação pode ser cumprida, mas tanto aí quanto nas obrigações de fazer fungíveis é lícito esperar pelo resultado final que é objeto da obrigação e só em caso de absoluta impossibilidade é que se dá a conversão em pecúnia. Daí o empenho do legislador pela satisfação em espécie, independentemente de qualquer distinção. Os meios de pressão psicológica (multas) e as medidas de apoio... têm cabimento qualquer que seja a obrigação de fazer ou não fazer. Sendo personalíssima a obrigação e resistindo invencivelmente o obrigado, tem-se aí um caso de impossibilidade e por isso desencadeia-se a conversão”.⁽⁴⁷⁾

Saliente-se que até o insolvente (artigo 751, e seus incisos, do CPC) pode ser citado para cumprir a obrigação de fazer, tendo o prazo fixado pelo juiz ou pelo título executivo para fazê-lo. Se houver recusa ou mora, contudo, os caminhos serão diversos. O crédito por perdas e danos seguirá o concurso universal da insolvência. Não se tratando de devedor insolvente, haverá a conversão em execução por quantia certa nos próprios autos, conforme o disposto no art.

633 e comentários feitos acima, a seu respeito, o mesmo valendo quanto à liquidação, de que trata seu parágrafo único.

11. A rigor, a matéria dos arts. 639 a 641 nem deveria integrar o Livro II do CPC, sobre o processo de execução, pois há consistente entendimento de que a tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade apresenta cunho cognitivo.⁽⁴⁸⁾ O próprio art. 639 o confirma: “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 se firmado.”

O discurso inicial sobre a famosa frase e a argumentação chiovendiana se dirigia contra o preconceito relativo à impossibilidade de suprir a manifestação de vontade, nos casos de obrigação de declaração de vontade, impondo-se, sempre, a frustração consistente na indenização em pecúnia. Sem os subterfúgios do Doge de Veneza, salvando ao mercador Antônio da exigência da libra de sua própria carne, por seu contrato com Shylock, que tanta indignação provocaram em Jhering, bastaria lembrar que não valem promessas de contratar ou de fazer declaração unilateral de vontade contra a ordem pública. Assim, em matéria de direitos personalíssimos, de estado das pessoas, de compromissos antenupciais não confirmados perante a autoridade que oficia os casamentos civis, em nada disso caberá a tutela jurisdicional específica, mas somente a indenizatória, por ventura cabível. Mesmo tratando-se de obrigação meramente patrimonial, eventual cláusula de arrendimento pactuada “exclui a possibilidade de aplicação do art. 639”.⁽⁴⁹⁾

Como a sentença proferida no processo de conhecimento de natureza constitutiva só exige, para que seus efeitos principais ocorram, de modo geral,⁽⁵⁰⁾ ato de registro público, afirma-se que, em vez de execução propriamente dita, tem lugar a chamada execução imprópria.

O art. 640 se refere aos contratos bilaterais: “Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.”

O art. 1.092 do Código Civil, *caput*, determina: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.” Trata-se, aí, da famosa *exceptio non adimpleti contractus*, em que alguns vêem manifestação de equidade, mas que conta o “mais lúdimo caráter jurídico”.⁽⁵¹⁾ Saliente-se ser norma de direito material que reforça a tutela do direito. O art. 640 do CPC se vale de tal forma para impor ao autor da demanda o cumprimento da presta-

ção ou a sua oferta, como condição para a tutela específica nas obrigações de declaração de vontade decorrentes dos contratos bilaterais de transferência de coisa determinada ou outro direito.

O art. 641 parece reforçar aquilo que já consta do art. 639: “Condenado o devedor e emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.”

A efetividade que daí pode resultar, e mesmo a resistência do pensamento jurídico romano e, modernamente, do francês, sugeriu a norma sobre a sentença que supre a declaração de vontade não emitida, acrescentando-se o rigor do trânsito em julgado dela. Afirmamos, acima, tratar-se de sentença constitutiva. Argumento tirado da obra legislativa costuma mostrar-se precário. Assim é que, por exemplo, o art. 76 do CPC, em matéria de denunciação da lide, afirma que a “sentença que julgar procedente a ação, declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo”. Devia constar, aí, condenará, até porque vale como título executivo. Portanto, ainda que o art. 641 fale em condenação do devedor, a sentença, na verdade, constitui nova relação jurídica de direito substancial, de modo algum correspondendo à atribuição de prestação ao réu da demanda.

12. Chega a vez das obrigações de não fazer: “Art. 642. Se o devedor praticou o ato, a cuja abstenção estava obrigado pela lei ou pelo contrato, o credor requererá ao juiz que lhe assinie prazo para desfazê-lo.”

Entre as medidas de apoio, para que se efetive a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, o art. 461 resultante da reforma de 1994 do CPC inclui o desfazimento de obras. A violação de norma legal ou de cláusula contratual caracterizada pela prática de ato vedado por tais regras de conduta permitem ao juiz, a requerimento do credor, que ordene o desfazimento, em determinado prazo.

O art. 643 cuida do não atendimento pelo executado: “Havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos. Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos.”

O legislador volta a impedir atividade judicial de ofício, impondo o pedido do credor, para que o juiz ordene o desfazimento do ato à custa do mesmo devedor. Infelizmente, o modo de efetivar isso deverá seguir o disposto nos arts. 634/637 do CPC, já que o desfazimento passa a ser uma prestação de fazer, de demolir, por exemplo. A obra de demolição será prestada, em tal exemplo, pelo concorrente que apresentar a proposta mais vantajosa, se o cre-

dor não se valer da sua preferência. Note-se que, mesmo desfeito o ato violador da norma jurídica ou da cláusula contratual, prevê-se indenização cumulativa, por ventura cabível.

O parágrafo único do art. 643 trata da impossibilidade do desfazimento do ato. Também aqui há paralelismo com o disposto no art. 461, § 1º, com a redação trazida pela reforma de 1994 do CPC: “A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”. Mesmo na execução, agora incluindo o título executivo extrajudicial, se o credor não preferir, desde logo, a indenização, só a impossibilidade admitirá a última escolha, como vimos: as perdas e danos, ou a tutela meramente reparatória.

13. Como disposições comuns às precedentes, o legislador tratou da multa, como meio de coerção psicológica ou a chamada execução indireta, em dois artigos, com redação resultante da Lei nº 8.953, de 13.12.1994, que a cada qual acrescentou um parágrafo. No primeiro deles, deixou claro o art. 644: “Na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida. Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.”

Tratando-se de execução de obrigação de fazer ou não fazer fundada em título executivo judicial, independentemente do disposto quanto à tutela antecipada ou a sentença (artigo 461 do CPC, conforme a Lei nº 8.952/94), já que no caso expresso de omissão da sentença, o juiz, mesmo de ofício, imporá multa diária⁽⁵²⁾ (*astreinte*, do direito francês) pelo atraso a partir do termo inicial pelo magistrado fixado.

O parágrafo único permite que o juiz da execução modifique o valor da multa, seja porque se tenha tornado insuficiente, seja porque tenha passado a ser excessivo. O perigo, aí, reside em o juiz não perceber que a multa não pode ficar em proporção necessária com a prestação, já que o objetivo de tal meio coercitivo consiste exatamente em forçar o devedor a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer.

O art. 645, enfim, dispõe: “Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo, se excessivo.”

A integração do título extrajudicial se mostra louvável, embora com a discriminação incabível do parágrafo único. Note-se que a redução da multa

não sofreu impugnação, porque não ofenderia o ato jurídico perfeito.⁽⁵³⁾ Tratando-se de instrumento da tutela jurisdicional dos direitos, voltado para a efetividade do processo, a contradição entre as normas constitucionais sobre a efetividade da jurisdição, de um lado, e sobre a segurança jurídica, do outro lado não se configura⁽⁵⁴⁾ (no caso, entre os incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988). O juiz tem o dever de conteúdo discricionário de fixar a multa coercitiva da obrigação de fazer ou não fazer, podendo, no caso de título executivo extrajudicial, determiná-la de modo a tornar efetivo o processo judicial. Ainda que para isso tenha de aumentar o valor fixado no documento respectivo.

BIBLIOGRAFIA

- Abbagnano**, Nicola. “Dicionário de Filosofia”. Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.
- Almeida Júnior**, A. “Lições de medicina legal”. 7ª ed. São Paulo, Editora Nacional, 1965.
- Aragão**, E. D. Moniz de. Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia”. In: Reforma do Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. “Comentários ao Código de Processo Civil”. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 2.
- _____. “Relatório sobre o tema: Medidas cautelares inominadas”. In: XI Jornadas Ibero-americanas de direito processual. Coord. José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: 1998.
- Azevedo**, Antônio Junqueira de. “Inexistência, invalidade e ineficácia”. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. V. 44.
- Bermudes**, Sérgio. “A reforma do Código de Processo Civil”. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995. “*Black’s law dictionary*”. 6ª ed., St. Paul: Minn, West Publishing Co., 1991.
- Carmona**, Carlos Alberto. “A prova pericial e a alteração do Código de Processo Civil”. In: Reforma do Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Saraiva, 1996.
- Castro**, Amílcar de. “Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. V. 8.
- Chiovenda**, Giuseppe. “*Dell’azione nascente deal contratto preliminare*”. In: *Saggi di dritto processuale civile*. Roma, Foro Italiano, 1930, v. 1.
- Cintra**, Antônio Carlos de Araújo. “Teoria geral do processo”. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- Cruz**, José Raimundo Gomes da. “A arbitragem na Lei nº 9.307”, de 23.9.1996. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- _____. “A autonomia do processo cautelar”. In: Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. “O controle jurisdicional do processo disciplinar”. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. “A garantia da tutela jurisdicional”. In: Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. “Lei Orgânica da Magistratura nacional interpretada”. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- _____. “Pluralidade de partes e intervenção de terceiros”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. “Pressupostos processuais, condições da ação e instrumentalidade do processo”. In: Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. “A sentença antes e depois da reforma do CPC”. In: Revista Forense. V. 341.
- Di Pietro**, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo”. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

- Dinamarco**, Cândido Rangel. “A reforma do Código de Processo Civil”. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. “Teoria geral do processo”. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- Fazzalari**, Elio. “*Istituzioni di diritto processuale*”. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 1989.
- Ferreira**, Aurélio Buarque de Holanda. “Novo dicionário da língua portuguesa”. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d.
- França**, R. Limongi. “Instituições de direito civil”. São Paulo: Saraiva, 1988.
- Greco Filho**, Vicente. “Direito processual civil brasileiro”. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996, v. 2.
- Grinover**, Ada Pellegrini. “Teoria geral do processo”. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”. In: Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.
- Guinchard**, Serge. “*Procédure civile*”. 21ª ed. Paris: Dalloz, 1987.
- Kane**, Mary Kay. “*Civil procedure*”. 3ª ed. St. Paul, Minn: West Publishing, 1991.
- Lopes**, João Batista. “Comentário”. In: Revista de Processo. V. 6.
- Machado**, Antônio Cláudio da Costa. “Tutela antecipada”. 2ª ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- Marinoni**, Luiz Guilherme. “Tutela cautelar, tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória”. In: AJURIS, v. 61.
- _____. “Tutela cautelar e tutela antecipatória”. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- Moreira**, José Carlos Barbosa. “Comentários ao Código de Processo Civil”. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5.
- _____. “O novo processo civil brasileiro”. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- Negrão**, Theotonio. “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Nery Júnior**, Nelson. “Atualidades sobre o processo civil”. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- Passos**, J. J. Calmon de. “Da antecipação da tutela”. In: Reforma do Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.
- Rivero**, Jean. “*Droit administratif*”. 14ª ed. Paris, Dalloz, 1992.
- Silva**, Ovídio A. Baptista da. “Processo de conhecimento e procedimentos especiais”. In: Revista dos Tribunais, v. 692.
- Theodoro Júnior**, Humberto. “As inovações no Código de Processo Civil”. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- Vincent**, Jean. “*Procédure civile*”. 21ª ed. Paris: Dalloz, 1987.
- Waline**, Jean. “*Droit administratif*”. 14ª ed. Paris, Dalloz, 1992.
- Yarshell**, Flávio Luiz. “Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade”. São Paulo: Malheiros, 1993.
- Zavascki**, Teori Albino. “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”. In: Reforma do Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. “O novo processo civil brasileiro”. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 222.
- (2) R. LIMONGI FRANÇA. “Instituições de direito civil”. São Paulo: Saraiva, 1988, pág. 600.
- (3) Sobre as perdas e danos, dispõe o Código Civil, no Livro III, Título II, Capítulo XIV: “Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação. Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato. Art. 1.061. As perdas, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional.”

- (4) FRANÇA, ob. cit., pág. 601.
- (5) FRANÇA, ob. cit., pág. 601.
- (6) FRANÇA, ob. cit., pág. 602.
- (7) GIUSEPPE CHIOVENDA. “*Dell’azione nascente dal contratto preliminare*”. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Roma, Foro Italiano, 1930, v. 1, pág. 110.
- (8) CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO atribui ao “dogma da intangibilidade da vontade humana, zelosamente guardado nas tradições francesas pandectistas” a geral aceitação de que “toda obrigação de fazer, ou de não fazer, resolve-se em perdas e danos, no caso de inexecução por parte do devedor (art. 1.142 do Código Civil francês)”. Daí o mérito de “pensadores como Chiovenda e Calamandrei” (A reforma do Código de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pág. 152).
- (9) CHIOVENDA, ob. cit., pág. 112.
- (10) Por exemplo, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA. “Processo de conhecimento e procedimentos especiais”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 692, págs. 40/47, onde ele sugeria sentenças liminares e imperativas, criticava a neutralidade judicial, o processo de conhecimento sem simultânea execução, a falta dos juízos de verossimilhança, o exagero dos nossos recursos, o desprestígio do 1º grau de jurisdição, as cumulações das “lides totais”, a falta de tutela diferenciada, que privilegie não a igualdade formal, mas a igualdade material. Também LUIZ GUILHERME MARINONI, empenhando-se em distinguir a tutela antecipatória da meramente cautelar, por ser aquela “tutela efetiva dos direitos que precisam ser realizados de forma urgente” (“Tutela cautelar, tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória”. In: *AJURIS*, v. 61, págs. 63/74).
- (11) DINAMARCO. “A reforma”, cit., págs. 149/150; NELSON NERY JUNIOR. “Atualidades sobre o processo civil”. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1995, págs. 75/76; VICENTE GRECO FILHO. “Direito processual civil brasileiro”, 11ª ed. São Paulo, 1996, v. 2, págs. 263/264.
- (12) SERGIO BERMUDEZ. “A reforma do Código de Processo Civil”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, onde se lê, à página 53: “Os §§ 3º e 4º regulam providência de natureza inquestionavelmente cautelar, cuja outorga, entretanto, não depende de ação autônoma. Trata-se de cautelar embutida no próprio processo cognitivo, como são, v.g., as liminares nas ações possessórias, no mandato de segurança, na ação popular, na ação civil pública.” HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, conquanto o faça menos explicitamente, parece orientar-se no mesmo rumo: “admitese, *in casu*, a antecipação de tutela, sob a forma de liminar, desde que ocorram os seguintes pressupostos: 1) seja relevante o fundamento da demanda (*fumus boni juris*); 2) haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*)” (“As inovações no Código de Processo Civil”, 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, pág. 18).
- (13) MARINONI, ob. e loc. cit. Ainda, “Tutela cautelar e tutela antecipatória”. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1992, págs. 118/119. No mesmo sentido, NERY JUNIOR, “Atualidades”, cit. págs. 49/53, págs. 49/53, 78 e 121. DINAMARCO não se empenha em estabelecer distinção (ob. cit., pág. 139), embora acabe destacando distinção relativa à autonomia do processo cautelar (pág. 148). Também cuidamos de destacar a autonomia do processo cautelar, como exigência da sua própria eficiência (cf. nosso estudo “A autonomia do processo cautelar”. In: *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1993, págs. 267/290).
- (14) ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO. “Teoria geral do processo”. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pág. 281.
- (15) CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, ob. cit., págs. 280/282, esclarecendo-se o motivo de não haver referência a obrigações e direitos de natureza processual. Esses autores não consideram o ônus como posição jurídica ativa. Acontece que eles o conceituam como facultades, mas após cuidarem das posições jurídicas passivas. Se o ônus não passa de “faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse”, parece que o mais importante está na “permissão (pelo ordenamento) de certas atividades”. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, tratando do recurso como ônus processual em face do dever, salienta que este é ordenado “à satisfação de interesse alheio, aquele à de interesse próprio” (“Comentários ao Código de Processo Civil”. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5, pág. 235).

- (16) JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ. “A sentença antes e depois da reforma do CPC”. *In*: Revista Forense, v. 341, págs. 143/144.
- (17) JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ. “Lei Orgânica da Magistratura nacional interpretada”. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, pág. 44.
- (18) JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ. “O controle jurisdicional do processo disciplinar”. São Paulo: Malheiros, 1996, págs. 276/277. Desenvolvemos o tema nas págs. seguintes. Valemo-nos, aí, principalmente, de citações de ELIO FAZZALARI (“Istituzioni di diritto processuale”. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 1989, págs. 275 e 231, 333, 400/401, 581, 583, 585 e segs., especialmente pág. 595 e *passim*).
- (19) JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ. “A garantia da tutela jurisdicional”. *In*: Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, págs. 16 segs., especialmente, pág. 35.
- (20) J. J. CALMON DE PASSOS admite a antecipação nos procedimentos especiais e no processo de execução (“Da antecipação da tutela”. *In*: Reforma do Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, ob. cit., págs. 189 e 213).
- (21) ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO. “Tutela antecipada”. 2ª ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. Ob. cit., págs. 43, 47, 471, 557 e 629. No extremo oposto, da instrução probatória madura, PASSOS, ob. cit., págs. 192, 193 e *passim*.
- (22) Segundo MACHADO, a expressão “prova inequívoca” deixa transparecer, “antes de tudo, a vontade da lei de exigir prova preconstituída para a concessão do provimento antecipado, assim, como acontece com o mandado de segurança que demanda ‘direito líquido e certo’” (ob. cit., pág. 397). Embora até tenhamos visto que esse autor admite a justificação, por analogia, em nota da mesma pág. 397 ele acrescenta: “Adotamos, como é notório, o pensamento de Agrícola Barbi para quem a liquidez e certeza do direito tem conotação processual e se identifica apenas “se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos”. Sobre o aspecto do contraste com o direito dos países do *common law*, cf. nota nº 83, em nosso “O controle”, cit., pág. 55.
- (23) JOÃO BATISTA LOPES. “Comentário”. *In*: Revista de Processo, v. 6, págs. 294/296.
- (24) Detido exame de verbetes relacionados à prova, especialmente *evidence*, no “*Black’s law dictionary*” convencem da complexidade da matéria, até pela notícia, por exemplo, do “*California Evidence Code*” (6ª ed. St. Paul: Minn., West Publishing Co., 1991, pág. 556, 2ª coluna). Parece subsistir a preferência pela prova oral, *e.g.*, quando MARY KAY KANE menciona “*proper evidence or testimony*” (“Civil procedure”, 3ª ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co, 1991, pág. 171). Ficou célebre a sentença de corte norte-americana, em investigação de paternidade movida em relação a Charles Chaplin, pela condenação deste, apesar da conclusão técnica excludente da paternidade (CRUZ, “O controle”, cit., pág. 73; também, A. ALMEIDA JÚNIOR. “Lições de medicina legal”. 7ª ed. São Paulo, Editora Nacional, 1965, pág. 373).
- (25) CARLOS ALBERTO CARMONA salienta que, em tal caso, a perícia se transforma “num verdadeiro depoimento técnico, à semelhança do que existe nos países da *common law*” (“A prova pericial e a alteração do Código de Processo Civil”. *In*: Reforma do Código de Processo Civil. Coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 543).
- (26) AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA. “Novo dicionário da língua portuguesa”. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d. pág. 1.454. Logicamente, verossimilhança significa a qualidade ou o caráter de verossímil.
- (27) NICOLA ABBAGNANO. “Dicionário de Filosofia”. Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982, pág. 962.
- (28) MACHADO, ob. cit., págs. 421 e 449.
- (29) Cf. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. “Inexistência, invalidade e ineficácia”. *In*: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 44, pág. 116, nota 4. Também JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ. “Pressupostos processuais, condições da ação e instrumentalidade do processo”. *In*: Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 609, nota 45.

- (30) MACHADO, ob. cit., págs. 273 e segs. e págs. 335 e segs., 628 e *passim*.
- (31) E. D. MONIZ DE ARAGÃO. “Relatório sobre o tema: Medidas cautelares inominadas”. In: XI Jornadas Ibero-americanas de direito processual. Coord. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. Rio de Janeiro: 1998, pág. 9.
- (32) E. D. MONIZ DE ARAGÃO inclui referência ao direito inglês, com a *interlocutory injunction* (“Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia”. In: Reforma do Código de Processo Civil. Coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 239).
- (33) Uma vez que já mencionamos as posições jurídicas ativas e passivas dos sujeitos da relação jurídica processual (notas 14/15 e texto correspondente), cabe notar que a “teoria dominante afirma a existência de obrigações e direitos subjetivos de natureza processual (entre eles, a própria ação)... Os que dizem ser a ação um direito público subjetivo (e, por extensão, afirmam a existência de direitos e obrigações de natureza processual) partem, naturalmente de concepções diferentes sobre o direito subjetivo: basta não ligá-lo necessariamente à ocorrência de um conflito de interesses, para que desapareça o óbice consistente na inexistência de conflito entre o autor e o Estado.” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, ob. cit., págs. 281/282).
- (34) Sobre as *astreintes*, cf. JEAN VINCENT e SERGE GUINCHARD (“*Procedure civile*”. 21ª ed. Paris: Dalloz, 1987, págs. 396/398 e *passim*). No âmbito do chamado contencioso administrativo francês, por todos, JEAN RIVERO e JEAN WALINE. “*Droit administratif*”, 14ª ed. Paris, Dalloz, 1992, págs. 191/195.
- (35) DINAMARCO, “A reforma”, cit., págs. 158/159.
- (36) ADA PELLEGRINI GRINOVER. “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”. In: Reforma do Código de Processo Civil. Coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 265.
- (37) DINAMARCO, “A reforma”, cit., pág. 156.
- (38) DINAMARCO, “A reforma”, cit., pág. 157.
- (39) THEOTONIO NEGRÃO. “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, nota nº 1 ao art. 632 do CPC. BERMUDEZ, a propósito dos arts. 632, 644 e 645 do CPC, após a recente reforma observa: “A compreensão dos dispositivos transcritos é facilitada pela lembrança de que a nova redação do art. 585, II, transformou em título extrajudicial o instrumento do qual, nas condições já previstas, conste obrigação de fazer ou não fazer” (ob. cit., pág. 93).
- (40) GRINOVER, “Tutela”, cit., págs. 264/265.
- (41) GRINOVER, “Tutela”, cit., págs. 265/266.
- (42) AMÍLCAR DE CASTRO. “Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v. 8, pág. 170.
- (43) NEGRÃO, ob. cit., nota 2 ao art. 634 do CPC.
- (44) Sobre tal ponto, cf. nosso livro, “Pluralidade de partes e intervenção de terceiros”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, especialmente págs. 13/16.
- (45) MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. “Direito Administrativo”. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, pág. 276. Como essa autora se refere ao gênero licitação, convém constar que esta se define “como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato” (ob. cit., pág. 254).
- (46) E. D. MONIZ DE ARAGÃO. “Comentários ao Código de Processo Civil”. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 2, pág. 22.
- (47) DINAMARCO. “A reforma”, cit., págs. 156/157.
- (48) Por todos, FLÁVIO LUIZ YARSELL. “Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade”. São Paulo: Malheiros, 1993, págs. 13, 26/28, 32, *passim*.
- (49) Cf. acórdão citado por NEGRÃO, ob. cit., nota 4c ao art. 639 do CPC.

- (50) A sentença que determina a instituição da arbitragem, à qual resista algum signatário de cláusula arbitral, valerá como compromisso arbitral” (artigo 7º, § 7º, da Lei nº 9.307, de 23.9.1996). Cf. também nosso livro com o título A arbitragem na Lei nº 9.307, de 23.9.1996. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, págs. 17/21.
- (51) FRANÇA, ob. cit., pág. 728.
- (52) Segundo NEGRÃO, só se “aplica à multa cominatória, não à compensatória ou moratória” (ob. cit., nota 1ª ao artigo 644 do CPC).
- (53) Cf. conclusão doutrinária citada por NEGRÃO, ob. cit., nota nº 4 ao art. 645 do CPC.
- (54) Cf. TEORI ALBINO ZAVASCKI. “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”. *In*: Reforma do Código de Processo Civil. Coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. São Paulo: Saraiva, 1996, págs. 144 e segs., especialmente págs. 145/150.