

CARLYLE POPP

**A TUTELA SUBSTITUTIVA DA VONTADE NAS OBRIGAÇÕES NEGOCIAIS
DE FAZER JURIDICAMENTE INFUNGÍVEIS.**

Dissertação de mestrado apresentada à coordenação do curso de mestrado em Direito mantido pela Universidade Federal do Estado do Paraná, Faculdade de Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, como requisito inicial para a obtenção do título de mestre em Direito.

**CURITIBA
1995.**

A Májeda, minha mulher, que mesmo quando quiseram fazê-la pequena, soube ser grande.

"O curso de sua vida era uma cadeia de experiências abaladoras, das quais sobressaía a luta heróica de uma alma que resistia a toda mediocridade, sem noção de que assim servia à própria mediocridade. Pois enquanto ele sofria e lutava pela moral de sua atividade espiritual, como convém a um gênio, empregando todas as forças do seu talento insuficiente para grandes realizações, seu destino silenciosamente o fizera descrever um círculo e voltar ao nada"¹.

1. MUSIL, Robert. O Homem sem Qualidades. p. 39.

SUMÁRIO

- ABREVIATURAS.....	p. 007
- AGRADECIMENTOS.....	p. 009
- I. INTRODUÇÃO.....	p. 011
- II. A EFETIVIDADE DO DIREITO, O PROCESSO E SEUS ESCOPOS.	p. 019
- III. O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES SOB O PONTO DE VISTO HISTÓRICO.....	p. 029
- IV. CONTRATO: OBSERVAÇÕES FUNDAMENTAIS	
IV.1. Contrato: Conceito, Visão Social e Historicidade.....	p. 039
IV.2. Contrato Preliminar.....	p. 046
IV.3. Negociações Preliminares, Puntução e Proposta..	p. 050
IV.4. Contratos Cíveis, Comerciais e de Consumo.....	p. 057
IV.5. Princípios Contratuais Básicos e de Consumo.....	p. 065
IV.6. Código do Consumidor e a Nova Visão Contratual..	p. 071
- V. OBRIGAÇÕES: ALGUNS TIPOS BÁSICOS	
V.1. Mundo Obrigacional: Idéia Geral.....	p. 082
V.2. Obrigações Pessoais e Reais.....	p. 084
V.3. Obrigações de Dar, Fazer e Não Fazer.....	p. 088
V.4. Fungibilidade e Infungibilidade das Obrigações...	p. 091
V.5. Obrigações Cíveis e Naturais.....	p. 094
- VI. A VONTADE E SUA MANIFESTAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	
VI.1. Negócios Jurídicos Bilaterais e Unilaterais.....	p. 096
VI.2. O Inadimplemento e a Mora.....	p. 102
VI.3. Efeitos do Inadimplemento.....	p. 110
VI.4. Não Cumprimento Imputável ao Devedor.....	p. 112
VI.5. Não Cumprimento não Imputável ao Devedor.....	p. 113
- VII. A REPARAÇÃO DO DANO NEGOCIAL - INSTRUMENTOS PARA A SUA EFETIVIDADE.	
VII.1. Notas Mínimas sobre a Execução.....	p. 119
a) finalidade.....	p. 119
b) execução direta e indireta.....	p. 120
c) limites.....	p. 125
VII.2. Ações Específicas.....	p. 136
a) cominatória.....	p. 137
b) adjudicação compulsória.....	p. 157
c) executiva de obrigação de fazer.....	p. 165
c.1) o direito alemão.....	p. 170
c.2) o direito francês.....	p. 173

c.3) o direito português.....	p. 175
c.4) o direito italiano.....	p. 182
d) perdas e danos e cláusula penal, cabimento individual, alternativo ou cumulado.....	p. 189
d.1) As perdas e danos.....	p. 189
d.2) A cláusula penal.....	p. 194
d.3) As perdas e danos e a cláusula penal no contrato preliminar inadimplido.....	p. 199

- VIII. O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E O DE PROCESSO CIVIL COMO ARTÍFICES DA TUTELA ESPECÍFICA

VIII.1. O Eventual Conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil.....	p. 206
VIII.2. Os Dispositivos Legais de Ambos Diplomas.....	p. 208
a) os arts. 30 e 35, I do CDC.....	p. 209
b) o art. 48 do CDC.....	p. 212
c) o art. 84 do CDC.....	p. 216
d) o art. 461 do CPC.....	p. 218
e) o art. 639 do CPC.....	p. 220
f) o art. 640 do CPC.....	p. 227
g) o art. 641 do CPC.....	p. 234

- IX. REQUISITOS LEGAIS PARA A TUTELA ESPECÍFICA

XI.1. Principais Aspectos de Relevância.....	p. 236
a) Inadimplemento.....	p. 236
b) Espontaneidade do Ato.....	p. 238
c) Registro.....	p. 239
d) Vênia Conjugal.....	p. 239
e) Elementos Necessários do Contrato Principal...p.	241
f) Existência de Direito de Arrependimento (exclusão pelo título).....	p. 242
g) Forma Especial.....	p. 250
XI.2. Requisitos Legais para a Tutela Específica.....	p. 251

- X. CASUÍSMOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS

X.1) Contratos Gratuitos (Empréstimo e Doação).....	p. 253
X.2. Casamento.....	p. 256
X.3. Obrigado Como Ente de Direito Público.....	p. 257
X.4. Obrigações de Natureza Cambial.....	p. 259
X.5. Compromisso de Compra e Venda.....	p. 260
X.6. Ações de Preferência.....	p. 260
a) Locação e Ação Renovatória.....	p. 261
b) Condomínio.....	p. 261
c) Locação de Coisa Comum.....	p. 262
d) Aquisição de Imóvel Arrendado.....	p. 262
e) Preempção.....	p. 262
X.7. Acordo de Acionistas.....	p. 263
X.8. Obtenção de Quitação.....	p. 264
X.9. Liberação, Exoneração e Preservação do Benefício de Ordem na Fiança.....	p. 264
X.10. Impossibilidade na Emissão da Declaração de Vontade.....	p. 266
X.11. Declaração Unilateral de Vontade.....	p. 266
X.12. Hipótese de Transferência de Imóvel Hipotecado..p.	267
X.13. Efeitos Causa Mortis.....	p. 267

X.14.	Falência e Concordata.....p.	268
X.15.	Arras e Sinal de Negócio.....p.	269
X.16.	Suprimento de Consentimento.....p.	273
X.17.	Promessa de Cessão da Posição Contratual.....p.	273
X.18.	Contratos de Sociedade.....p.	274
X.19.	Legislação Antitruste.....p.	275
X.20.	Promessa de Depósito.....p.	276
X.21.	Promessa de Trabalho.....p.	277
X.22.	Promessa de Partilha.....p.	277
X.23.	Promessa de Permuta e de Dação em Pagamento.....p.	278
- XI.	QUESTÕES PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS	
XI.1.	Aspectos Procedimentais.....p.	279
XI.2.	Relação Jurídica Processual.....p.	280
XI.3.	Sentença e seus Efeitos.....p.	282
XI.4.	A Execução Imprópria.....p.	286
XI.5.	Recursos e Coisa Julgada.....p.	287
XI.6.	Tutela Cautelar, Antecipatória e Satisfativa...p.	288
- XII.	CONCLUSÕES.....p.	298
- XIII.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....p.	302

ABREVIATURAS

AC - Antes de Cristo
ACP - Ação Civil Pública
AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul
Art. - Artigo
ATA - Arquivo dos Tribunais de Alçada do Rio de Janeiro
BGB - Código Civil Alemão
Bol. AASP - Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo
CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC - Código Civil
C/c - Combinado com
CDC - Código de Defesa e Proteção do Consumidor - Lei nº 8078/90
Cf. - Conferir
CF - Constituição Federal
Coms. - Comentários
CONDGs - Condições gerais dos contratos
CPC - Código de Processo Civil
CP - Código Penal
CPP - Código de Processo Penal
DC - Depois de Cristo
DJU - Diário da Justiça da União
D.O.U. - Diário Oficial da União
ENTTA - Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada
Inc.(s) - Inciso(s)
JB - Revista Jurisprudência Brasileira
JCPC - Jurisprudência do Código de Processo Civil e Leis Processuais Extravagantes. Juruá Editora.
JTA - Julgados dos Tribunais de Alçada Cível de São Paulo
LACP - Lei da Ação Civil Pública - Lei nº 7347/85
LICC - Lei de Introdução do Código Civil
_in. - Ministro
_P - Medida Provisória
_R - Nota de rodapé
Ob. cit. - Obra citada
P. - Página
Parág. - Parágrafo
PJ - Revista Paraná Judiciário
RBDP - Revista Brasileira de Direito Processual
_DC - Revista de Direito Civil
_E - Recurso Extraordinário
_el. - Relator
REsp. - Recurso Especial
RF - Revista Forense
_JTANG - Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais
RJTJERGS - Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
RJTJESP - Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São

Paulo

RSTJ - Revista do Superior Tribunal de Justiça

RP - Revista de Processo

RT - Revista dos Tribunais

RTFR - Revista do Tribunal Federal de Recursos

RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência (do STF)

S(s) - Seguinte(s)

SDE - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

SPE - Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda.

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TA - Tribunal de Alçada

TFR - Tribunal Federal de Recursos

TJ - Tribunal de Justiça

TRF - Tribunal Regional Federal

UFIR - Unidade Fiscal de Referência

URV - Unidade Real de Valor

V. - Ver

Verif. - Verificar

V.g. - *Verbi gratia* (por exemplo)

Vol. - Volume

ZPO - Código de Processo Civil Alemão

AGRADECIMENTOS

Talvez este seja o momento mais difícil de toda esta jornada, pois se acaba cometendo algumas injustiças, esquecendo-se de pessoas e instituições fundamentais para o término do presente trabalho. Se tal acontecer, não foi fruto de vontade, mas decorrência do acaso.

Em primeiro plano deve-se lembrar a figura do orientador, Prof. Dr. LUIZ GUILHERME MARINONI, que procurou dar a tranqüilidade necessária para que o trabalho se desenvolvesse a contento, diminuindo-se os atropelos e inseguranças, tão comuns nestes instantes, contribuindo com muito dos resultados alcançados.

Lembro, igualmente, a administração da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Faculdade de Direito de Curitiba, onde leciono a disciplina de Direito Civil, sensíveis às dificuldades temporais limitadoras do magistério. Acrescento que a bolsa auxílio recebida da primeira muito colaborou na aquisição de algumas obras pesquisadas.

Os meus alunos, durante este período turbulento, em sua grande maioria, igualmente, souberam compreender as dificuldades atinentes ao encargo assumido.

O amigo e advogado CESAR AUGUSTO MORENO de Maringá/PR foi de extremo despreendimento ao emprestar uma obra, então esgotada.

Fundamental, igualmente, foi a colaboração das bibliotecárias e servidores da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, especialmente da LOIRI ANTONIA SPADER, sem a qual as dificuldades comuns seriam ainda maiores.

A compreensão de muitos merece lembrança, especialmente dos colegas de escritório, nos momentos - poucos é verdade - em que a atividade advocatícia ficou em segundo plano.

Lembro, outrossim, do Dr. AMINTAS DE ALENCAR CUNHA BORGES, advogado que realizou a correção ortográfica final, bem como da Prof.^a MONICA, responsável pela análise preliminar.

Minha mulher, igualmente, soube compreender as limitações do convívio familiar que esta tarefa impunha.

Impossível olvidar o Prof. JOSÉ ERNANI DE CARVALHO PACHECO, amigo de todas as horas, e constante incentivador de novas pesquisas, atitude que torna mais gratificante esta extenuante tarefa.

Por fim, a todos aqueles que de alguma forma colaboraram para a ultimização desta monografia ou que, com a sua passividade, não impediram o seu desfecho.

I. INTRODUÇÃO

O direito existe para se realizar, não sendo correto que, através do processo, o interessado receba menos do que alcançaria com o adimplemento voluntário.

O processo, destarte, deve cada mais se utilizar de meios eficazes para que o direito material, efetiva razão da existência do processo - instrumento para a realização do direito substancial - torne-se efetivo².

Um dos meios de proporcionar eficácia às relações privadas é tornar efetiva a manifestação de vontade ocorrida em negócios jurídicos, quer unilaterais, quer bilaterais, gerando uma decisão que conceda à parte prejudicada pelo não cumprimento tudo aquilo que receberia se o outro contratante honrasse seu compromisso.

Tal possibilidade jurídica é reflexo da modernidade processual, marcada por novas legislações que propiciam e incentivam a tutela específica, entre as quais se destacam o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, bem como a recente lei anti-

2. Isto porque, como lembra BEDAQUE (Direito e Processo... p. 56), "a utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito, nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários". Ou, como afirma mais adiante (ob. cit. p. 57), "é preciso que a tutela jurisdicional seja o meio apto a atender às necessidades decorrentes de cada situação da vida, isto é, de direito substancial".

truste.

Não obstante, é comum levantar-se óbices para a efetivação destas convenções inadimplidas, quer com relação à possibilidade de substituição do título pela sentença, quer em decorrência da própria vontade excludora desta possibilidade no próprio título.

Por outro lado, a doutrina mais tradicional exclui do alcance da tutela específica alguns negócios jurídicos, como a promessa de doação, bem como nas hipóteses em que o alcançado pela decisão judicial seja pessoa jurídica de direito público.

Todavia, estes obstáculos tem que ser vencidos pelo intérprete de modo que a tutela substitutiva da vontade passe a ser a regra e não a exceção.

Para se viabilizar tal desejo comum aos amantes da efetividade do direito, foi necessário derrubar alguns preconceitos doutrinários e jurisprudenciais existentes, como a aplicação restrita do Código de Defesa do Consumidor às relações que não sejam propriamente de consumo.

A escolha do título procurou deixar claro o alcance da pesquisa, bem como o objetivo que a demanda visa: substituir a vontade do devedor inadimplente. Limita-se, porém, ao menos o conteúdo monográfico, aos negócios jurídicos - por isto obrigações negociais - que tenham por conteúdo uma obrigação de fazer juridicamente infungível.

Para tanto dividiu-se o trabalho em dez capítulos, dando-se ênfase mais acentuada ao direito material, pois somente através de conceitos claros oriundos deste é que se poderá dimensionar o real alcance das regras processuais próprias. A visão do

trabalho, destarte, é de um civilista e por este ângulo a maioria das questões são tratadas.

Inicialmente, com sustentáculo decisivo em DINAMARCO³ e MARINONI⁴, procurou-se estabelecer aspectos básicos da efetividade do direito e do processo, com o descortinamento das finalidades deste, confirmadas decisivamente pelo trabalho inovador de BEDAQUE⁵.

Não se poderia suprimir a evolução histórica da responsabilidade obrigacional, justificadora da concepção humanizadora do direito pátrio - concebida em razão da forte influência recebida do direito lusitano e gaulês - que resulta na quase exclusiva responsabilidade patrimonial existente atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

É através, porém, da análise do contrato e de sua evolução histórica - iniciadora de uma parte genérica e conceitual - que se chega à instrumentalização do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, responsável direto por inúmeros dos resultados deste trabalho. É aí que fica patente o atual alcance de

3. A referência é à obra Instrumentalidade do Processo.

4. Entre seus trabalhos, foi essencial Novas Linhas do Processo Civil e Tutela Cautelar e Tutela. Em outra obra de sua autoria (Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, p.38) textualmente assevera: "se o processo visa à efetividade do direito, imprescindível é que a tutela jurisdicional corresponda exatamente àquilo que se verificaria se a ação (= o agir) pudesse ser realizada no plano social. Ou seja, a tutela jurisdicional deve ser uma espécie de realização da tutela privada, isto é, da tutela que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição". Essa afirmação, entre outras considerada no texto, foi de grande inspiração para essa monografia.

5. A referência é à sua tese de doutoramento, Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo.

referido código às relações negociais contratuais, sejam elas de que ordem forem, às relações jurídicas que não forem propriamente de consumo.

Como decorrência desse alcance, traçou-se a distinção, já clássica entre os diferentes tipos de obrigações, enfatizando-se a juridicamente infungível, fundamental para o desenvolvimento deste estudo.

No capítulo seguinte encerra-se a parte conceitual, abordando-se a vontade e sua manifestação nos negócios jurídicos por intermédio de um paralelo entre inadimplemento e mora, bem como dos efeitos do descumprimento, especialmente quando ele for imputável ao devedor.

A instrumentalização da efetividade do direito material começa a ficar mais clara quando se inicia a abordagem dos meios para que tal mister seja alcançado. Assim, inicia-se uma ampla e vertical análise da ação cominatória; adjudicação compulsória; executiva de obrigação de fazer e das perdas e danos. Toda esta abordagem tem como pano de fundo a execução indireta e a direta, aquela como importante fonte de coação lícita à vontade do devedor, visando sempre a satisfação do direito material violado. Acrescente-se, a respeito que a protagonista de dita abordagem foi, efetivamente, a demanda contida nos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil, sendo as demais meras coadjuvantes e como tais foram abordadas.

Não obstante, o cerne de toda a pesquisa realizada encontra-se no capítulo VIII, no qual são analisados os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil que digam respeito à ação executiva de obrigação de fazer.

Veja-se que a insistência nesta terminologia não é decorrência do ressuscitamento da extinta ação executiva, mas declarada adesão à eficácia executiva da decisão que substitui a vontade do devedor, com sustentáculo em moderna doutrina, capitaneada pelo inesquecível PONTES DE MIRANDA⁶.

Neste mesmo capítulo o direito comparado, como em todo o texto, não foi olvidado. Analisa-se, assim, a tutela substitutiva da vontade inadimplida nos ordenamentos alemão, francês, português e italiano.

Na seqüência repisa-se os requisitos legais exigidos para a obtenção da tutela específica.

Antes do encerramento analisou-se, de maneira horizontal, os principais casuismos legais e doutrinários atinentes à efetividade da tutela substitutiva negocial inadimplida, preocupando-se, basicamente, com a ponderação de ser ou não viável a execução específica em cada uma delas.

Por fim, anteriormente às conclusões auferidas, finalizou-se com a análise de algumas questões fundamentais de caráter processual, entre elas a tutela cautelar e a antecipatória, bem como os efeitos da sentença que concede a tutela substitutiva.

Todavia, para se alcançar o produto acabado, foi necessário percorrer um árduo, porém necessário, caminho metodológico.

Frise-se que o presente estudo tem cunho eminente-

6. A respeito do tema v. capítulo XI quando são analisados os efeitos da sentença.

mente teórico, tendo em vista que a pesquisa foi limitada à legislação, às obras doutrinárias e à jurisprudência existente sobre a matéria, quer no direito pátrio, quer no estrangeiro.

Para se chegar ao âmago da questão objeto deste estudo e traçar o conteúdo supra descrito, algumas etapas básicas foram obrigatoriamente vencidas, sob pena de inexistir fundamento teórico para a discussão.

Buscou-se sempre não restringir a amplitude do tema, mas sim buscar uma perfeita integração entre todos os ramos do direito, especialmente do civil e do processual civil.

Para que haja êxito na análise do tema a ser abordado, não se prescindiu dos seguintes aspectos:

a) leitura geral assistemática: este ponto consistiu no levantamento geral da principal bibliografia (legislativa, doutrinária e jurisprudencial) sobre o assunto, quer do direito pátrio, quer do estrangeiro. Para tanto, fez-se indispensável visitar as bibliotecas jurídicas desta Capital, entre as quais se destacam aquelas das faculdades de Direito, a pública e a dos Tribunais de Alçada e Justiça deste Estado. Neste tópico enquadrou-se, inclusive, a confecção de fichário bibliográfico, a fim de que todo o conteúdo pesquisado situe-se dimensionado;

b) leitura específica sistematizada: de posse da formação geral conferida pelo item anterior, foram selecionados os títulos básicos e passou-se à elaboração das fichas de leitura, a fim de sistematizar e dimensionar o corpo-teórico do presente estudo;

c) organização do corpo-teórico: vencidas as etapas anteriores, passou-se à confecção, propriamente dita, do corpo do estudo em tela. Para tal, sistematizou-se um índice provisório do conte-

údo e realizou-se redação provisória deste estudo;

d) discussão com os especialistas: com o corpo teórico organizado, debateu-se o conteúdo com os principais especialistas da matéria, principalmente com o orientador da presente dissertação, a fim de que pudessem contribuir para com a pesquisa, acrescentando ou alterando tópicos deste estudo;

e) redação final: formada toda a idéia, alterando-se o que era necessário, teve-se, então, o texto pronto e acabado a fim de submetê-lo à banca examinadora.

Para vencer todas essas fases, adotou-se o seguinte cronograma de trabalho:

a) leitura geral assistemática: período compreendido entre os meses de Novembro de 1992 a Março de 1994;

b) leitura específica sistematizada: período compreendido entre os meses de Abril a Agosto de 1994;

c) organização do corpo-teórico: efetuada nos meses de Setembro e Outubro de 1994;

d) discussão com os especialistas e redação final: Novembro a Abril de 1995;

e) defesa da dissertação: programada para o mês de Junho de 1995.

Acrescente-se, por fim, que todo o esforço dispendido visa colaborar para uma modificação na realidade reinante, visando, nos termos da lição de DINAMARCO⁷, parafraseando CHIOVENDA, "proporcionar a quem tem direito à (sic) situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica precisa-

7. A Reforma do Código de Processo Civil. 2ª Ed., p. 149.

mente aquela situação jurídica final que ele tem o direito de obter".

II. A EFETIVIDADE DO DIREITO, O PROCESSO E SEUS ESCOPOS

O processo, como "instrumento através do qual a jurisdição se opera"⁸, cuja finalidade é a atuação da vontade concreta da lei, mediante a solução dos litígios, e que tem no procedimento o seu caminho, é o meio abstrato pelo qual se viabiliza o direito público subjetivo de ação.

Assim, tendo-se por premissa que o direito de ação é exercido por meio do processo, indispensável para o eficiente desenrolar do exercício deste direito subjetivo é que o processo desempenhe efetivamente todos os seus misteres, ou seja, represente o eficaz instrumento realizador da justiça⁹.

8. CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. p. 247

9. Conforme assevera J.J. CALMON DE PASSOS (Democracia, Participação e Processo. p. 87), "o direito é a única forma de realização histórica da justiça. Isso não significa seja o direito a realização da justiça absoluta, ou da mais perfeita forma de justiça. Ele é apenas um projeto de justiça, nos limites da contingência que para ela ditam e para ela põem as correlações reais de forças na sociedade. Pode-se, pois, dizer que uma ordem jurídica realiza tanto mais justiça quanto menos necessidades deixa insatisfeitas e quanto menos expectativas desatendidas ocasiona, e tanto mais injusta quanto mais desigualiza privilegiando, com o que agrava o número de excluídos e dos insatisfeitos. E a medida de justiça ou injustiça de uma ordem jurídica se afere pelo grau de coerção que ela precisa exercer para assegurar a realização do direito formalmente posto".

Sobre processo e democracia v., também, SILVA, Ovídio Batista da. Democracia Moderna e Processo Civil.; DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo.; WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna.

Diante disso, foge ao raciocínio jurídico coerente a posição do processo como fim em si mesmo, pois "as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais da pacificação de conflitos e conflitantes¹⁰".

Contudo, necessário se faz que o processo, como instrumento de realização da justiça social, seja efetivo, no sentido de ser capaz de "exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico social e político"¹¹.

Dessa forma, o processo nada mais deve ser senão garantia das partes para o bom desempenho da função jurisdicional, nunca forma de legitimar "armadilhas arditosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas no caminho do mais incauto"¹².

Em outras palavras, deve o processo ser efetivo¹³ e sua problemática essencial, no dizer de BARBOSA MOREIRA¹⁴, é representada pelos seguintes pontos: "a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) con-

10. DINAMARCO, C. R.. Instrumentalidade do Processo. p. 379.

11. Id. *ibid.* p. 379.

12. Id. *ibid.* p. 383.

13. Sobre efetividade do processo, entre outros, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo. especialmente pp. 09/63; MAJO, Adolfo di. La Tutela Civile dei Diritti. pp. 01/39 e WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. pp. 15/25.

14. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o Problema da 'Efetividade' do Processo. Temas de Direito Processual. 3ª Série. p. 27/8.

templados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem), de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo¹⁵ e energias".

Entre outras formas específicas, o processo torna-se efetivo, constituindo-se num instrumento positivo de realização de direito, por meio de sua dialética e mediante a superação do problema da justiça e da utilidade nas decisões:

a) **dialeiticidade do processo:** O processo moderno, cuja relação jurídica é angular e pressupõe a existência de três pólos (juiz, autor e réu), possui "sua forza motrice, la sua garanzia

15. Como assevera CARNELUTTI, lembrado por J. E. CARREIRA ALVIM (Código de Processo Civil Reformado. p. 125), uma justiça tardia é, freqüentemente, uma justiça pela metade. Sobre a importância no tempo como instrumento da efetividade processual v. SANTOS, Antônio Jeová da Silva. A Tutela Antecipada e Execução Específica. pp. 14/15.

suprema, (in) il 'principio del contraddittorio'¹⁶.

O processo moderno necessita, outrossim, de garantias constitucionais básicas da ação e da defesa, cujo representação dá-se por intermédio do princípio do devido processo legal, do qual decorrem: da isonomia; do juiz e promotor natural; da inafastabilidade do controle jurisdicional; do contraditório; da proibição da prova ilícita; da publicidade dos atos processuais; do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais¹⁷.

Havendo, então, a necessidade das partes, do juiz e dos princípios mínimos referidos, conclui-se que *"dunque nel processo il giudice non è mai solo. Il processo non è un monologo: è un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche; un incorciarsi di azioni e di reazioni di stimoli e di contropinte, di attacchi e di contrattacchi"*¹⁸.

Se o processo é dialético e o juiz é o responsável pela sua condução, outro raciocínio não se concebe senão de que a participação dele no processo é fundamental para a sua efetiva realização, bem como pela retirada do temor às partes acerca da figura do magistrado, ainda para muitos tido como distante e su-

16. CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. p. 122. Livre tradução do autor: "sua força motriz, a sua garantia suprema, no princípio do contraditório".

17. Sobre princípios processuais constitucionais v., por todos, NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.

18. CALAMANDREI, P. ob. cit. p. 123. Livre tradução do autor: "então no processo o juiz nunca está sozinho. O processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um encontro de ações e de reações, de estímulos e de contra-estímulos, de ataques e contra-ataques".

prema.

Outro aspecto merecedor de análise é com relação à importância do advogado e do seu bom relacionamento com o magistrado para que a dialeticidade do processo faça-se presente, pois conforme aduz CALAMANDREI, "*l'esito del processo e quindi la sorte della giustizia, dipende dall'amichevole e leale svolgimento di questo colloquio: dalle buone relazioni tra i giudici e gli avvocati dipende, più che dalla bontà delle leggi, il buon funzionamento della giustizia*"¹⁹;

b) justiça nas decisões: "A eliminação dos litígios sem o critério da justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade"²⁰.

É certo que, em razão da segurança jurídica advinda da necessidade do julgador ater-se às normas, o poder do julgador encontra-se diminuído. No entanto, sempre que a lei conceber mais de uma forma interpretativa deve o magistrado interpretá-la de modo a que melhor atinja o seu fim precípua, qual seja a realização da justiça social.

Para a utilização dos critérios comezinhos de justiça não necessita o magistrado ser jusnaturalista ou ser desrespeitador da ordem legal, basta que *pari passu* à aplicação

19. Idem. Ibidem. p. 130. Livre tradução do autor: "O êxito do processo e, destarte, a sorte da justiça, depende do amigável e leal desenvolvimento desse colóquio: das boas relações entre os juizes e os advogados depende, mais do que da bondade das leis, o bom funcionamento da justiça".

20. DINAMARCO, C. R. Instrumentalidade... ob. cit. p. 420.

da norma positiva, busque interpretá-la segundo os seus critérios pessoais de justiça. Perceber-se-á, então que "apesar dessas limitações é 'impossível suprimir totalmente o momento de decisão pessoal do juiz... Não se pode deixar de atentar à voz viva da justiça pessoalmente sentida diante do caso concreto'. Desta voz não pode o direito prescindir 'por mais que se pretenda converter o direito em uma ordem de princípios'. Por isso, é o juiz 'a figura dominante da vida jurídica', pois nele se realiza a síntese viva da ordem abstrata da justiça e da justiça pessoal. 'Em sua pessoa supera-se a contradição entre justiça pessoal e justiça da ordem estabelecida', compreendendo-se, pois, que 'o direito se consuma na atividade do juiz'.

É evidente que não se cuida aqui senão do autêntico juiz. É esse o juiz que aqui se tem em consideração e nem poderia ser outro. Não se poderia pensar, buscando-se estabelecer critérios a orientar sua atividade diante da hipótese da lei injusta, no juiz que, por qualquer razão de ordem pessoal ou intelectual, torna-se incapaz ou indigno do exercício de sua função. Nesse caso, o que a justiça exige é a aplicação de medidas disciplinares, mais ou menos brandas, até o afastamento do exercício de sua função, quando entre esta e a pessoa do juiz evidenciar-se manifesta incompatibilidade. O juiz há de ser, tanto quanto possível, como dizia ARISTÓTELES, a 'justiça viva'. Se não buscar encarnar a justiça, exercerá funções de juiz, mas não será juiz²¹.

21. AZEVEDO, Plauto Faraco de. Justiça Distributiva e Aplicação do Direito. p. 123.

Por esses motivos é que "o juiz não pode reduzir-se a mero leitor do texto normativo, mas deve ser um experto da vida social, para dela extrair os valores que embasam a norma. Isto não significa, como é óbvio, que o juiz se volte contra o princípio da subordinação à lei - princípio que permanece válido, para a garantia de todos - mas apenas que esse princípio não deve ser compreendido no sentido mecânico e sim daquele modo completo e articulado que a realidade da vida impõe"²²;

c) a utilidade das decisões: Não basta que o acesso à justiça seja democrático nem que a dialética processual reste efetiva, tampouco que a decisão reflita justiça se esta não possui a menor utilidade. Desta forma, as emanações judiciais devem atender a todos os motivos que levaram o interessado a procurar abrigo no Poder Judiciário.

O processo deve ser suficientemente útil, a fim de que se constitua no verdadeiro instrumento para que os jurisdicionados obtenham tudo aquilo que o direito lhes confere, independentemente do apego formal às peculiaridades de cada caso concreto²³.

"É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja capaz de 'alterar o mundo', ou seja, de conduzir as pessoas à 'ordem jurídica justa'. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o

22. FELTRIN, Sebastião Oscar. As Ansiedades do Juiz. p. 271.

23. Sobre a efetividade do processo de execução v., por todos, ARAGÃO. Egas Dirceu Moniz de. Efetividade do Processo de Execução.

instrumental e as potencialidade de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica"²⁴.

Desta forma, na medida em que os indivíduos estejam cientes de que o processo dar-lhes-á tudo aquilo que o caso concreto lhes tirou, a confiança no Poder Judiciário será aumentada, bem como seu meio tornar-se-á mais democrático.

Tornar efetivo o direito material inadimplido nada mais é que cumprir o escopo básico do processo, ou seja, a realização do direito objetivo através do direito subjetivo. DINAMARCO²⁵ vai mais além, pois, segundo ele, "fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade"²⁶.

Na verdade, conforme afirmação clássica de CHIOVENDA, deve o processo fornecer ao que busca a tutela jurisdicional "tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto de conseguire"²⁷.

24. DINAMARCO, C. R. ob. cit. p. 426.

25. ob. cit. p. 207.

26. O autor fala na referida obra (ps. 206/376) em escopos sociais, políticos e jurídico. Não obstante, insere-os no contexto como escopos da jurisdição (v. p. 378).

27. Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Vol. 1º, p. 41. Livre tradução do autor: "tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter".

Sobre o direito à adequada tutela jurisdicional sobre a perspectiva das tutelas diferenciadas e do acesso à justiça, v., por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória e Novas Linhas do Processo Civil.

Assim, não deve ser o processo meio de obtenção de vantagem para o devedor inadimplente, ou seja, não pode seu descumprimento obrigacional propiciar encargo inferior ao que teria se a cumprisse voluntariamente²⁸.

Neste aspecto, relembra-se a necessidade da decisão ser útil ao interessado, ou seja, propiciar a entrega do bem de vida por ele buscado. Entregar-lhe menos é favorecer o inadimplente, conceder-lhe decisão inútil²⁹. Logo, "onde houver uma insatisfação lamentada, uma alegação de direito inobservado, ali terá lugar a atividade jurisdicional e ela há de endereçar-se, sempre que possível, ao mesmíssimo resultado jurídico-material específico pelo qual o direito objetivo material haja manifestado sua preferência"³⁰.

Ademais, a efetividade do direito violado, no caso por meio da tutela específica, é decorrência lógica do princípio do devido processo legal³¹ e, especificamente, da inafastabilidade

28. Conforme afirma BUENO VIDIGAL (Direito Processual Civil. p. 117), "o direito existe para se realizar. Todo o seu valor reside na possibilidade prática de sua realização".

29. "Não podemos, na verdade, em tributo a princípios ideológicos superados, sacralizar o princípio da autonomia da vontade, deixando sem resposta os direitos subjetivos do cidadão. Portanto, devemos pensar em formas de coerção processual que sejam aptas à efetiva realização destes direitos" (MARINONI, L. G. Novas Linhas... ob. cit. p. 92).

30. DINAMARCO, C. R.. ob. cit.. p. 427.

31. Conforme afirma NELSON NERY JR. (Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. p. 37), "a cláusula procedural due process of law nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter his day in Court, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.

de do controle jurisdicional³². Destarte, todo aquele que busca o Poder Judiciário, exercitando o direito de ação, deve obter uma tutela jurisdicional adequada.

Nem se olvide, por outro lado, que o princípio da inafastabilidade não se direciona, tão somente, para ofertar uma garantia vazia, destituída de eficácia, pois ele "não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. Dessa forma, o direito à adequada tutela jurisdicional, garantido pelo princípio da inafastabilidade, é o direito à tutela adequada à realidade do direito material e à realidade social"³³.

32. Neste sentido é o art. 5º, XXXV da CF: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Com idêntica opinião v. WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto. p. 519.

33. MARINONI, L.G.. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. p. 57/8. Sobre o tema v., também, YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade; THEODORO JR., Humberto. A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal; PUGLIATI, Salvatore. Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale.

III. O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES SOB O PONTO DE VISTA HISTÓRICO

Ainda que no estreito âmbito desta monografia não se busque esgotar os aspectos históricos atinentes à evolução das conseqüências do inadimplemento das obrigações, especialmente das declarações de vontade, servirá ela para desmitificar um suposto caráter supérfluo da visão histórica do Direito.

Na verdade, os neófitos nos estudos do Direito - e alguns nem tanto - tendem a acreditar que uma abordagem passadista não conduz a nenhum resultado prático efetivo. Possui mero deleite acadêmico. Ledo engano, pois é pelo conhecimento da evolução do instituto estudado que melhor se compreenderá o seu estado atual³⁴.

Não se olvide, porém, que "a história não caminha em linha reta, evoluindo inexoravelmente no sentido das tendências fundamentais da humanidade e de sua civilização, sem percalços, sem estagnações, sem retrocessos. Fatores múltiplos determinam paradas no desenvolvimento das instituições, adoção de métodos e princípios já falidos numa primeira experiência, contramar-

34. Nestes termos, lembra PLAUTO FARACO DE AZEVEDO. Limites e Justificação do Poder do Estado. p. 16, que "o direito não pode ser convenientemente visualizado, quer do ponto de vista de sua elaboração, quer de sua interpretação, se não se considerarem atentamente as forças históricas vigentes ao tempo em que se edita ou aplica a regra jurídica".

chas de volta às origens, de modo que apenas numa visão macroscópica de seu curso é que se podem vislumbrar os rumos que marcam o progresso e compreender quais são essas tendências básicas"³⁵.

Ao se referir, especificamente, à evolução da forma da exigibilidade do cumprimento das obrigações inadimplidas, percebe-se que ela navega sempre em busca do meio termo entre o direito do credor ao adimplemento do devedor e o direito deste à sua liberdade. Preferir uma, ilimitadamente, em detrimento da outra, é caminhar pelas vias do autoritarismo³⁶.

Assim, a resposta que se dá ao direito violado do credor é o impedimento da utilização de todos os "meios que pela sua desumanidade violentem a pessoa do devedor, ofendam e choquem a consciência ético-jurídica, o bom-senso e o pudor social, pondo em causa a liberdade e a dignidade humanas, (...), por contrários à moral e aos direitos fundamentais do homem, como acontece sempre com a violência corporal e, via de regra, com a prisão por dívidas"³⁷. Ao devedor, racionaliza-se a sua liberdade, aduzindo-se que esta se encontra mais no respeito da palavra dada, na escolha livre do contrato e de suas condições, do que no falso di-

35. DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 3ª Ed., p. 50.

36. É patente, porém, que nem sempre se pensou assim, passando a efetividade do direito violado por fases históricas, denominadas por DINAMARCO (ob. cit. p. 30) de tendências históricas da execução forçada, qual seja a) a estatalização; b) a patrimonialização e, c) a humanização.

37. SILVA, João Calvão da. Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória. p. 204.

reito de não cumprir aquilo a que se obrigou^{38 39}.

Todavia, para se conciliar essas situações inconciliáveis, necessário foi vencer muitos percalços. Assim, difícil e demorado foi o superamento da responsabilidade pessoal do devedor.

Nas civilizações antigas, predecessoras da romana, a responsabilidade pessoal era a regra⁴⁰. Mesmo nesta a evolução foi lenta e gradual.

Assim, no Direito Romano, houve três períodos distintos que sustentaram a forma do credor efetivar seu direito

38. SILVA, J.C. da. ob cit. p. 203, é claro: "...a liberdade do homem é inalienável, mas não é um absoluto, como logo resulta de ser um ente que vive em sociedade. Por isso pode livremente assumir obrigações, mas não pode vir a dizer, no momento do seu cumprimento, que é livre de não cumprir. É que o homem se não pode alienar a sua liberdade, pode, porém limitá-la - o que acontece quando assume validamente uma obrigação a que fica adstrito. Neste caso cerceia a sua liberdade de acção quanto a acto ou acção singular, mas não abdica da liberdade referente à sua pessoa nem da sua dignidade. A sua liberdade, afirma-se, não quando desrespeita a palavra dada, não quando deixa de cumprir os compromissos por si livre e validamente assumidos, mas quando respeita os contratos livremente celebrados".

39. É evidente que não se procura aqui voltar ao velho e ultrapassado absolutismo conferido ao princípio da obrigatoriedade da convenção - *pacta sunt servanda* - e ao da autonomia da vontade, pois decalca-se na idéia de vontade livre, baseada em contrato existente, válido e eficaz.

40. Assim, na Babilônia, no código de Hamurabi, o credor podia fazer valer seu crédito não somente contra o devedor, mas, também, contra sua mulher e filhos. No Egito, tal responsabilidade alcançava, inclusive, o cadáver do devedor, enquanto que em Grécia o credor poderia fazê-lo seu escravo. V. a respeito SILVA, J.C. ob. cit. p. 209. Maiores detalhes sobre a evolução histórica das obrigações, sobretudo no Direito Romano, v. NÓBREGA, Vandik Londres da. História e Sistema do Direito Privado Moderno; ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Vol. II; MARKY, Thomas. Curso Elementar de Direito Romano; CORRÊA, Alexandre & SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano; DíEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I.

inadimplido. Tais épocas foram as seguintes:

a) *legis actiones* iniciada na fundação de Roma se prolongando até o Século II DC;

b) processo formular: compreende os três primeiros séculos do Império;

c) processo extraordinário: preponderou nos últimos séculos do Império, alcançando seu auge com Justiniano⁴¹.

"Os dois primeiros sistemas recebiam a denominação de *ordo iudiciorum privatorum* e se caracterizavam por um procedimento duplo, com participação do Estado e de juizes privados. O último estágio (*cognitio extra ordinem*) compreendeu a publicização do processo, com a abolição do *iudex* privado e unificação do procedimento em torno apenas do magistrado⁴².

A idéia primitiva de obrigação para os romanos era de um vínculo pessoal entre as partes, de tal sorte que o descumprimento equivalia a uma desonra, a um ato infamante. Assim, era concedido o direito do credor fazer valer seus direitos da forma que melhor lhe aprouvesse. Tal raciocínio labora, essencialmente, no período primeiro, cujo instrumento para tal desiderato, mais comum, era a chamada *legis actio per manus injunctionem*⁴³.

Por este motivo, respondia o devedor com seu pró-

41. A respeito das fases do Processo Civil Romano, v., entre outros, THEODORO JR., Humberto. A Execução de Sentença e o Devido Processo Legal. especialmente ps. 83 a 131; SURGIK, Aloisio. Lineamentos do Processo Civil Romano.; SILVA, João Calvão da. ob. cit. especialmente ps. 209 a 213.; DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. especialmente ps. 29 a 50.

42. THEODORO JR., Humberto. ob. cit. p. 87.

43. Sobre dita demanda v., entre outros, ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Vol. 1. ps. 249/253.

prio corpo⁴⁴, podendo perder a sua liberdade, a sua vida. Nessas hipóteses seus bens se tornavam vacantes⁴⁵.

Mais adiante, todavia⁴⁶, foi-se humanizando a execução, não mais permitindo que o credor tivesse tal direito de vida e morte sobre seu devedor, mas, tão-somente, o de mantê-lo como escravo até que, com seu trabalho, realizasse o pagamento do débito⁴⁷.

Não obstante, dito sistema permanecia defeituoso,

44. A respeito estabelecia a Lei das XII Tábuas: "aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará em altas vozes o valor da dívida. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia da feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre". Apud in DINAMARCO, C.R.. ob. cit.. p. 33.

45. Com idêntico raciocínio v. THEODORO JR., H. ob. cit. p. 92.

46. Ainda na época da legis actiones.

47. "A transformação principiou com a *Lex Poetelia* do ano 326 A.C. (ou 441 a.u.c.), a qual ditou várias normas atenuadoras do sistema então vigente, a saber: a) proibiu a morte e o acorrentamento do devedor; b) institucionalizou o que antes era simples alternativa oferecida ao credor, ou seja, a satisfação do crédito mediante a prestação de trabalhos forçados; c) permitiu que o executado se livrasse da *manus injectio*, repelindo a mão que o prendia (*manum sibi depellere*) mediante o juramento de que tinha bens suficientes para satisfazer o crédito (*bonam copiam jurare*); e, acima de tudo isso, d) extinguiu o *nexum*, passando então o devedor a responder por suas obrigações com o patrimônio que tivesse, não mais com o próprio corpo (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*)" (Apud in DINAMARCO, C.R. ob. cit. p. 43 e 44).

pois o pagamento do débito somente poderia ser realizado *in pecunia*, vista a impossibilidade da execução *in natura*. Tal imperfeição, porém, não fugia aos olhos do pretor que procurava, na prática, remediar o sistema visando viabilizar a execução específica. Os meios utilizados para tanto eram: a) o agravamento; b) a infâmia; c) multa; d) criação de ações e de cláusulas arbitrárias; e) o *juramentum in litem*⁴⁸.

Todavia, somente no final do último período, no chamado Direito Justinianeu, a execução não mais é vista como ato de vingança privada, mas sim como uma satisfação do direito do credor em face do devedor inadimplente⁴⁹.

No Direito Medieval⁵⁰, por sua vez, pode-se verificar que não houve continuação uniforme da idade antiga⁵¹.

Na verdade, com a queda do Império Romano no

48. Maiores detalhes sobre o tema v. SILVA, J. C. da. ob. cit. p. 211/2.

49. Neste período também nasce a execução específica das obrigações de dar coisa determinada inadimplida. Neste sentido v. THEODORO JR., H. ob. cit. p. 118 e DINAMARCO, C.R. ob. cit. p. 48.

50. A Idade Média, invariavelmente, chega aos ouvidos dos homens cheia de preconceitos e de imagens desvirtuadas. Tal fenômeno é facilmente explicado pela visão que se tem daquela época histórica, revestida por uma ideologia de obscurantismo muito forte. Conforme lembra GEORGES DUBY (Idade Média, Idade dos Homens: p. 99), isto se explica pelo fato de que "quase todas as fontes que nos são acessíveis informam menos sobre a realidade do que sobre a ideologia dominante, elas colocam uma espécie de tela entre nossos olhos e o que nossos olhos gostariam de perceber, isto é, os comportamentos reais".

51. Conforme observa LONGO, Giovanni Elio. Esecuzione Forzata (diritto intermedio). p. 722, ao nível da evolução da execução civil, não se pode ter em linha de conta que o período medieval foi continuação do período romano. No mesmo sentido v. DINAMARCO, C.R. ob. cit. p. 50, NR 82.

ocidente pela ação dos povos bárbaros, houve claras mudanças no então vigente Direito Romano. Tais alterações representaram, ao menos inicialmente, uma involução dos meios de resposta esperados pelo credor em face do inadimplemento do devedor. Isso se explica pelo fato dos invasores serem povos muito mais atrasados do que os vencidos. Individualistas, ainda faziam da cobrança de créditos ação de vingança dirigida contra o devedor, ou seja, o Direito Germânico vigente tinha uma sistemática executiva inteiramente voltada para o interesse exclusivo do credor⁵². Volta, destarte, através do direito longobardo, a possibilidade do devedor responder "ainda com sua pessoa pelas obrigações, podendo ser mantido em cárcere privado pelo credor, à espera do pagamento; fica a critério do credor a escolha da execução corporal ou patrimonial, mas de qualquer maneira, isso já era, com relação ao direito romano, notável atraso"⁵³.

Frise-se, contudo, que a partir da adaptação natural dos povos - dominante e dominado - houve uma junção entre os dois ordenamentos jurídicos, passando a atingir toda a Europa Continental, sendo denominado de direito comum ou intermediário. Assim, a execução pessoal foi tornando-se figura excepcional, somente se aplicando aos fraudadores insolventes, aos que abandonavam o seu domicílio sem deixar bens suficientes ou que os escondiam a fim de evitar a execução⁵⁴.

Se dificuldades houve para a implementação de uma

52. Em idêntico sentido v. THEODORO JR., H. ob. cit. p. 132.

53. DINAMARCO, C. R. ob. cit. p. 52.

54. Em idêntico sentido v. DINAMARCO, C.R. ob. cit. p. 61.

execução patrimonial, maiores elas foram, ainda, para a chamada tutela específica das obrigações de fazer juridicamente infungíveis⁵⁵. Dita forma de defesa de direitos nasce, tão somente, no direito português através das Ordenações Afonsinas e, mais especificamente, nas Filipinas⁵⁶.

Era o primeiro passo, destarte, para pôr fim à ótica dominante na época que, porém, permaneceria prevalecendo até a primeira metade do Século XX, segundo a qual as obrigações infungíveis somente comportariam, quando inviável o cumprimento voluntário, perdas e danos⁵⁷.

No direito brasileiro, a execução específica⁵⁸ apa-

55. Sobre o conceito e visão de ditas espécies obrigacionais v. item V.4.

56. Nesse sentido v. YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade. p. 66; SANCHES, Sydney. Execução Específica. ps 03/4; CREDIE, Ricardo Arcoverde. Adjudicação Compulsória. p. 37; NIESS, Pedro Henrique Távora. Da Sentença Substitutiva da Declaração de Vontade. ps. 15/6; DINAMARCO, C. R. ob. cit. p. 69.

57. "Acredita-se, pois, numa absoluta infungibilidade das obrigações de fazer pessoais, defeso coagir o ser humano à realização de ato contrário à sua vontade; não se vence a resistência do obrigado, e eram obtidas, na execução, prestação substitutiva ou sucedânea, as perdas e danos. Era a adoção absoluta do princípio da autonomia da vontade individual, que encontrou ampla aceitação no direito europeu da Renascença e Idade Moderna, inclusive no que dizia com o inadimplemento". *Apud in* CREDIE, R. A. ob. cit. p. 35.

58. Na verdade, o grande responsável por esta evolução no pensamento jurídico foi POTHIER. LACERDA DANTAS (A Execução Específica e os Interesses Metaindividuais. p. 27) bem demonstra dito avanço: "Enquanto vigeu inabalável o dogma da autonomia da vontade, corolário do princípio maior da liberdade de contratar, sobretudo quando se referia à atividade econômica, numa concepção que privilegiava o individual em detrimento do social, esse entendimento permaneceu intocável.

Mais tarde, superou-se o preconceito da incoercibilidade das prestações de fato - *Nemo potest precise cogi ad factum* - para afirmar-se que isso somente se aplicava às obrigações de fatos

receu com maior destaque no artigo 1006 e §§ no Código de Processo Civil de 1939⁵⁹. No direito em vigor sua presença merece destaque, entre outros, nos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil⁶⁰, artigos 48 e 84 e §§ do Código de Defesa e Proteção do

...Continua...

exteriores e corporais, mas não à hipótese de declaração de vontade.

Assim, a partir de POTHIER, passou-se a considerar que a substituição da declaração de vontade do contraente faltoso pela sentença de adjudicação não representava nenhuma violência ilícita contra a liberdade individual, porque se tratava de uma declaração livremente prometida em sua origem, produzindo sérias expectativas que reclamavam uma tutela jurídica específica, apta a tornar efetiva a promessa feita".

59. Dispunha referido dispositivo legal: Art. 1006: "Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado". § 1º: "Os efeitos da declaração de vontade que dependam do cumprimento de contraprestação, ficarão em suspenso até o cumprimento desta". § 2º: "Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo".

60. Art. 639: "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". Art. 640: "Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência de 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". Art. 641: "Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida".

Consumidor⁶¹ e artigo 22 do Decreto-Lei nº 58/37⁶² 63.

Ditos dispositivos refletem tendência processual moderna clara, de evidente predomínio pela tutela específica, que conduzem as perdas e danos - remédio reparatório clássico - para um segundo plano.

61. Art. 48: "As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos. Art. 84: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". § 1º: "A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente". § 2º: "A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil)". § 3º: "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu". § 4º: "O juiz poderá, na hipótese do parágrafo 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito". Parágrafo 5º: "Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial".

Enfatize-se, outrossim, que a recente lei nº 8.952/13.12.94 alterou a redação do artigo 461 do CPC, concedendo-lhe, então, conteúdo semelhante ao do artigo 84 e §§ do CDC. Referido dispositivo - o 461 - também é instrumento importante na tutela efetiva abordada nesta monografia.

62. Art. 22: "Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil".

63. A análise casuística destes e de outros dispositivos legais ocorrerá em época oportuna. V. a respeito capítulo intitulado **Casuismos Legais e Doutrinários**.

IV - CONTRATO: OBSERVAÇÕES FUNDAMENTAIS

IV.1. Contrato: Conceito, Visão Social e Historicidade. IV.2. Contrato Preliminar. IV.3. Negociações Preliminares e Puntução. IV.4. Contratos Cíveis, Comerciais e de Consumo. IV.5. Princípios Contratuais Básicos e de Consumo. IV.6. Código do Consumidor e a Nova Visão Contratual.

IV.1. Contrato: Conceito, Visão Social e Historicidade

Contrato, em uma idéia simples, nada mais é do que o negócio jurídico bilateral ou plurilateral, envolvendo necessariamente pelo menos duas pessoas, cujo fito é o de criar, modificar, resguardar, transferir ou extinguir⁶⁴ uma relação jurídica de natureza patrimonial⁶⁵. Dito conceito⁶⁶, com algumas varia-

64. "Sabe-se que, do mesmo modo que a lei tanto pode criar como modificar, ou extinguir obrigações, o contrato pode ser convenção produtiva, modificativa, ou extintiva de obrigações" (BESSONE. Darcy. Do Contrato - Teoria Geral. p. 13).

65. "Disse-se (sic) que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato" (ROPPO, Enzo. O Contrato. p. 11).

66. A importância das manifestações de vontade é fenômeno que não escapa aos olhares da doutrina. Assim, a teoria contratual não é relevante somente para o Direito Civil, mas serve de auxílio para outros ramos, como, v.g., o Direito Administrativo. Tal influência e importância é notada no trabalho de MALACHINI, Edson Ribas. Ato Administrativo. Dito autor ao se referir ao alcance do conceito de ato administrativo, limitando seu alcance ou não, assevera: "nehuma novidade, aliás, existe nessa conclusão; é mera aplicação, afinal, da teoria do ato jurídico em geral. O ato jurídico (compreendido, por sua vez, na categoria mais ampla do fato jurídico), abstraída uma classificação mais precisa (ato-fato, ato jurídico *stricto sensu*, negócio jurídico), pode dizer-se unilateral (declarações unilaterais de vontade) ou bilateral (em que se inclui a vasta gama dos contratos). Só não há, na categoria dos atos jurídicos de direito privado - pertence, na verdade, à teoria geral do direito,³⁹ de que o Direito Administrativo

ções, é aceito pela maior parte da doutrina⁶⁷.

A concepção clássica de contrato⁶⁸ nasce com o liberalismo econômico, em resposta às limitações oriundas do direito canônico e do corporativismo. Surgiu a idéia de liberdade contratual como um dos corolários básicos da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Desejando as partes unir-se por vínculo contratual, tudo que acordassem seria tido como lei entre elas (*pacta sunt servanda*), não podendo, sequer, o Po-

...Continua...

tomou emprestado o conceito, para adaptá-lo às peculiaridades do direito público -, a figura do ato geral, abstrato (meramente regulamentar), com eficácia *erga omnes*" (p. 37).

67. Assim conceituam o contrato: DARCY BESSONE (Do Contrato - Teoria Geral. p. 21); "o contrato é o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial". POTHIER (*Apud in* BESSONE, D. ob. cit. p. 09); "é uma convenção pela qual duas ou mais pessoas prometem e se obrigam a dar, fazer ou não fazer alguma coisa". CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de Direito Civil. Vol. III, p. 06); "contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos". ANTUNES VARELA (Das Obrigações em Geral. Vol. I, p. 221); "diz-se contrato o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses". Díez-PICAZO (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I, p. 96); "contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan". WALDYR GRISARD FILHO (Contrato Preliminar e Compromisso de Compra e Venda. p. 05) "É o acordo de duas ou mais vontades para o fim de adquirir, conservar, transferir, modificar ou extinguir direitos".

68. Sobre aspectos históricos do contrato, anteriores ao Estado Liberal nascido com a Revolução Francesa v., entre outros, ROPPO, E.. ob. cit.. ps. 15/7 e GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. ps. 731/742. Sobre a historicidade do descumprimento das obrigações, v. capítulo III deste trabalho.

der Judiciário, interferir em seu conteúdo (intangibilidade)⁶⁹.

Assim, o resultado fundamental da teoria contratual clássica⁷⁰ era o absoluto respeito pela liberdade e pela igualdade formal⁷¹.

Como sabido, a Revolução Francesa derruba com a vigência de um Estado absolutista, consubstanciado no status. Desta forma, o valor do indivíduo na sociedade era representado, não pelos seus atributos pessoais, mas, sim, pela posição social

69. Sobre a evolução histórica do contrato v., por todos, ROPPO, Enzo. O Contrato. pp. 07/72 e Contratti Standard - Autonomia e Controlli nella Disciplina delle Attività Negoziali di Impresa. pp. 01/80.

70. Conforme lembra SERPA LOPES (ob. cit. Vol. III, p. 15), "na teoria clássica, todo o edifício do contrato assenta na vontade individual, que é a razão de ser de uma força obrigatória. As partes não se vinculam senão porque assim o quiseram e o papel da lei resume-se em consagrar esse entendimento. Nada pode o juiz ante essa vontade soberana; a sua função limita-se a assegurar-lhe o respeito, na proporção da inexistência de qualquer vício de consentimento ou de qualquer vulneração às regras de ordem pública". Maiores detalhes sobre a teoria contratual clássica, bem como sobre as suas alterações decorrentes do Estado Social v., por todos, MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. ps. 15/64. Consulte-se, com igual proveito, a NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais. ps. 41/80.

71. "Moralmente, a teoria da autonomia da vontade louva-se na idéia de que a vontade livre dos indivíduos não podia senão realizar a justiça. Cada pessoa é o melhor juiz dos seus interesses. Logo, o contrato, acordo de vontades, é conforme aos interesses das partes contratantes, não se concebendo que alguém queira conscientemente o contrário do seu interesse. Deste modo, o equilíbrio de interesses dos contratantes está garantido e a justiça contratual salvaguardada. 'Quem diz contratual, diz justo' (FOUILLÉE). Apud in SILVA, J.C.da. ob. cit. p. 34.

que ocupava⁷². Logo, natural seria que se buscasse uma mudança radical na sistemática vigente, visando, talvez, compensar a pouca liberdade até então usufruída.

Na verdade, as premissas em que se calcava o Estado Liberal constatavam, tão-somente a ideologia vigente à época que, aos poucos, observou-se ser equivocada⁷³.

Destarte, com o advento da revolução industrial e dos abusos cometidos pelos particulares, incentivado pelo advento das doutrinas socialistas⁷⁴, o Estado obrigou-se a intervir na

72. HENRY SUMNER MAINE, entendia que todo o processo de desenvolvimento das sociedades humanas poder-se-ia descrever como uma evolução do status ao contrato. Neste sentido v. ROPPO, E. ob. cit. p. 26 e LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil Vol. III, p. 13. Este último autor explica dito processo: "enquanto no status, a posição do sujeito de direito se caracteriza por situá-lo num plano independente de sua vontade, na fase do predomínio da noção de contrato as pretensões juridicamente reconhecidas fluem ou resultam do fato do homem constituir um ser dotado de vontade livre e consciente".

73. Sobre o tema v. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato. ps. 15/20. Este autor deixa claro que um dos motivos da alteração da teoria clássica contratual foi a absorção do contrato pela empresa, ou seja, pelo meio capitalista. "E, assim, ao ser absorvido pelo universo da empresa, em contínua expansão, o contrato vai ter que adaptar-se ao seu modo de funcionamento, satisfazendo indeclináveis exigências de estabilidade e racionalização. É aí que começam a perder terreno as concepções voluntarísticas, iniciando-se um processo de objectivação caracterizado pela progressiva perda de relevância do elemento volitivo, da intenção real e efectiva do declarante, ganhando peso crescente o próprio comportamento declarativo..." (ob. cit.. p. 18/9).

74. "Com razão, os socialistas perceberam que o veículo contratual, usado abusivamente, desatendia a função social da propriedade, visto que a liberdade excessiva de um deles, importava, com efeito, no predomínio despótico que, quando não suprimia a liberdade do outro, a debilitava inflexivelmente, desequilibrando os pratos da balança contratual. Este desequilíbrio de forças volitivas com desiguais cargas de liberdade, deixava a parte mais fraca, incapaz de consentir, sendo, em consequência, coacta (sic), a manifestação de sua vontade, realidade social esta, que passava despercebida aos olhos dos individualis-

economia. Tal intervenção acabou por atingir, no início acanhadamente, os contratos⁷⁵.

Deste modo, o intervencionismo estatal alterou, em muito, a concepção clássica contratual derivada do liberalismo econômico⁷⁶, inclusive propiciando a retroatividade das normas legais, ainda que em transgressão ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal⁷⁷, quando consideradas de ordem pública⁷⁸
79.

...Continua...

tas" (LOPES, M.M. de S. ob. cit. Vol. III, p. 18).

75. Sobre o chamado dirigismo contratual v. BESSONE, Darcy. Do Contrato - Teoria Geral. ps. 41/52.

76. Sobre intervencionismo estatal e atividade privada v. POPP, Carlyle & ABDALA, Edson Vieira. Comentários à Nova Lei Antitruste. ps. 19/20.

77. "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

78. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça ementou que "(...) as normas de direito econômico, de ordem pública, são de aplicação imediata, alcançando os contratos em curso" (4ª Turma, R.Esp. 5353/MG, rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJU 10/12/90, p. 14.815). É importante frisar, porém, que existem decisões em contrário, pois a matéria não é pacífica. Aliás, este entendimento limitador do dirigismo contratual no direito privado é, na verdade, majoritário (V. RT 643/119, RF 292/221), endossado até pelo Supremo Tribunal Federal (v. RTJ 125/1143).

79. De fato, dizer-se que a ordem pública necessita da aplicação imediata da norma legal, mesmo aos contratos em curso, é nada dizer. Conforme assevera HUBERTO THEODORO JÚNIOR (O Contrato e Seus Princípios. p. 59), é preciso lembrar que a ordem pública mais evidente e mais intensa está localizada na Constituição, de maneira que jamais o legislador ordinário teria condições de invocar a vaga e imprecisa idéia genérica de ordem pública para criar lei inferior com força de afastar direito ou garantia criado e consagrado pela Lei Maior.

WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, em notável estudo intitulado Direito Intertemporal (p. 129), assevera que "além de ser difícil discriminar nitidamente aquilo que é de ordem pública e aquilo que é de ordem privada, seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público

Não obstante, a questão deve ser vista com cuidado, pois, excepcionalmente, tal atuar estatal deve ser tido como legítimo. Ora, como assevera ENZO ROPPO ⁸⁰, "o fenômeno da ingerência crescente do legislador nos contratos dos sujeitos privados tem de ser apreciado realisticamente, pelos objetivos que ela, em concreto, prefigura, e pelos efeitos que, em concreto, produz, sem perigosas simplificações ou generalizações arbitrárias"⁸¹.

Na verdade, com a alteração da posição econômica do Estado, dando o liberalismo vez a um Estado Social, "em lugar da vontade, tem surgido um elemento estranho à composição original: o interesse social. E assim, o suporte fático do contrato se torna mais complexo, cheio de elementos necessários à sua comple-

...Continua...

têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis aparecem algumas vezes 'direitos adquiridos', que a justiça não permite sejam desconhecidos e apagados. O que convém ao aplicador de uma nova lei de ordem pública ou de direito público é verificar se, nas relações jurídicas já existentes, há ou não 'direitos adquiridos'. No caso afirmativo, a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de GABBA, é também um forte motivo de interesse público".

80. O Contrato. p. 334.

81. Frise-se que não é pelo fato da existência de modificações substanciais na teoria clássica contratual que se pode afirmar juntamente com GILMORE que o contrato morreu. Ora, como lembra NERY JR. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto. p. 279, "o contrato não morreu nem tende a desaparecer. A sociedade é que mudou, tanto do ponto de vista social, como do econômico e, conseqüentemente, do jurídico. É preciso que o Direito não fique alheio a essa mudança, aguardando estático que a realidade social e econômica de hoje se adapte aos vetustos institutos com o perfil que herdamos dos romanos, atualizado na fase das codificações do século passado".

mentação. Às vezes, a vontade se vê substituída pela conduta do particular, sendo indiferente se é voluntária ou não.

Os princípios fundamentais do contrato não conseguem ter mais uma aplicação generalizada. O Estado social desconsidera noções como consentimento, intangibilidade do contrato, força obrigatória do contrato. O esquema contratual clássico que se configura na oferta e na aceitação também não se aplica na maioria das novas categorias contratuais⁸².

Ademais, a liberdade contratual nascida do princípio da autonomia da vontade é tida, modernamente, mais como ficção do que propriamente como uma realidade inconteste. "Por isso, operou-se a distinção entre liberdade para contratar e liberdade contratual. A primeira diz respeito à faculdade que assiste a cada um de decidir vincular-se juridicamente. A segunda refere-se à possibilidade de negociar livremente as cláusulas contratuais⁸³.

Na sociedade moderna, a liberdade contratual passou a ser unilateral. Via de regra, a parte economicamente mais forte impõe à outra as condições da contratação, deixando-lhe apenas a alternativa entre 'pegar ou largar' (take it or leave

82. LÓBO, P.L.N. O Contrato - Exigências... ob. cit. p. 88.

83. "Nas palavras do Prof. ARNOLDO WALD, a liberdade de contratar é a 'faculdade de realizar ou não determinado contrato', ao passo que a liberdade contratual é a 'possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato'. O interesse da distinção estaria fundamentalmente em enfatizar que, enquanto a liberdade de contratar 'tem sido mantida, em termos gerais', já a liberdade contratual, 'tem sofrido amplas restrições'" (Apud in NORONHA, F. ob. cit. p. 117).

it)⁸⁴.

Percebe-se, assim, que as modificações na concepção liberal decorreram da necessidade de que a autonomia da vontade não fosse utilizada como forma disfarçada de consagrar o poder do forte sobre o fraco⁸⁵. Assim, preservar a igualdade das partes, bem como o real querer delas, é função inafastável do Estado legislador, até porque "o interesse fundamental da questão da função social está em despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniquidade, atentatórias de valores de justiça, que igualmente têm peso social (sic)"⁸⁶.

IV.2. Contrato Preliminar

Segundo o pensamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁸⁷, contrato preliminar é aquele "por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será o contrato principal"⁸⁸.

84. PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do Consumidor. RT 658/53.

85. Nunca é demais lembrar a clássica formulação de LACORDAIRE (Apud in SILVA, J.C. da. ob. cit. p. 36) "entre o forte e o fraco é a lei que liberta e a liberdade que oprime".

86. NORONHA, F. ob. cit. p. 81/2.

87. Instituições de Direito Civil. Vol. III. p. 55.

88. A doutrina em geral, pátria ou comparada, conceitua de forma equivalente. MOURA, Mário Aguiar. (Promessa de Compra e Venda. p. 19); "é o acordo de vontades em que as partes se comprometem a celebrar, no futuro um contrato definitivo, estabelecendo, desde logo, o objeto e as cláusulas com as quais desejam se efetive a contratação a realizar-se". GIUSTI, Alberto. (Il Contratto Preliminare. p. 11/2); "il preliminare è una figura contrattuale di applicazione (tendenzialmente) generale, mediante la quale le parti si obbligano a concludere in futuro un ulteriore contratto,

Neste aspecto conceitual é importante frisar que, a despeito dos conceitos manifestados, não é elemento de formação necessário do pré-contrato o estabelecimento de todos os requisitos do contrato definitivo. Tais requisitos podem ficar protraídos para momento posterior. Não obstante, como adiante será examinado⁸⁹, o preenchimento no preliminar de todos os requisitos do definitivo é condição *sine qua non* para a sua execução específica na hipótese de inadimplemento.

O objeto, destarte, de tal tipo contratual é a obrigação do firmamento de um contrato futuro, chamado de principal⁹⁰.

As razões práticas que justificam a ocorrência de tal figura convencional são inúmeras, que vão desde as próprias

...Continua...

già interamente determinato nei suoi elementi essenziali". AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. (Compromisso de Compra e Venda. p. 19); "contrato que tem por objeto uma prestação de fazer, prestação essa consistente na celebração de outro contrato, o definitivo, ou principal". PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado. V. 13, p. 30, § 1432,2); "contrato preliminar, ou melhor, pré-contrato (Vorvertrag, nome proposto por H. Thöl) pactum de contrahendo, entende-se o contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, ou todas, no caso de pluralidade subjetiva, se obrigam a concluir outro negócio jurídico, dito negócio principal, ou contrato principal". BESSONE. Darcy. (Da Compra e Venda... ob. cit.. p. 62); "o contrato pelo qual ambas as partes, ou uma delas, se comprometem a celebrar, mais tarde, outro contrato, considerado principal ou definitivo". GOMES, Orlando. (Contratos. p. 149/150); "convenção pela qual as partes criam em favor de uma delas, ou de cada qual, a faculdade de exigir a imediata eficácia do contrato que projetaram".

89. V. capítulo IX.

90. Não se deve confundir o objeto imediato que é a obrigação de fazer, a celebração do contrato principal, do objeto mediato que é a finalidade do contrato principal (Ex. compra e venda, doação, etc.). V. a respeito do tema, PINTO, Carlos Alberto da Nota. Teoria Geral do Direito Civil. p. 331.

condições dos negócios, até o interesse das partes⁹¹.

A denominação nos ordenamentos jurídicos ocidentais é diversa, sendo chamado de *Vorvertrag* no direito alemão; *contrato preliminare* ou *ante-contrato* no direito italiano⁹²; *avant contrat* ou *compromis* no ordenamento francês; *contrato-promessa* no português⁹³ e *contracto preliminar* no direito espanhol⁹⁴.

No Brasil, tal figura é conhecida mais por suas espécies do que por seu gênero. Assim, é de conhecimento comum as

91. Como assevera ROPPO, E. ob. cit. p. 102/3, "com o contrato promessa, na verdade, as partes não se obrigam simplesmente a prosseguir nas negociações (permanecendo firmes os eventuais acordos já alcançados), mas obrigam-se, sem mais, a concluir um contrato com um certo conteúdo. A peculiaridade de tal instrumento jurídico é justamente esta: as partes já definiram os termos essenciais da operação econômica que tencionam realizar (...) mas não querem passar de imediato a actual-la juridicamente, não querem concluir, desde já, o contrato produtor dos efeitos jurídico-econômicos próprios da operação; preferem remeter a produção de tais efeitos par um momento subsequente, mas, ao mesmo tempo, desejam a certeza de que estes efeitos se produzirão no tempo oportuno, e por isso não aceitam deixar o futuro cumprimento da operação à boa vontade, ao sentido ético, à correção recíproca, ao invés, desde logo matéria de um vínculo jurídico".

92. Sobre o assunto, no direito italiano, entre outros, consulte-se: ROPPO, Enzo. O Contrato; GIUSTI, Alberto & PALADINI, Mauro. Il Contratto Preliminare; ALABISO, Aldo. Il Contratto Preliminare; TAMBURRINO, Giuseppe. I Vincoli Unilaterali nella Formazione Progressiva del Contratto.

93. Acerca do tema, no direito português, v.: COSTA, Mário Júlio de Almeida. Contrato-Promessa - Uma Síntese do Regime Actual; DELGADO, Abel. Do Contrato-Promessa; TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações; VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral. Vol. I; VARELA, J. de M. A. Sobre o Contrato-Promessa; CORDEIRO, António Menezes. Estudos de Direito Civil. Vol. I; SILVA, João Calvão da. Sinal e Contrato-Promessa; PROENÇA, João Carlos Brandão. Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral - A Dualidade Execução Específica-Resolução.

94. No ordenamento jurídico espanhol v., por todos, Díez-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho civil Patrimonial.

figuras do compromisso de compra e venda e da promessa de compra e venda. Porém, a denominação mais correta é a de contrato preliminar, sendo aquelas meras espécies desta forma genérica.

O contrato preliminar, destarte, pode ser unilateral ou bilateral. Será daquele tipo quando perfeito pelo consentimento de ambas as partes, produz obrigações para somente uma delas (Ex. opção)⁹⁵. Será bilateral, por outro lado, "quando gera obrigações para ambos os contratantes, ficando desde logo programado o contrato definitivo, como dever recíproco, obrigadas ambas as partes a dar-lhe seu consentimento"⁹⁶ (Ex: promessa de compra e venda)⁹⁷.

Evidente, por outro lado, que o contrato preliminar, ainda que paritário, deverá se amoldar às regras contratuais previstas nos artigos 30 a 54 do Código do Consumidor, por expressa disposição do artigo 29 do dito instrumento legislativo.

95. "Num contrato deste tipo, como se sabe, uma das partes obriga-se a celebrar determinado contrato, sem que a outra se vincule a esta celebração. Porque se trata de contrato-promessa unilateral, só o promitente fica vinculado à celebração do contrato prometido. A outra parte nada promete, por isso, livre de concluir ou não o contrato definitivo" Apud in MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. p. 189.

96. PEREIRA, C.M. da S.. ob. cit.. p. 57. Sobre o tema v., também, GOMES, Orlando. Contratos. p. 152/3.

97. Sobre a perfeita distinção entre contrato preliminar unilateral e bilateral, com análise do art. 411 do Código Civil Português, v. DELGADO, Abel. Do Contrato-Promessa. ps. 16/18. Dito autor traz à baila um exemplo interessante de contrato preliminar unilateral, cuja frequência prática é significativa: "Um caso frequente de contrato-promessa unilateral é aquele em que o documento estiver apenas assinado por um dos contraentes, v.g., pelo promitente vendedor; neste caso, a promessa não deixa de valer em relação ao que assinou, como promessa de venda, embora em relação ao outro não valha como promessa de compra".

Acerca do tema, v., autor e ob. cits. p. 155/6.

Por inteira será sua aplicabilidade em se tratando de relação de consumo. Em quaisquer das hipóteses, todavia, possível será a utilização dos dispositivos que permitem a proteção contratual do consumidor, desde que a demanda tenha por objeto a violação de dispositivo de proteção da relação de consumo.

Frise-se, ainda, que nos países que adotam o sistema francês de transmissão da propriedade, entre os quais se destaca a Itália, existe uma certa dificuldade em distinguir o pacto provisório do definitivo, quando se está diante dos chamados contratos com eficácia real. Isto porque se no preliminar já se encontram todos os elementos do definitivo, não se trataria daquele, mas deste⁹⁸.

A solução para o problema passa por uma completa verificação da vontade das partes, utilizando-se para tanto a hermenêutica⁹⁹.

98. ROPPO, E. O Contrato. p. 105 trabalha com hipótese de evidente contrato preliminar, mas que no direito italiano seria contrato definitivo. Observe-se o exemplo: "conclui-se uma compra e venda imobiliária por escrito particular, com a intenção de formalizá-la posteriormente num registro notarial. Aqui os efeitos do contrato - em particular, a transferência da propriedade do imóvel - produzem-se desde o primeiro momento (sempre, bem entendido, que a forma, originariamente empregada, seja idónea para o tipo de contrato em questão: não seria esse o caso se, no exemplo dado, a venda fosse feita só verbalmente).

Sobre a importância do sistema translativo de propriedade no estudo dos contratos preliminares v., AICARDI, Hector J. Cerruti. La Promesa de Contratar. pp. 248/275.

99. Esta também é a opinião de SPECIALE (il 'Vorvertrag' nell'ambito delle Nuove Tendenze in Materia di Formazione Progressiva del Contratto. p. 59): "In generale l'orientamento prevalente ritiene che al fine di accertare se sia stato concluso un contratto definitivo o un contratto preliminare, l'interprete debba desumere dal complesso delle clausole contrattuali se le parti abbiano voluto attuare immediatamente il trasferimento di un diritto oppure deferirlo, facendolo dipendere da una nuova manifestazione di volontà".

IV.3. Negociações Preliminares, Puntução¹⁰⁰ e Proposta

Não se deve confundir contrato preliminar com negociações preliminares, pois naquele existe um negócio jurídico, ainda que prefacial, pronto e acabado, no qual as partes já estabeleceram de forma clara o seu querer acerca do contrato futuro a ser realizado; nestas, ao contrário, as partes estão deliberando acerca das condições do contrato a celebrar, estão em tratativas, sequer definido está se efetivamente chegarão a pactuar. Ademais, as conversações inaugurais, via de regra¹⁰¹, não possuem caráter vinculante, ao contrário do contrato-promessa, nem responsabilizam pelo inadimplemento¹⁰².

100. Ainda que a palavra puntução não exista no direito brasileiro, ela é nele utilizado como tradução literal das expressões *punktation* do direito alemão e *puntuazione* do direito italiano. Privilegia esta terminologia na presente monografia, equivalendo-a à minuta, forma qualificada de negociação preliminar.

101. Sobre a responsabilidade pré-contratual v. ROPPO, E. ob. cit. ps. 105/9. V., também, LOPES, M.M.de S. ob. cit. Vol. III, p. 70/1 e TAMBURRINO, Giuseppe. I Vincoli Unilaterali nella Formazione Progressiva del Contratto. ps. 28/34.

102. Neste sentido é a opinião de MOURA, M. A. Promessa... ob. cit. p. 27/8: "o ponto saliente da diferença entre negociações preliminares e promessa de contrato consiste em que as negociações prévias não vinculam, nem obrigam, em regra, os que nela se envolvem. Como princípio assente, reconhece-se aos negociadores preliminares o direito de desistirem sem que isso implique responsabilidade, posto que os entendimentos que elas supõem visam justamente a encontrar o acordo sobre o conteúdo do contrato que têm em vista. Só excepcionalmente, quando se configure o abuso de direito, caracterizado pelo abandono brusco e imotivado das negociações por parte de um, poderá surgir a responsabilidade pré-contratual, com vistas ao ressarcimento do prejudicado pelos danos que sofreu em decorrência da boa fé com que se houve durante as tratativas. Mas, tal responsabilidade só excepcionalmente pode advir e desde que fique caracterizado o abuso praticado pela parte faltosa". Com posicionamento semelhante v. LOPES, M.M. de S.. ob. cit.. Vol. III, p. 69/70.

J. X. Carvalho de Mendonça¹⁰³ deixa bem claro esta situação ao se referir às negociações ou práticas preliminares, ou seja, aquelas "combinações nas quais cada uma das partes procura para si condições mais favoráveis, não constituem contrato; não obrigam, ainda que do resultado decorresse uma série de pontos assentados, ou ainda redigidos por escrito.

Qualquer das partes pode livremente se retirar, romper ou modificar as combinações prévias, sempre a título provisório, sem receio de responsabilidade pela sua culpa extracontratual, ou, conforme se diz, de responsabilidade pré-contratual. É necessário que se manifeste a vontade de obrigar-se, firmando-se nitidamente a proposta e a aceitação sobre todos os pontos do contrato, para que este surja".

É evidente que este pensamento não é absoluto, pois quando uma das partes age com malícia, em detrimento da boa-fé contratual ou, rompe arbitrariamente as negociações, pode ficar sujeita à referida responsabilidade pré-contratual¹⁰⁴.

103. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Vol. VI, nº 543, pp. 487/8.

104. ROPPO (O Contrato, p. 107) ao discorrer sobre o tema deixa claro que "uma hipótese típica de responsabilidade pré-contratual é a da ruptura das negociações, Porém, aqui, a exigência de tutelar a parte desiludida na sua legítima confiança em torno da conclusão do contrato, deve conciliar-se com o princípio pelo qual o vínculo nasce só quando o contrato se forma, enquanto que antes desse momento as partes são livres de procurar melhores ocasiões (...). O ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo a qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e arbitrária, e não já quando é apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade económica (como quando sobrevêm circunstâncias inesperadas que tornam o contrato não mais conveniente, ou a contraparte modifique inopinadamente a sua posição, pretendendo impor condições mais gravosas). Em presença destas circunstâncias não se pode, de facto,

Por outro lado, ainda sem se tratar de pré-contrato, existe a figura da *punktation* no direito alemão ou da *puntuazione* no direito italiano, nesta pode-se dizer que há negociação preliminar qualificada pela elaboração de escritos desenvolvendo a vontade das partes, ou seja, minutas ou protocolos de intenção¹⁰⁵.

A pontuação situa-se, destarte, num meio termo entre as negociações preliminares e o pré-contrato. Frise-se, contudo, que o simples fato de haver documento escrito não significa que haja minuta, pois pode o escrito traduzir meras tratativas inaugurais.

Ainda que não possam ser configuradas como um pré-contrato e não haja a menor possibilidade de execução específica¹⁰⁶, os pontos inseridos em minutas podem assumir caráter vin-

...Continua...

dizer que a parte que desiste - dando, entenda-se, imediato aviso à contraparte - se comporta de modo incorrecto e viole o dever de boa-fé".

105. Sobre o desenvolvimento do tema v. brilhante voto do Ministro MOREIRA ALVES quando do julgamento do RE 88.716/RJ (Apud in RTJ 92/250-309).

106. CLÁUDIA LIMA MARQUES (Contratos no Código... p. 115) traz, com incomum equívoco, opinião diversa: "na visão tradicional, o empresário ou o seu preposto prestaria várias informações para o consumidor sobre o produto a ser adquirido, sobre as formas de pagamentos, os eventuais acréscimos, juros, frete etc., mas estariam as partes agindo na fase pré-contratual, preliminar de negociações, e, portanto, não vinculativa. Agora o CDC amplia a noção de oferta no art. 30, inclui todas as informações suficientemente precisas, mas, principalmente, regula a fase pré-negocial no art. 48 do Código, (...)"

A autora está correta quando afirma que o artigo 30 aumentou a noção tradicional de oferta e isto está bem claro nas pp. 105/114 de sua obra. Não obstante, aí está-se a falar em oferta, logo proposta que é vinculante para o fornecedor. Por outro lado, parece confundir a jurista fase pré-contratual com pré-contrato.

culativo e configurar responsabilidade pré-contratual quando o seu descumprimento for imputável¹⁰⁷. Isto porque o sistema que melhor se adequa ao direito brasileiro é o concebido pelo Código Civil Português em seu artigo 232, visto que "o contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo"¹⁰⁸.

RENATO SPECIALE¹⁰⁹, em estudo sobre o contrato preliminar no direito alemão, deixa claro a principal diferença entre a *Punktation* e o *Vorvertrag*: "...nel caso le parti abbiano già steso per iscritto i punti e abiano sottoscritto tale accordo, di puntuazione, queste si devono considerare obbligate ad esso. Com ciò, sussisterebbe solo l'obbligo accessorio di cooperare per

...Continua...

Naquela faz-se referência às negociações preliminares, antecessoras da oferta, enquanto que nesta diz-se respeito ao contrato preliminar. A lei (art. 48) refere-se a este e não àquela.

107. O Código Civil Austríaco dispõe no art. 885: "So o ato formal do contrato não se acha ainda redigido, mas existe uma minuta dos pontos principais adotada e firmada pelas partes, esta minuta estabelece imediatamente os direitos e ônus que aí estão expressos".

108. A doutrina de CARVALHO SANTOS (Código Civil Brasileiro Interpretado. Vol XVI, p. 39) é clara a respeito: "se, embora acordados no preço e na coisa, não entraram as partes em entendimento, sendo expresso o seu desacordo sobre essas cláusulas secundárias, por isso, em casos tais, diante do desacordo manifestado, a lei não pode suprir a vontade das partes, que, em sentido contrário, se haviam manifestado".

Lembre-se, não obstante, que quando o ponto secundário não estiver expresso no contrato, mas puder ser satisfeito pela aplicação, pura e simples da regra legal, não se aplica a doutrina retro transcrita. Exemplo disso é a preconização do art. 1129 do CC.

109. Il 'Vorvertrag nell'Ambito delle Nuove Tendenze in Materia di Formazione Progressiva del Contratto. p. 57.

la documentazione completa dell'accordo"¹¹⁰.

Assim, ainda que não seja a possibilidade da execução específica que, efetivamente, caracteriza o contrato preliminar, visto a existência de pactos de tal ordem, que não viabilizem tal situação, como, v.g., a promessa de casamento, nele já existem pontos suficientes para a elaboração de um contrato futuro, caracterizados por um acordo vinculante, destinado à celebração de um termo definitivo.

Por outro lado, se é discutível o caráter vinculante das negociações preliminares ou das pontuações, não geradores de execução específica, o mesmo não se dá com a proposta.

A proposta é regulada pelos artigos 1080 a 1086 do Código Civil e 30 a 35 do Código do Consumidor¹¹¹.

A proposta uma vez realizada é obrigatória e irrevogável, salvo se esta possibilidade resulte clara da convenção¹¹².

Não obstante, a revogabilidade da oferta é excep-

110. Livre tradução do autor: "no caso de as partes estenderem por escrito os pontos principais e hajam subscrito o acordo, a minuta, estes devem considerar-se obrigatório para elas. Com isso subsistiria somente a obrigação acessória de cooperar para a documentação completa do acordo".

111. Sobre a análise dos artigos 30 e 35 da legislação de consumo v. capítulo VIII, item VIII.2 a) do presente estudo.

112. Este é o sistema do Código Civil português que em seu artigo 230 é claro: "1. Salvo declaração em contrário, a proposta de contrato é irrevogável depois de ser recebida pelo destinatário ou de ser dele conhecida. 2. Se, porém, ao mesmo tempo que a proposta, ou antes dela, o destinatário receber a retractação do proponente ao tiver por outro meio conhecimento dela, fica a proposta sem efeito. 3. A revogação da proposta, quando dirigida ao público, é eficaz, desde que seja feita na forma da oferta ou em forma equivalente".

cional, somente sendo possível em casos que coincida com a natureza jurídica do instituto e não sirva de instrumento para lesar o consumidor¹¹³. Dessarte o sistema pátrio é mais rígido e protetivo que o português.

Os dispositivos da legislação civil e de consumo complementam-se, deixando claro que o caráter obrigatório da proposta (art. 1080 do CC) significa, também, irrevogabilidade desta¹¹⁴.

Acrescente-se, por fim, que para valer como tal a proposta, oriunda de uma declaração unilateral de vontade do po-

113. Exemplo claro desta situação são as arras penitenciais, previstas nos artigos 1095 e 1097 do Código Civil.

114. Esta não é, porém, a opinião de DARCY BESSONE (Do Contrato - Teoria Geral, pp. 157/167). Dito autor entende que o caráter obrigatório da oferta não significa a sua irrevogabilidade, mas somente que vincula o policitante a, se inadimpli-la, responder por perdas e danos. Sua justificativa é clara: "(...), a obrigatoriedade da oferta não se confundirá com a irrevogabilidade.

O proponente poderá revogá-la, ainda que respondendo pelo prejuízo decorrente da revogação, e, revogando-a, impedirá a formação do contrato, porque o acordo de vontades deve ser atual e não se poderá realizar quando, ao ser manifestada a aceitação, a proposta já houver sido destruída pela revogação. (...)

A proposta irrevogável apresenta-se como uma declaração unilateral de vontade, pela qual o proponente se obriga pelo próprio objeto do contrato proposto, sob a condição suspensiva de ser aceita. Se for aceita, a declaração unilateral será absorvida pelo contrato, que se formará em consequência da própria aceitação e por efeito também da vontade do proponente. Na verdade, a irrevogabilidade implica o vínculo unilateral, sob condição suspensiva, e exclui, antes da aceitação, a hipótese de resultarem do acordo de vontades as obrigações do proponente (sic).

Confundida a obrigatoriedade com a irrevogabilidade, o contrato perderia a categoria de fonte de obrigações, e as obrigações voluntárias passariam a ter por fonte única a declaração unilateral, anterior ao acordo de vontades" (ob. cit. pp. 166/167).

Referido posicionamento poderia até ser defensável sob a ótica do Código Civil, quando concebido. Não obstante, perde toda a sua razão de ser a partir da moderna concepção de efetividade das obrigações, aliada à função social do contrato e suas novas idéias, bem como às disposições do vigente CDC.

licitante, com caráter vinculante, cuja eficácia iniciará com o conhecimento da parte interessada (declaração receptícia de vontade), além de ter os requisitos essenciais do negócio jurídico em questão, deverá ser séria, completa, precisa e inequívoca.

"Antes de tudo deve ser séria, pois a ordem jurídica não permitiria uma burla, nem seria compatível com a seriedade do direito que a proposta iniciadora de um contrato tivesse feição diversa, hipótese em que seria uma farsa ou uma brincadeira. Deve ser completa no sentido de que deve conter todos os requisitos necessários a bem esclarecer o espírito daquele a quem se dirige; p. ex.: num contrato de compra e venda, uma proposta que não mencione o preço não pode ser considerada completa. Deve ser, ainda, precisa ou clara, contendo não só a linguagem simples, coerente e acessível a todos, mas também cláusulas de fácil interpretação, para evitar incômodos futuros ou soluções extravagantes. A oferta não deve conter condições potestativas ou reservas pessoais para complemento posterior. Ou revela manifestação de vontade ou se sujeita a novo consentimento, que implicará nova policitação. As reservas tiram a clareza e a força da convicção da proposta. A proposta deve ser inequívoca, traduzindo incontestavelmente a vontade do proponente. Pode ser expressa ou tácita, pois não depende, em regra, como já afirmamos, de forma especial (sic)"¹¹⁵.

IV.4. Contratos Cíveis, Comerciais e de Consumo

115. DINIZ, M.H. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 3º Vol., pp. 41/2. Sobre o tema v., também, BESSONE, D. Do Contrato... pp. 156/7.

Dizendo o óbvio, contratos civis são aqueles que têm por objeto uma relação jurídica civil, enquanto que o comercial é aquele cujo objeto reside numa relação mercantil. Porém, tal idéia não basta. Na verdade, comercial é o contrato que tem por matéria um bem móvel ou imóvel que a lei considere como assunto do direito mercantil, em que pelo menos uma das partes é comerciante e, no caso concreto, está a contratar em razão desta condição. Os demais são civis^{116 117}.

Mais especificamente, pode-se dizer que os referidos contratos se distinguem quanto ao objeto; à formação; ao ônus e à prova. Isto porque pela própria dinâmica do Direito Comercial, tais contratos são formados de maneira mais informal, ao passo que os civis, pela sua própria estática, são mais complexos. Ademais, os contratos comerciais sempre serão onerosos, pois não se compreende uma atividade mercantil gratuita. Por outro lado, o objeto do comercial serão os bens móveis e somente por exceção legal, os imóveis. Por fim, a prova dos mercantis é mais elásti-

116. BITTAR, Carlos Alberto. Contratos Civis. ps. 08/14, traz uma relação de contratos previstos no Código Civil, em leis especiais, no Código Comercial, no Projeto do Código Civil, bem como oriundos da *praxis* mercantil.

117. Em idêntico sentido v. BITTAR, Carlos A. Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais. p. 87, "...contratos civis são aqueles que se desenvolvem na vida comum e em atividades definíveis como tal (prestação de serviços, agricultura, pecuária, enfim, de estruturação mais simples). Contratos comerciais são os que se inserem no âmbito de atividades mercantis, ou seja, de produção, e de comercialização em escala, sob organização empresarial mais complexa, compreendendo as atividades por natureza conceituadas como tal (de produção, industrialização, comercialização, intermediação e distribuição de bens e de serviços em massa) e as por lei assim qualificadas (como as das agências de propaganda, de empresas de incorporação, de imóveis, de construção, de alocação de mão-de-obra, ou de trabalho temporário e outras)".

ca, não sendo tão limitada quanto a civil¹¹⁸

É evidente que tal distinção mostra-se irrelevante para os ordenamentos jurídicos que adotaram a unificação do Direito Privado ou das obrigações¹¹⁹.

Com relação aos contratos de consumo, é importante dizer que o código de defesa e proteção do consumidor, gerado pela lei nº 8.078/90, causou verdadeira revolução no meio jurídico a partir de sua aprovação. Com ele passou-se a conceder tratamento privilegiado às relações de consumo, visando sobretudo a proteção do consumidor, em face do reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado de consumo¹²⁰.

É manifesto, destarte, que o objeto de incidência do Código do Consumidor é a relação de consumo. Segundo a dicção de CRETELLA JÚNIOR¹²¹, "denomina-se relação de consumo a relação jurídica que se forma entre fornecedor e consumidor, devendo, este último, ser pessoa física ou jurídica adquirente ou utente, de produto ou serviço, como destinatário final, equiparando-se-lhe a coletividade de pessoas, ainda que indeterminável, desde que passe a integrar essa relação".

Dentro da referida relação presentes estão consumidor e fornecedor, sendo que tais conceitos, bem como o de pro-

118. BITTAR, C.A. Direito dos Contratos... ob. cit. p. 88 possui entendimento semelhante, considerando, outrossim, a causa como fator diferencial.

119. No primeiro caso é exemplo o Código Civil Italiano e no segundo o Código Suíço das Obrigações.

120. V. a respeito inciso I do artigo 4º do lei de proteção ao consumidor.

121. Comentários ao Código do Consumidor. p. 09.

duto, são vislumbrados pelos artigos 2.^o122 e 3.^o123 da lei n.^o 8.078/90.

Não obstante, tais conceitos são extensos demais, e "a amplitude de uma definição de consumidor (...) pode-se transformar em óbice ao desenvolvimento do Direito do Consumidor, na medida em que tal conceito jurídico de consumidor quase chega a se confundir com o seu similar econômico (excluindo-se deste último, evidentemente, o consumidor intermediário). Em outras palavras: se todos somos consumidores (no sentido jurídico), inclusive as empresas produtoras, por que, então, tutelar-se, de modo especial, o consumidor?"124.

Assim sendo, a interpretação que deve ser dada ao conceito de consumidor deve ser finalista e não maximalista, no sentido de considerar como destinatário final o "destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produ-

122. "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Parágrafo Único: "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo (sic) nas relações de consumo".

123. "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços". § 1.^o: "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial". § 2.^o: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

124. BENJAMIN, Antônio Herman V. O Conceito Jurídico de Consumidor. RT 628/77.

ção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção de novos benefícios econômicos (lucros), o bem estaria sendo transformado novamente, usado como instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu¹²⁵.

Todavia, tal teoria finalista não afasta da proteção da legislação de consumo aquela situação de vulnerabilidade, seja ela fática ou sócio-econômica; jurídica ou científica; ou técnica¹²⁶.

Além dessas situações de consumo expressamente previstas na lei, existem aquelas em que, muito embora não tenham por objeto uma relação de consumo, o manto agasalhador do código lhes é estendido.

Tal possibilidade é expressamente prevista no artigo 29 da Lei 8078/90. Este dispositivo é claro ao asseverar que "para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". Os capítulos a que se refere o artigo mencionado são os de nº V, atinente as Práticas Comerciais (arts. 30 a 45, e o de nº VI, aludente à Proteção Contratual (arts. 46 a

125. Cf. a respeito MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. p. 67.

126. Maiores detalhes sobre o tema v., por todos, MARQUES, C. L. ob cit. p. 72/75.

54)¹²⁷.

Questiona-se, então, se os chamados contratos de consumo, ou seja, aqueles que têm por objeto tal tipo de relação ou são em razão da lei assim considerados, constituem campo jurídico próprio ou se são complementares aos contratos privados em geral.

Para FÁBIO ULHOA COELHO¹²⁸, há verdadeira tripartição do sistema jurídico privado entre o Direito Civil, o Direito Comercial e o do Consumidor, de sorte que somente por exceção as regras deste se aplicam àqueles¹²⁹.

MARIA ANTONIETA DONATO¹³⁰, por sua vez, entende impossível desconsiderar regras próprias do Direito Civil e do Comercial em benefício da legislação de consumo, visto que nem o

127. Referido dispositivo é de grande importância no sistema jurídico de consumo. Lamentável, destarte, que JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO desconsidere seu relevo, na medida em que, segundo ele, "a nova equiparação, determinada pelo art. 29, pretende abrangência subjetiva ainda mais larga, até mesmo mercê da inclusão de pessoas não-determináveis no conceito de consumidor. Tal preocupação extensiva pouco ou nada acrescenta à aplicação do Código. Em termos jurídicos, servindo o preceito apenas para reforçar a generalização do conceito de consumidor, já enfática e sucintamente estabelecida pelo novo estatuto" (Apud in CRETELLA JR, José; DOTTI, René Ariel et alii. Comentários ao Código do Consumidor. p. 111).

128. O Empresário e os Direitos do Consumidor. p. 131/132.

129. Esta é a íntegra do pensamento do referido autor: "O direito privado brasileiro em vigor, entretanto, fracionou-se em três distintos regimes, e, em regra, as lides entre partes de contratos civis e comerciais não podem ser resolvidas à luz do disposto no Código de Defesa do Consumidor. Apenas por exceção a tal regra, pode-se cogitar da aplicação analógica da lei tutelar dos consumidores, com vistas a integrar a lacuna na legislação de inspiração liberal referente aos negócios de massa" (ob. cit. p. 131).

130. Proteção ao Consumidor - Conceito e Extensão. p. 250.

Código Civil nem o Comercial foram revogados por aquela. Somente na hipótese de omissão daqueles, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil¹³¹, seria aplicável o Código do Consumidor às relações que não seriam propriamente de consumo¹³² 133.

131. "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

132. Em sentido contrário, com ampla aplicação do artigo 29 aos contratos não tipificados como de consumo, v. decisão da 2ª Câmara Cível do TA/RS, tipificada no julgamento da Apelação Cível nº 192188076.

133. DONATO, M.A.Z. ob. cit. p. 250, assevera *in verbis*: "Assim, as matérias tratadas pelos Capítulos V e VI, ainda que possam sugerir a idéia de aplicação genérica, só o são em relação às pessoas - físicas ou jurídicas - devendo-se, entretanto, perquirir-se acerca de suas atividades. Se, v.g., expostas a uma prática abusiva quando da atividade de consumo, aplica-se-lhes a norma sem qualquer restrição. Entretanto, se a atividade desenvolvida caracteriza-se como comercial ou civil, as normas constantes desses dispositivos só poderão ser aplicadas desde que omisso o regramento jurídico pertinente".

Acrescente-se, porém, que a referida autora, ao que tudo indica não está muito segura de sua posição, pois em outras partes de sua obra externa pensamento diametralmente oposto. Assim, na p. 247, afirma: "entendemos que, a partir do momento que a norma dispõe a sua abrangência a todas as pessoas expostas a essas práticas comerciais, evidente é a sua incidência sobre todas as pessoas. Não importa a sua qualificação. Estando qualquer pessoa, física ou jurídica, exposta a uma prática comercial abusiva, o CDC outorgar-lhe-á a sua tutela". Por outro lado, na p. 243, é igualmente incisiva: "o art. 29, como já mencionado, possui uma abrangência bem mais extensa e ampla, bastando, para nessa categoria subsumir-se, a simples exposição do consumidor àquelas práticas. Prescinde-se, pois, da efetiva participação da pessoa na relação de consumo (art. 2º) ou de ter sido atingida pelo evento danoso (art. 17). Mostra-se suficiente estar exposto a essas práticas para receber-se a tutela outorgada". Por fim, na p. 132, a contradição completa-se: "anote-se, entretanto, que raríssimos serão os litígios envolvendo entidades financeiras, securitárias ou bancárias em que se aplicará o conceito de consumidor contido neste dispositivo legal (art. 2º), eis que, os conflitos advindos dessa espécie de relação jurídica, certamente apresentar-se-ão circunscritos à proteção contratual, às práticas comerciais e à publicidade enganosa, quando então deverá ser aplicado o conceito exarado pelo art. 29 do CDC".

Na verdade, não há como negar uma certa autonomia das relações de consumo e dos contratos delas resultante. Não obstante, em face da expressa disposição contida no artigo 29 da legislação consumerista, o CDC aplica-se, com relação aos artigos 30 a 54, a todos os contratos, sejam civis, comerciais ou de consumo propriamente ditos, de adesão ou paritários. Por extensão, a ditos contratos, também, atinge o abrigo processual dos artigos 81 a 90 do Código de Consumo¹³⁴.

Se assim não fosse, razão alguma haveria para a existência jurídica do aludido artigo 29, se este não tivesse por escopo atingir relações jurídicas que não fossem de consumo. Ademais, a lei não pode ser interpretada de forma a atingir o absurdo, nem tampouco nela são inseridas palavras inúteis.

É nessa ótica os pensamentos de THEREZA ALVIM¹³⁵

134. Neste sentido é claro ALVIM, José Manoel de Arruda. Código do Consumidor Comentado. p. 165/166, ao se referir ao alcance da proteção processual: "Assim, quando estabelece, o Código do Consumidor, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, abrange todos os que ficaram prejudicados, vítimas, portanto, e seus sucessores. É possível que um fornecedor, por exemplo, por dano decorrente de fato do produto, se possa beneficiar do sistema do Código do Consumidor, enquanto vítima do evento. Em realidade, esses textos compreendem os 'consumidores', enquanto vítimas; mais ainda, aqueles que, não sendo própria e intrinsecamente 'consumidores', resultam a estes equiparados, pelo sistema do Código do Consumidor (artigos 17 e 29)".

Sobre o tema v., ainda, NERY JR., Nelson. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor e KROETZ, Tarcísio Araújo. Efetividade da Tutela Jurídica Processual no Código do Consumidor.

135. A autora é clara: "para que se alargasse, ainda mais, a abrangência do termo 'consumidor', o artigo 29 determinou a equiparação a consumidor de todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais, para os fins de que tratam os Capítulos V e VI, ou seja, desde a oferta até o contrato, inclusive. Em ficando explícito que essa pessoas são, para esses efeitos, consideradas consumidores, podem elas, individual ou coletivamente usar dos meios, previstos neste Código do Consumidor,

e de CARLOS EDUARDO MANFREDINI HAPNER¹³⁶.

Por esses motivos, a equiparação legal atinge a todos os contratos, mesmo que não de consumo, sempre que haja inobservância das regras previstas nos artigos 30 a 54 da legislação própria¹³⁷.

IV.5. Princípios Contratuais Básicos e de Consumo

Tendência contratual mais moderna tende a sepultar a comum classificação quintupla dos princípios contratuais genéricos¹³⁸.

Assim, não se pode falar, sobretudo em razão do flagrante papel social do contrato, em obrigatoriedade da conven-

...Continua...

para se voltar contra os que, por sua vez, são considerados fornecedores e, conseqüentemente, responsáveis pelas práticas comerciais" (*Apud in* ALVIM, J.M.A. et alii. Código do Consumidor Comentado. p. 79).

136. "Para os efeitos da proteção contratual, é importante sempre ter em conta que o consumidor, apesar de não estar definido especialmente no art. 2º e seu parágrafo, poderá restar caracterizado por força do art. 29 do CDC (...), dada a equiparação aos consumidores de todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas previstas nos Capítulos V e VI, este último dedicado à proteção contratual. De resultado, as pessoas expostas às práticas contratuais consideradas abusivas ou submetidas à cláusulas contratuais vexatórias (art. 51), mesmo não sendo caracterizáveis em princípio como consumidores pelo art. 2º da lei, receberão a proteção que o CDC empresta através (sic) dos artigos 46 e seguintes, ora comentado, tudo por força do art. 29, antes referido" (*Apud in* CRETELLA JR., J.; DOTTI, R.A. et alii. Comentários ao Código do Consumidor. p. 153).

137. Acerca do tema em debate na presente monografia, o real alcance dos contratos preliminares que não se enquadrariam na relação de consumo propriamente dita, serão analisados com maior profundidade no Capítulo VIII.

138. Sobre o assunto v., por todos, NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais.

ção; autonomia da vontade¹³⁹; relatividade dos efeitos; boa-fé e consensualismo¹⁴⁰.

Destarte, dentro da idéia de autonomia da vontade enquadram-se, de igual sorte, a liberdade de contratar, o consensualismo e a relatividade dos efeitos, chamados de sub-princípios¹⁴¹.

A obrigatoriedade da convenção deixa de ser considerada como princípio em si mesmo, mas em justificativa para a importância da boa-fé nas relações negociais. Assim é que NORONHA¹⁴² aduz que "se ainda hoje é correto afirmar-se que a obrigação de cumprir o contrato está associada ao dever, de raiz essencialmente ética, de respeitar a palavra dada, mais importante do que este, do ponto de vista social, é a necessidade de assegurar a observância de certos compromissos - necessidade esta liga-

139. Ressalvado em França, a expressão mais correta atualmente, sobretudo em razão da função social dos contratos, é a de autonomia privada. Na verdade, contudo, a maior parte da doutrina utiliza ambas as expressões de forma indistinta. PONTES DE MIRANDA, porém, conforme lembra BERNARDES DE MELLO (Teoria do Fato Jurídico, p. 169), prefere a expressão auto-regramento da vontade privada e assevera: "evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de auto-regramento de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade, em direito público, - o que seria falsíssimo".

140. Na verdade, neste tópico não se tenciona uma análise mais profunda de cada um dos princípios, mas tão-somente a individualização de cada um deles para eventual aprofundamento futuro.

141. A importância da idéia de autonomia privada pode ser comprovada pelo fato de se constituir em princípio fundamental do Direito Civil. A respeito do tema v. HÖRSTER, Heinrich Ewald. A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil. ps. 51/70; LARENZ, Karl. Derecho Civil - Parte General. ps. 41/64; e PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. ps. 88/112.

142. O Direito dos Contratos... ob. cit. p. 116.

da essencialmente à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé".

Por fim, nasce um novo princípio, ou seja, o da justiça contratual. Tal idéia justifica o princípio contratual mais moderno decorrente da necessidade de equidade contratual, ou seja, de equivalência das obrigações assumidas.

Assim, a "justiça contratual será, portanto, uma modalidade de justiça comutativa. Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual"¹⁴³.

Frise-se, outrossim, que o princípio em comento não diz respeito, tão-somente ao equilíbrio contratual no sentido estrito da expressão, mas visa, sobretudo, uma melhor distribuição dos ônus e riscos pactuadas para as partes celebrantes¹⁴⁴.

Além dos princípios contratuais genéricos retro referidos, aplicáveis a todas as figuras convencionais, ou seja, a autonomia privada, a boa-fé e a justiça contratual, existem aqueles destacáveis em uma relação contratual de consumo.

Desta forma, são princípios próprios desta espécie de relação a transparência, a equidade - equilíbrio contratual e

143. NORONHA, F. ob. cit. p. 215.

144. Neste sentido é a lição da LARENZ, K. ob. cit. p. 61: "Sin embargo, en la justicia contractual compensatoria no se trata solamente del principio de equivalencia en sentido estricto - la exigencia de una equivalencia, al menos aproximada, de prestación e contraprestación - sino, también, y con mayor alcance, de una 'justa' distribución de las cargas y riesgos relacionados con un contrato".

a confiança. Aliado a estes, presentes especificamente na relação de consumo, também está o da boa-fé.

Segundo CLÁUDIA LIMA MARQUES¹⁴⁵ "transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo".

Este princípio tem seu ponto de enfoque básico no momento da formação do contrato e tem sua relevância, especificamente, na idéia de eficácia do termo contratual. Tal dever de informação das características e condições do contrato a ser firmado resta evidente na redação do artigo 52 da lei de consumo¹⁴⁶.

Essa idéia de transparência está presente na nova noção de oferta¹⁴⁷; no dever de informar sobre as condições e características do produto ou serviço¹⁴⁸; no dever de explicar o conteúdo do contrato¹⁴⁹, bem como na necessidade de que a redação dos pactos seja clara e precisa.

O princípio da boa-fé nas relações de consumo de-

145. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. p. 104.

146. Tal dispositivo legal determina que "no fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre; I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos igualmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; V - soma total a pagar, com e sem financiamento (...)".

147. v. art. 30 do CDC.

148. V. art. 31 do CDC.

149. V. art. 46 do CDC.

corre da interpretação da expressão harmonia contida no artigo 4º da Lei 8078/90, pois todos os princípios convencionais não existiriam ou seriam irrelevantes se não houvesse a necessidade das partes obrarem de boa-fé.

A aplicação prática desse princípio encontra-se presente na proibição da publicidade civil e enganosa¹⁵⁰, bem como em toda e qualquer prática comercial abusiva, sem se esquecer de mencionar o direito de arrependimento do consumidor sempre que a relação de consumo ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por meio do telefone ou em domicílio do consumidor¹⁵¹.

O equilíbrio contratual, visa aplicar na prática a idéia de igualdade substancial, visando impedir abusos e vantagens indevidas do fornecedor em relação ao consumidor. Ademais, conforme esclarece CLÁUDIA MARQUES¹⁵², "a vontade das partes manifestada livremente no contrato, não é mais o fator decisivo para o Direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo".

Em três pontos é realçada a importância deste princípio contratual: na interpretação dos contratos pró-consumidor; na proibição genérica e exemplificativa das cláusulas

150. A respeito do tema v., entre outros, RODYCZ, Wilson Carlos. O Regime da Publicidade Abusiva no Código de Defesa do Consumidor e A Obrigatoriedade de o Ofertante cumprir a Oferta Publicitária à Luz do Código de Defesa do Consumidor.

151. v. art. 49 do CDC.

152. Contratos no Código... ob. cit. p. 163.

abusivas¹⁵³, bem como por intermédio do controle judicial dos contratos, o que põe termo à idéia absoluta de intangibilidade das convenções.

Com relação ao princípio da confiança, ele é justificado pelo fato de que "a manifestação de vontade do consumidor é dada almejando alcançar determinados fins, determinados interesses legítimos. A ação dos fornecedores, a publicidade, a oferta, o contrato firmado, criam no consumidor expectativas, também, legítimas de poder alcançar estes efeitos contratuais"¹⁵⁴.

A proteção do consumidor decorrente da aplicação do princípio da confiança advém do novo regime contra os vícios do produto e serviços, seja em razão da qualidade, da falha de informação ou por vícios de adequação.

Esta proteção à confiança também é vislumbrada naquelas hipóteses de inadimplência do consumidor, protegendo-o contra cobranças abusivas, aplicando-se o artigo 42 do código¹⁵⁵.

Por outro lado, sendo a inexecução de parte do fornecedor, o sistema protetivo é eficaz, quer através das garantias processuais (tutela antecipatória nas obrigações de fazer ou não fazer - art. 84; garantia dos mais diversos tipos de ação para a defesa dos seus interesses), quer mediante a alteração da

153. V. art. 51 e incisos do CDC.

154. MARQUES, C.L. ob. cit. p. 179.

155. "Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça".

sistemática de aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica¹⁵⁶.

Diante disso, foram elencados três princípios contratuais gerais e quatro decorrentes do consumerismo. Não obstante, traçar princípios exclusivos da relação de consumo é afrontar o pensamento anteriormente defendido, ou seja, de que as regras de proteção ao consumidor possuem aplicabilidade mesmo fora das relações convencionais de consumo, conforme resta claro pela simples interpretação do artigo 29 da legislação consumerista¹⁵⁷.

Cumpra adequar os princípios referidos em um único grupo. Assim, os princípios da confiança e da transparência que se destacam como diferenciais, visto que o da boa-fé e o da equidade contratual são meras repetições dos já referidos, devem ser considerados como sub-princípios da boa-fé.

Por este motivo, seguindo a linha de LARENZ e de NORONHA, são princípios do direito contratual moderno a boa-fé, a autonomia privada e a justiça contratual.

IV.6. Código do Consumidor e a Nova Visão Contratual

Esta ótica nova, limitadora dos postulados contratuais clássicos¹⁵⁸, já alertada desde o início do século por doutrinadores em geral, passou a ser acolhida pelos tribunais.

156. V. art. 28 do CDC. Sobre o tema v. POPP, Carlyle. Código do Consumidor e Desconsideração da Personalidade Societária. Jornal "O Estado do Paraná". Ed. de 17/07/94, p. 27.

157. Sobre o tema ver tópico Contratos Cíveis, Comerciais e de Consumo, item IV.4. deste capítulo.

158. Maiores detalhes sobre a alteração da postura contratual clássica, v. item IV.1 deste capítulo.

Entre tais decisões destacam-se aquelas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, resultando em súmulas. Entre aquelas ganha relevo a de nº 30 ("A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis), 35 ("Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio"), 60 ("É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste") e 61 ("O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado").

Frise-se que tais posicionamentos passaram a atingir todos os contratos, mesmo aqueles que não eram vinculados a relação de consumo. Tal concepção reflete uma preocupação eminentemente social dos tribunais, colocadora de um basta no princípio da intangibilidade e da força obrigatória, ciente de que as partes não podem ser vistas com absoluta igualdade de condições no momento de contratar, pois situações de caráter cultural e econômicas, mormente, podem coagir uma delas, supostamente a aceitar condições leoninas.

Isso, porém, não significa dizer que os postulados clássicos foram definitivamente sepultados, mas sim que eles hoje são encarados com muita reserva na maioria das situações e, em algumas hipóteses, são totalmente inadmissíveis.

No direito brasileiro, sem prejuízo da doutrina anterior, é evidente que o próprio Código do Consumidor muito

contribuiu para essa alteração¹⁵⁹.

Por esse motivo, tais alterações estarão mais presentes nos contratos de massa, de consumo, bem como nos de adesão, em que fica mais flagrante a desigualdade econômica das partes. Justamente por se opor a essa situação é que o Direito estabeleceu também a necessidade das partes atuarem com boa-fé¹⁶⁰ nas fases pré e pós-contratual. Nos contratos envolvendo particulares, norteadores de interesses essencialmente privados, a vontade das partes deve ser enaltecida, com a conseqüente diminuição do atuação estatal. A título de exemplo pode-se lembrar a atual lei do inquilinato, que privilegia tal realidade, especialmente, quando se refere à locação não residencial, com enfoque ainda maior na disciplina da locação de unidades em *shopping centers*. Em nenhum momento, porém, pode ser olvidada a aplicabilidade de tal proteção, também, às relações contratuais exclusivamente privadas, em face do que dispõe o artigo 29 do Código de Defesa e

159. O tema é vasto e altamente interessante. A doutrina tem se aprofundado no assunto, havendo diversas obras de qualidade e que merecem destaque. Entre aquelas pode-se destacar os trabalhos de MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor.; LÔBO, Paulo Luiz Neto. Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas. e O Contrato - Exigências e Concepções Atuais.; BITTAR, Carlos Alberto et alii. Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas.; ROPPO, Enzo. O Contrato. Ed. Almedina; BESSONE, Darcy. Renovação da Locação.; GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações. Ed. RT.; e COSTA, Judith Martins. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. RT 680 (47/58).; NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais.

160. Sobre o tema v., por todos, CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa Fé no Direito Civil. 02 Vols.

Proteção do Consumidor¹⁶¹.

Não obstante, ainda que se registre o bom trabalho desenvolvido pelos órgãos de proteção ao consumidor, a comunidade empresarial, os fornecedores, não acordaram para a importância prática de que contratos consubstanciados em relação de consumo sejam adequados à nova realidade trazida pela Lei nº 8.078/90. Tal aspecto é, facilmente, constatável na imensa maioria dos contratos desta ordem que grassam no mercado¹⁶².

Esta necessidade determina sejam obedecidas as disposições legais contidas nos artigos 46 a 54 da mencionada lei.

Muitos chegam a pensar que tal imperiosidade não geraria, em seu descumprimento, nenhuma consequência mais grave. Ledo engano! No primeiro dispositivo do Capítulo VI, quando Das Disposições Gerais, já se vislumbra que "os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo

161. Art. 29: "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas".

162. BULGARELLI, Waldírio. Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor. ps. 11 e 19, também participa do mesmo pensamento. "...se verifica que a retórica empregada ainda está presa àquela anterior à promulgação do Código de Defesa do Consumidor, vale dizer, do direito que se queria que fosse". "Fora de dúvida é, no entanto, que atualmente está em pleno vigor o Código, embora os sujeitos da relação fornecedor-consumidor, possam ainda não estar totalmente conscientes das modificações radicais introduzidas no regime jurídico dos direitos (do consumidor) e das responsabilidades (da empresa)".

a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance"¹⁶³.

Assim sendo, sem se questionar de sua validade em forma e conteúdo, para gerar efeitos jurídicos, ou seja, ser eficaz, todo o conteúdo do contrato deve ser previamente esclarecido ao consumidor, sob pena de não o vincular à convenção.

Desta forma, descumprido o dever de informar ao consumidor de todos os seus direitos e obrigações, inexistente vinculação. Logo, presume o legislador que a manifestação fática de vontade não possui valor jurídico, ou seja, é tida por inexistente^{164 165}.

CLÁUDIA LIMA MARQUES¹⁶⁶ é incisiva acerca do tema:

"como segundo reflexo do Princípio da Transparência temos o novo

163. Este é o conteúdo do artigo 46 do CDC.

164. A opinião de HAPNER, C.E.M.. Apud in CRETELLA JR., J. et alii Comentários ao Código... ob. cit.. p. 154, é que se trata de anulabilidade.

165. MELLO, M. B. Teoria do Fato... p. 94, deixa claro o que significa plano da existência: "aos sofrer a incidência da norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo complementar do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.

O casamento realizado perante quem não tenha autoridade para casar, um delegado de polícia, por exemplo, não configura fato jurídico e, simplesmente, não existe. Não se há de discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa de ser desconstituído judicialmente, como costumam fazer os franceses porque a inexistência é o não-ser que, portanto, não pode ser qualificado.

A existência do fato jurídico constitui, pois, premissa de decorrem todas as demais situações que podem acontecer no mundo jurídico.

166. Ob. cit. p. 120/1.

dever de informar imposto ao fornecedor pelo CDC. Este dever de informar concentra-se, inicialmente, nas informações sobre as características do produto ou do serviço oferecido no mercado. (...) O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia, a transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor¹⁶⁷.

E ao se referir às sanções do inadimplemento deste dever de oportunizar, é de uma clareza ímpar¹⁶⁸, colimando de inexistente o contrato que descumpra o dever de oportunizar: "o art. 46 do CDC surpreende pelo alcance de sua disposição. Assim, se o fornecedor descumprir este seu novo dever de 'dar oportunidade' ao consumidor 'de tomar conhecimento' do conteúdo do contrato, sua sanção será ver desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado. Em outras palavras, o contrato não tem seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato, o contrato de consumo como que não existe, é mais do que ineficaz, é como que inexistente, por força do art. 46, enquanto a oferta,

167. Outras observações sobre o princípio da transparência v., tópico IV.5. deste capítulo.

168. MARQUES, C.L. ob. cit. p. 130.

por força do art. 30, continua a obrigar o fornecedor!"¹⁶⁹ 170

Por outro lado, referido dispositivo legal não deve ser considerado como um incentivo à má-fé, como uma institucionalização do calote. Não é porque o contrato é inexistente, logo ineficaz, que o enriquecimento sem causa será privilegiado. Assim, v.g., realizando, consumidor e fornecedor, um contrato de mútuo bancário, em desrespeito às normas do mencionado artigo 46,

169. Como bem assevera NELSON NERY JR. (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. p. 316/7) "dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer, para o consumidor, ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato. Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e finalístico da norma indica dever o fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão".

170. EDUARDO ALVIM (*Apud in* ALVIM, J.M.A. Código do Consumidor Comentado. ps. 106/7), ainda que considere como inexistente o negócio jurídico, amaina a tese defendida ao pontificar que: "naturalmente, para que se considere o contrato inexistente, necessário é que ele não seja cumprido de fato; se for parcialmente cumprido, ou, com maioria de razão, na sua integralidade (i.e., se não se tratar de adimplemento apenas parcial), obviamente o consumidor não mais poderá alegar que estava desobrigado por desconhecer os termos do contrato (quer porque não lhe tenha sido dada oportunidade para tanto, quer porque estivessem redigidos de maneira pouco clara), pois, se ele for efetivamente adimplido ou cumprido pelo consumidor, todos seus elementos constitutivos (incluindo eventuais cláusulas obscuras, ou mesmo desconhecidas), se terão tornado operativos".

Na verdade, não se pode confundir mundo fático com mundo jurídico. A execução do contrato, nesta hipótese, se opera somente no mundo dos fatos, logo, não é o cumprimento parcial ou na íntegra do contrato que o corporificará. A qualquer momento poderá o consumidor demandar a sua inexistência, com retroação da situação jurídica ao *status quo ante*. Acrescente-se, outrossim, que não é porque o consumidor se manteve silente que a situação se juridiciza. Lembre-se que a maioria das iniquidades acontecidas não são conduzidas aos tribunais. Tal fato, evidentemente, não tem o condão de legitimá-las.

o consumidor não se obrigará pelo conteúdo da convenção. Não obstante, poderá o fornecedor cobrar a devolução do valor emprestado, com os acréscimos legais. Evidente, por outro lado, que nesta hipótese não se fala em encargos bancários, mas sim ao nível de atualização monetária, além de 0,5% (meio por cento) de juros ao mês¹⁷¹.

Assevere-se, por fim, que não é pelo fato de ter o fornecedor cumprido o dever de oportunizar que o contrato será válido. Não há que se confundir plano da existência e eficácia com o da validade. Ainda que ciente de todo o conteúdo do contrato, ainda que concorde com o ali disposto, as situações de invalidade não o obrigarão, agora por novo fundamento, mormente em se tratando de cláusulas abusivas, nulas de pleno direito¹⁷².

Tal situação é mais grave ainda quando se tratar de contrato de adesão, ou seja, aquele em que as "cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas

171. Com relação aos contratos de financiamento, é imprescindível que o consumidor seja cientificado, **prévia e adequadamente**, conforme determina o artigo 52: a) do preço em moeda corrente nacional; b) do montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; c) dos acréscimos previstos; d) do número e da periodicidade das prestações; e) da soma total a pagar, à vista ou a prazo. A consequência lógica do desrespeito do ar. 52 é a não vinculação do consumidor a tais disposições. É evidente, porém, que não se visa com tal conclusão gerar um enriquecimento sem causa ao consumidor, mas sim adequar razoavelmente tal realidade a uma situação mercadológica, ou, se impossível a conversão do negócio jurídico (§ 2º do art. 51), hipótese será de invalidade do termo contratual.

Frise-se, por fim, que nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, mediante o pagamento em prestações, o preço deverá vir expresso em moeda nacional. Destarte, inviável é a sua fixação em um indexador básico, fato que não implica na ausência de indexação contratual.

172. V. a respeito art. 51 e incisos do Código do Consumidor.

unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo¹⁷³. Tal raciocínio se justifica em face do que dispõe os §§ 3^o¹⁷⁴ e 4^o¹⁷⁵ do referido artigo 54.

NELSON NERY JÚNIOR¹⁷⁶, ao comentar os dispositivos do código concernente aos contratos de adesão, é claro ao explicitar: "toda estipulação que implicar qualquer limitação de direito do consumidor, bem como a que indicar desvantagem ao aderente, deverá vir singularmente exposta, do ponto de vista físico, no contrato de adesão".

O efeito evidente de tal descumprimento é a ineficácia. Ou seja, não se questiona se válida ou inválida, abusiva ou não; a princípio a cláusula pode ser lícita, porém, é ineficaz perante o consumidor. Destarte, não geram efeitos jurídicos de molde a obrigar o consumidor a respeitá-las.

Por este motivo, não invade o consumidor a esfera jurídica alheia ao desrespeitar cláusula ineficaz.

Outro aspecto que merece destaque são as chamadas cláusulas abusivas, as quais são nulas de pleno direito, e estão, em caráter meramente exemplificativo, dispostas nos incisos I a

173. V. art. 54 da lei referida.

174. "Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a sua compreensão pelo consumidor".

175. "As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão".

176. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 2^a Ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, p. 387.

XVI do artigo 51 do Código do Consumidor. Entre essas destaca-se a genérica do inciso IV, que prevê como nula toda a cláusula que estabeleça "obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

Tais ditames visam, como é evidente, diminuir o desequilíbrio flagrante que existe nos contratos, pois conforme lembra CLÁUDIA LIMA MARQUES¹⁷⁷ "uma das partes é vulnerável, é hipossuficiente, é o pólo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato; mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção 'pegar ou largar', isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor".

Por outro lado, princípios gerais de direito entre os quais o da transparência (dever de informação ao consumidor sobre o produto ou serviço, bem como as condições do negócio), da boa-fé (vedatória de práticas comerciais abusivas), do equilíbrio contratual (interpretação contratual pró-consumidor) e da confiança (principalmente regime das garantias), fazem com que o consumidor seja garantido de eventuais prejuízos possíveis nas relações contratuais¹⁷⁸.

A nova realidade contratual exposta, aliada a dispositivos específicos de proteção, será em muito relevante para a

177. Contratos no Código... ob. cit. p. 72.

178. Sobre ditos princípios contratuais v. tópico IV.5. deste capítulo.

concessão da tutela específica, objeto desta monografia¹⁷⁹.

179. Maiores detalhes sobre o tema v. capítulo VIII.

V. OBRIGAÇÕES: ALGUNS TIPOS BÁSICOS

V.1. Mundo Obrigacional: Idéia Geral. V.2. Obrigações Pessoais e Reais. V.3. Obrigações de Dar, Fazer e Não Fazer. V.4. Fungibilidade e Infungibilidade das Obrigações. V.5. Obrigações Cíveis e Naturais.

V.1. Mundo Obrigacional: Idéia Geral

Como se sabe, a vida dos homens é dividida em dois grandes mundos: o dos fatos e o jurídico. O primeiro tem em seu conteúdo todos os acontecimentos, eventos, atos e fatos suscetíveis ou não de cognição humana.

O segundo, por sua vez, somente abrange aqueles atos ou fatos colorizados pelo ordenamento jurídico, ou seja, aqueles relevantes para o mundo do Direito, ditos jurisdicizados¹⁸⁰.

Em ambos haverá obrigações, sejam elas de ordem familiar, religiosa, moral ou jurídica. Unicamente esta última interessará para o tópico em questão.

Assim, obrigação jurídica, segundo a voz de BEVILÁCQUA¹⁸¹, "é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamen-

180. Jurisdicizar é a transformação do fato social, pertencente, de maneira exclusiva, ao mundo dos fatos, em fato jurídico.

181. *apud in* VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Obrigações. p. 26.

te apreciável¹⁸², em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão".

A obrigação é a mola mestra do princípio da autonomia privada¹⁸³ e existe no interesse do credor, ainda que os direitos do devedor devam ser respeitados.

Conforme afirma ANTUNES VARELA¹⁸⁴, "apesar de não ser lícito ao credor, como no antigo direito romano, actuar sobre a pessoa do devedor¹⁸⁵, quando ele se recuse a cumprir, não será de nenhum modo correcto afirmar-se que este seja livre de optar entre o cumprimento (voluntário) da obrigação e a sujeição ao direito de execução, e que ao credor caiba, numa primeira fase da vida da relação creditória, não um poder de exigir a prestação,

182. Na verdade, ainda que a maioria dos autores se refira à obrigação como tendo carácter necessariamente económico, tal asseveramento, porém, não condiz com a doutrina mais moderna. Destarte, o Código Civil Português, na combinação dos artigos 397 e 398, alínea 2, estabelece que obrigação é o "vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação que deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal".

Não obstante, é evidente que a grande gama das obrigações terão carácter pecuniário e esta patrimonialidade exprime algo essencial para o respeito à pessoa humana. "Significa que, no direito moderno, ao contrário dos sistemas antigos, o inadimplemento apenas confere ao credor a possibilidade de agir contra o património do devedor e não contra a pessoa dele" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Nocções de Direito Civil. p. 24).

Frise-se, não obstante, que embora a obrigação possa ter carácter não patrimonial, o mesmo não ocorre com o contrato. V. a respeito, no que tange ao conceito de contrato, item IV.1.

183. Sobre dito princípio v. tópico IV.5 desta monografia.

184. Das Obrigações em Geral. Vol. I, p. 118.

185. Acerca do inadimplemento das obrigações em seu enfoque histórico, v. Capítulo III.

mas uma simples expectativa do cumprimento¹⁸⁶.

Assim é, destarte, não para infringir o princípio da isonomia, mas sim para garantir a estabilidade nas relações jurídicas, visando que o devedor, ciente dos riscos do inadimplemento¹⁸⁷, cumpra a obrigação voluntariamente. Aliás tal espontaneidade corrobora e fortalece a necessidade da boa-fé¹⁸⁸ em todas as fases da relação jurídica obrigacional.

V.2. Obrigações Pessoais e Reais

Costuma-se dizer, equivocadamente aliás, que o direito pessoal decorre de uma relação entre pessoas, enquanto que o real de um vínculo jurídico existente entre uma pessoa e uma coisa¹⁸⁹. Na verdade, a despeito de ser o pensamento clássico o dominante, a obrigação real não tipifica uma relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa, mas sim, como na pessoal, uma relação jurídica entre duas pessoas. A grande diferença é que na pessoal já existe uma pré-determinação do sujeito e da coisa, enquanto que na real dita pré-determinação somente ocorre com relação ao objeto. O sujeito passivo, destarte, é universal. Indeterminado previamente, pois qualquer pessoa a ele poder ficar sujei-

186. Não pensa da mesma forma, no entanto, TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. p. 13.

187. Em se tratando de obrigação dotada de título executivo, o efeito básico do inadimplemento do devedor é a execução judicial. Sobre o tema v., MALACHINI, E. R. Questões sobre a Execução e os Embargos do Devedor, especialmente pp. 05/12.

188. Sobre o princípio da boa-fé v. tópico IV.5.

189. Neste sentido v. VENOSA, S. de S. Direito Civil - Obrigações. p. 28.

to, mas determinável no caso em concreto e é contra aquela que o titular do direito real exercerá sua pretensão inadimplida. Como visto a diferença não está nos sujeitos, mas na própria eficácia do direito¹⁹⁰.

As desigualdades, inobstante a teoria que se adote, são várias e fundamentais para se estabelecer a diferença da eficácia entre o direito pessoal e o real.

Assim, em número de 11 (onze), são as seguintes:

- a) o direito real tem eficácia erga omnes, ou seja, pode ser exigido contra todos, enquanto que o pessoal possui eficácia somente entre as partes;
- b) a incidência do direito real ocorrerá necessariamente sobre um objeto determinado, enquanto que no direito pessoal basta a sua determinabilidade;
- c) a constituição do direito real depende da existência atual da coisa, enquanto que o pessoal pode ocorrer sobre coisa inexistente, mas de viabilidade futura;

190. Sobre os pontos básicos da teoria clássica (tradicional ou clássica) defendida, entre outros, por VITTORIO POLACCO, DE PAGE, OROZIMBO NONATO) e da personalista defendida por WINDSCHEID e MARCEL PLANIOL v., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. IV, p. 01/04. Dito autor, justifica seu posicionamento em defesa dos personalistas da seguinte forma: "Não obstante o desfavor que perante bons autores envolve a doutrina personalista, ela continua, do ponto de vista filosófico, a merecer aplausos. Sem dúvida que é muito mais simples e prático dizer que o direito real arma-se entre o sujeito e a coisa, através de assenhoreamento ou dominação. Mas, do ponto de vista moral, não encontra explicação satisfatória esta relação entre pessoa e coisa. Todo direito se constitui entre humanos, pouco importando a indeterminação subjetiva que, aliás, em numerosas ocorrências aparece, sem repulsa ou protesto. e no caso da pessoa jurídica, é necessária a sua personificação *hominum causa*, a fim de que se revista da titularidade jurídica. A teoria realista seria então mais pragmática. Mas encarada a distinção em termos de pura ciência, a teoria personalista é mais exata".

d) o direito real é exclusivo, ou seja, somente pode ser exigido por um único titular. Mesmo nas hipóteses de condomínio tradicional a fração ideal é exclusiva. O mesmo fato não acontece com os direitos pessoais;

e) o direito real pode ser adquirido via usucapião, o mesmo não sendo possível para os direitos pessoais;

f) os direitos de crédito estão sujeitos à prescrição ou a decadência, logo se extinguem pela inércia do seu titular. O direito real, porém, conserva-se ainda que inexistente o exercício do direito, ressalvada a ocorrência de uma situação jurídica específica que o transfira a outro titular;

g) os direitos reais são dotados de seqüela, ou seja, a prerrogativa do titular buscar a coisa em poder de quem quer que a detenha ou possua;

h) o direito real concede ao seu titular o privilégio ao recebimento nas hipóteses de concurso de credores;

i) o direito real é suscetível de abandono, figura que não alcança os direitos obrigacionais;

j) os direitos reais são suscetíveis de posse, logo de posse mediante os interditos proibitórios, aspecto que não atinge os direitos de crédito;

l) os direitos reais são *numerus clausus*, ou seja, somente o legislador pode criá-los, ao passo que os pessoais são infinitos, estando sujeitos ao princípio da autonomia privada¹⁹¹.

Para que o direito real possa produzir essa eficá-

191. No mesmo sentido v. PEREIRA, C.M. da S. ob. cit. Vol. IV, p. 04/5.

cia, mormente com relação a terceiros, é indispensável o seu registro no local competente. No imobiliário, se bens dessa natureza ou no registro de títulos e documentos, em se referindo a bens móveis.

Na seqüência, é importante frisar a existência de uma categoria que se situa em campo intermediário dos direitos pessoais e reais. Trata-se, desta forma, das chamadas obrigações reais, ditas *propter* ou *ob rem*.

Conforme aduz SERPA LOPES¹⁹², são "obrigações cuja força vinculante se manifesta tendo em vista a situação do devedor em face de um determinada coisa, isto é, quem a ela se vincula o faz em razão de sua situação jurídica de titular do domínio de uma relação possessória sobre uma determinada coisa que é a base desse débito"¹⁹³.

Na verdade, tratam-se de obrigações que se vinculam a um direito de propriedade ou de posse, de tal forma que a legitimidade passiva será sempre do atual titular do direito real. Assim, possui um caráter acessório, transmitindo-se, por esse modo, aos novos adquirentes da coisa, que, via de regra pelo abandono, podem se liberar da prestação¹⁹⁴.

Por fim, resta lembrar a existência de direitos

192. *Apud in* CHAVES, Antonio. Tratado de Direito Civil. Vol. 2, Tomo I, p. 139.

193. Sobre a incidência dessas obrigações reais v. CHAVES, A. ob. cit. ps. 141/143.

194. Conceito diferencial também é o de ônus reais. Estes pouco interesse terão no decorrer deste trabalho. V. a respeito VENOSA, S.S. ob. cit. ps. 58/60.

obrigacionais com eficácia real¹⁹⁵, adquirida esta pela ocorrência do necessário registro no local competente. Exemplos clássicos desses encontram-se nos artigos 8¹⁹⁶ e 33¹⁹⁷ da Lei nº 8.245/91¹⁹⁸.

V.3. Obrigações de Dar, Fazer e Não Fazer

Como visto pela dicção de CLÓVIS¹⁹⁹, as obrigações jurídicas sujeitam o devedor a um dar, fazer ou não fazer. Assim, as obrigações podem ser positivas (dar ou fazer) ou negativas (não fazer)²⁰⁰.

195. VENOSA, S.S.. ob. cit.. p. 61, os define. Citando ANTUNES VARELA, aduz que são as obrigações que "gozam de eficácia real quando, sem perderem o caráter essencial de direitos a uma prestação, se transmitem, ou são oponíveis a terceiros, que adquiram direito sobre determinada coisa".

196. "Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel".

197. "O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no Cartório de Imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado, pelo menos trinta dias antes da alienação, junto à matrícula do imóvel".

198. Sobre estes aspectos e outros da lei de locações v. POPP, Carlyle. Comentários à Nova Lei do Inquilinato.

199. V. o conceito do referido autor no tópico V.1. deste Capítulo.

200. COSTA, Mário Júlio de Almeida. Nocções de Direito Civil. p. 135, estabelece a distinção entre prestação de fato positiva e negativa. "Esta pode ser positiva, ou de facto positivo, e negativa, ou de facto negativo: a primeira redonda numa actividade ou acção do devedor (*facere*), enquanto que a segunda se traduz numa abstenção ou omissão (*non facere, pati*). Alguns autores partem da distinção básica entre prestação positiva (compreendendo a pres-

Conforme assevera VENOSA²⁰¹, "a obrigação de dar é aquela em que o devedor se compromete a entregar uma coisa móvel ou imóvel ao credor quer para constituir novo direito, quer para restituir a mesma coisa a seu titular"²⁰².

Diferentes aspectos reúnem as obrigações de dar e as de restituir, embora estas se situem no campo genérico daquelas, pois nas primeiras não se cogita da devolução da posse, ponto essencial nas restituições²⁰³.

...Continua...

tação de coisa e a de facto positivo) e prestação negativa (equivalendo à de facto negativo). Apontam-se as seguintes diferenças entre elas: nas obrigações positivas o cumprimento é em regra possível depois do vencimento, ao contrário do que sucede nas obrigações negativas, em que o prazo é essencial e daí a inaplicabilidade das regras sobre a mora do devedor; aquelas podem ser cumpridas antes do vencimento só por vontade do devedor, enquanto o prazo se presume estabelecido a seu favor, ao passo que estas não podem sê-lo, ainda em consequência da essencialidade do prazo; nas obrigações positivas a prestação pode ser muitas vezes efectuada por terceiro (fungível), o que já não acontece nas obrigações negativas (não fungível)".

201. Direito Civil - Obrigações. p. 73/4.

202. A disciplina material das obrigações de dar se encontra nos arts. 863 a 877 do Código Civil e a processual nos arts. 621 a 631 do Código de Processo Civil.

203. Em idêntico sentido v. SILVA, Clóvis V. do Couto. A Obrigação como Processo. p. 145. CALVÃO DA SILVA. Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória. p. 358/9, faz distinção entre as obrigações de dar, entregar e de restituir. "A obrigação de dare existe quando a prestação (da coisa) visa constituir ou transferir um direito real definitivo sobre a mesma coisa". Por sua vez, "a obrigação de entregar tem como fim a transmissão da posse da coisa - cuja propriedade ou outro direito real se transmitiu ou constituiu já pela celebração do contrato - ou da detenção, para permitir o seu uso ou fruição". Por fim, "pela obrigação de restituir, o devedor devolve a coisa ao credor, repondo a coisa no status quo ante, assim recuperando o credor a posse ou a detenção da coisa ou o domínio sobre coisa equivalente, do mesmo género e qualidade. É, obviamente, uma obrigação de pura entrega".

As obrigações de fazer²⁰⁴, por sua vez, constituem-se na prestação de atos de natureza física ou intelectual, fática ou jurídica. Esta é a que mais diz respeito ao estudo em questão, pois calcada naqueles negócios preparatórios, dependentes de uma manifestação de vontade (fazer) futura.

Nem sempre é fácil, porém, diferenciar entre as de dar e as de fazer. O critério eleito deve ser o da causa e efeito. Se o dar é consequência de um fazer, então deste tipo é o vínculo obrigacional. Se, todavia, não é assim, trata-se de um dar. Sob esta ótica, BARROS MONTEIRO²⁰⁵ é claro ao determinar o fator diferenciador básico: "o dar ou entregar é ou não consequência do fazer. Assim, se o devedor tem de dar ou entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entregá-la, tendo de realizar algum ato, do qual será mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer"²⁰⁶.

Nas obrigações de não fazer²⁰⁷, ao contrário das positivas, em que o devedor se compromete a prestar uma ação co-

204. A disciplina jurídica básica está presente nos arts. 878 a 881 do Código Civil e 632 a 641 do Código de Processo Civil.

205. *Apud in* VENOSA, S. de S. Direito Civil - Obrigações. p. 90.

206. A respeito do tema, CHAVES, Antônio. Tratado de Direito Civil. Vol. 2, Tomo I, p. 73, usa como critério o da predominância. Assim, a conclusão a que chega o mencionado autor é "a de que devemos levar em conta os elementos constitutivos da obrigação, considerar caso por caso, para atender a causa predominante. Se for predominante a confecção, a obrigação será de fazer e, se for predominante a entrega do objeto, teremos uma obrigação de dar'.

207. V. a respeito do tema arts. 882 e 883 do Código Civil e 642 e 643 do Código de Processo Civil.

missiva, seu comprometimento é com a inação, com o comportamento negativo.

Tais obrigações poderão ser perenes ou temporárias. A perenidade, entretanto, somente é possível quando não houver séria afronta às liberdades individuais previstas constitucionalmente²⁰⁸.

Isso se justifica pelo fato de que "toda obrigação deve se revestir de objeto lícito, negócio jurídico que é. Na obrigação de não fazer tal licitude se reveste de um especial aspecto, já que será lícita sempre que não envolva restrição sensível à liberdade individual. Assim, é ilícita a obrigação de não casar, ou a de não trabalhar, ou a de não cultuar determinada religião, porque ao Estado repugna prestigiar um vínculo obrigatório que tem por escopo alcançar resultado que colide com os fins da sociedade. Daí por serem imorais ou anti-sociais tais tipos de obrigação, o Direito não lhes empresta a força coercitiva"²⁰⁹.

V.4. Fungibilidade e Infungibilidade das Obrigações

As obrigações podem ser fungíveis ou infungíveis. São fungíveis aquelas que podem ser cumpridas por terceiros e

208. Com idêntica opinião v. SILVA, C.V.C. Obrigação como Processo. p. 171.

209. VENOSA, S.S. ob. cit. p. 96.

infungíveis aquelas que devem ser executadas pessoalmente²¹⁰.

A infungibilidade, por sua vez, decorre da natureza da obrigação, do contrato ou do ordenamento jurídico.

Natural é aquela em que a prestação somente pode ser cumprida pelo devedor, pelas próprias peculiaridades da obrigação assumida, como p. ex., a pintura de uma tela. Esta quando inadimplida²¹¹, ressalvada a hipótese de cominação de pena, não podendo o ordenamento constranger pessoalmente o devedor a cumpri-la, resolve-se em perdas e danos²¹².

Contratual é aquela decorrente de convenção firmada entre as partes que, embora pudesse ser fungível, desejaram tratá-la como infungível. Tal situação pode estar presente em um contrato de empreitada de uma residência em que proibido ficou o subcontrato²¹³. Nesta, a regra para o inadimplemento é a mesma da natural.

Não obstante, a convenção não tem o poder de transformar uma obrigação naturalmente infungível em fungível, pois naquela o terceiro, mesmo que queira e o credor consinta,

210. *"Las diferencias más importantes entre la obligación de hacer fungible y la infungible consisten, pues, en que la primera admite el cumplimiento por terceros y la segunda no, y en que la obligación fungible no se extingue por la muerte del deudor, mientras que la infungible sí"* (DÍEZ-PICAZO, Luiz. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. p. 453.

211. As hipóteses de inadimplemento descritas neste item laboram com a idéia do incumprimento ter-se dado pela manifesta recusa do devedor em livremente cumpri-la. Frise-se, deste modo, que o descumprimento pode ocorrer, ainda, pela impossibilidade da prestação, com ou sem culpa do devedor.

212. Nesse sentido v. art. 638 e parágrafo único do CPC.

213. Sobre estes contratos derivados v. MARTINEZ, Pedro Romano. O Subcontrato.

não poderá executar a obrigação. A distinção é bem enfatizada por TÁVORA NIESS²¹⁴: "quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente e só o devedor tem as qualidades essenciais para a prestação do fato, então a prestação é infungível, não porque isto se convencionou, mas porque 'não pode' ser executada por terceiro. (...) Se, no entanto, convencionou-se que o devedor satisfaça pessoalmente a prestação, mas ela 'pode' ser realizada por terceiro, o credor não será obrigado a aceitar de terceiro ('pode', mas não é obrigado) a execução do fato".

Por fim, juridicamente infungíveis são aquelas obrigações em que o cumprimento pessoal não decorre de nenhuma característica especial do devedor, mas somente pode ser cumprido por este porque o ordenamento jurídico assim determina. Exemplos clássicos são as obrigações de prestar declaração de vontade, como a de firmar um contrato definitivo.

"Se é certo que as prestações infungíveis, quando não satisfeitas pelo devedor, apenas permitem o recurso à indenização por perdas e danos, o mesmo não se pode dizer, entretanto, com referência às prestações juridicamente infungíveis, isto é, aquelas que exclusivamente por motivo de um princípio jurídico só podem ser prestadas pelo devedor. Neste caso, o Estado que criou a infungibilidade pode alterá-la, permitindo-se-lhe prestar a declaração de vontade pelo devedor, ou ao menos criar uma situação jurídica equivalente à que se verificaria se a declaração de

214. Da Sentença Substitutiva da Declaração de Vontade. p. 56.

vontade fosse prestada pelo próprio devedor"²¹⁵.

V.5. Obrigações Cíveis e Naturais

A distinção entre obrigações cíveis e naturais toca ao tipo de vínculo que envolve as partes interessadas.

A regra geral do direito é que o descumprimento de uma obrigação torna-a exigível judicialmente, sujeitando o inadimplente aos ônus de sua mora. Ademais, sempre que houver pagamento por erro, poderá o devedor repetir a quantia paga indevidamente²¹⁶.

Tal regime, próprio das obrigações cíveis, não se aplica às naturais, que são irrepetíveis, inexigíveis judicialmente, bem como não se sujeitam à compensação.

A melhor noção de obrigação natural²¹⁷ é a fornecida pelo artigo 402 do Código Civil português: "A obrigação diz-se natural, quando se funda em mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça"²¹⁸.

215. Apud in NIESS, Pedro Henrique Távora. Da Sentença Substitutiva da Declaração de Vontade. p. 07, citando MOACYR AMARAL SANTOS.

216. V. arts. 964 e 965 do CC.

217. Sobre o tema v., por todos, MARTÍNEZ, J. Ignacio Cano. La Obligación Natural.

218. Os arts. 403 e 404 do ordenamento civil português, complementam a disciplina jurídica da seguinte forma: Art. 403: "1. Não pode ser repetido o que for prestado espontaneamente em cumprimento de obrigação natural, excepto se o devedor não tiver capacidade para efectuar a prestação. 2. A prestação considera-se espontânea, quando é livre de toda a coacção". Art. 404: "As obrigações naturais estão sujeitas ao regime das obrigações cíveis em tudo o que não se relacione com a realização coactiva da prestação, salvo as disposições especiais da lei".

Não é, porém, toda e qualquer liberalidade que se considera como obrigação natural, pois para que ela ocorra "é necessário que exista, como fundamento da prestação, um dever moral ou social específico entre pessoas determinadas, cujo cumprimento seja imposto por uma recta composição de interesses (ditames da justiça)"²¹⁹. Os exemplos clássicos são o pagamento de dívida de jogo e de débito prescrito.

Pelo já afirmado se percebe que a obrigação natural não está sujeita à execução específica, salvo se transformada em civil, mediante novação²²⁰ ou outra manifestação, bilateral ou unilateral. Neste caso, a toda evidência, o emitente da vontade vinculativa será o suposto devedor²²¹.

A obrigação civil divide-se em legal e negocial. A primeira decorre da aplicação direta do direito objetivo, cujo inadimplemento possibilita o nascimento de uma pretensão para o interessado. Negocial, por outro lado, é a obrigação originária de negócio jurídico firmado entre as partes, seja ele unilateral ou bilateral. Ambas, em tese, podem propiciar a execução específica, ainda que somente a proveniente da obrigação negocial, ou seja, do inadimplemento de declaração de vontade, diz respeito à presente monografia.

219. VARELA, J.M.A. Das Obrigações em Geral. Vol. I, p. 718/9.

220. Tal possibilidade é expressamente admitida por VENOSA, S.S. ob. cit. p. 54.

221. O exemplo clássico é o da confissão de débito.

VI. A VONTADE E SUA MANIFESTAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

VI.1. Negócios Jurídicos Bilaterais e Unilaterais. VI.2. O Inadimplemento e a Mora. VI.3. Efeitos do Inadimplemento. VI.4. Não Cumprimento Imputável ao Devedor. VI.5. Não Cumprimento não Imputável ao Devedor.

VI.1. Negócios Jurídicos Bilaterais e Unilaterais.

Quando se fala de fatos jurídicos no sentido amplo da expressão, ou seja, de todos os acontecimentos, decorrentes ou não da ação humana, que tenham interesse para o Direito, destacam-se, como uma de suas espécies, os chamados negócios jurídicos²²².

Dentre os negócios jurídicos, divididos em unilaterais, bilaterais e plurilaterais, existe um elemento que se destaca: a vontade. Disso se conclui, inicialmente, que para haver negócio jurídico é indispensável a ação volitiva humana²²³.

222. Sobre fatos jurídicos *lato sensu v.*, por todos, MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Para o dito autor, "negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fáctico consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico" (ob. cit. p. 184).

223. Assim, exclui-se a aceitação das chamadas relações contratuais de fato, cujas variações de denominação atingem as doutrinas do "comportamento social típico"; das "relações obrigacionais de fato por força de um dever de prestação social"; "relações sociais de previdência". Ditas teorias, conforme lembra HÖRSTER, H.E. A Parte Geral do Código Civil Português... p. 470, defendem "a existência de obrigações contratuais (!) sem formação de um con-

Diz-se, destarte, que são unilaterais quando para sua formação bastar a vontade manifestada por um dos pólos da relação jurídica, não importando se composto de uma ou mais pessoas (ex. testamento). Fala-se em bilaterais quando ambos os pólos da relação negocial, necessariamente, têm que se manifestar para que o negócio ingresse no mundo jurídico (ex. a grande maioria dos contratos). E, por fim, existem os negócios jurídicos plurilaterais ou multilaterais, que são aqueles decorrentes da existência de mais de dois pólos na relação jurídica (ex. contrato de sociedade).

Contrato é o negócio jurídico bilateral que, nos termos do ordenamento jurídico e mediante um ato de autonomia privada, tem por fim criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica²²⁴.

Assim, é de todo evidente que para ter existência, validade e eficácia, todo contrato depende de um prévio acordo de vontades, ainda que sua execução possa se dar contra a vontade de

...Continua...

trato por meio das respectivas declarações negociais, unicamente com base na simples observação de um comportamento de facto..."

Os exemplos clássicos são o contrato de transporte (ônibus público), fornecimento de água, energia elétrica, telefonia, vias públicas, etc.

Na verdade, ditos comportamentos fáticos são explicados dentro da doutrina tradicional, pois é evidente a aceitação tácita (ou mesmo expressa) na celebração, pois se trata de oferta constante ao público, claramente explicado pelo Código do Consumidor vigente.

Sobre o tema v., também, LARENZ, K. ob. cit. pp. 734/741, um dos maiores defensores dessa teoria que, recentemente, alterou seu posicionamento, passando a refutá-la.

224. Sobre aspectos diversos do contrato v. Capítulo IV.

quem se obrigou²²⁵. Com isso, porém, não se quer dizer que basta o acordo de vontades, pois, conforme leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA²²⁶, o ordenamento jurídico, "por exceção conservou algumas hipóteses de contratos reais e formais, para cuja celebração exigiu a *traditio* da coisa e a observância de formalidades".

A vontade manifestada pelas partes²²⁷ pode ser expressa ou tácita. Declaração expressa pode se dar sob a forma verbal ou escrita e, em sendo assim, por instrumento público ou particular.

Por sua vez, será tácita a manifestação da vontade quando o agente pratica um ato incompatível com uma vontade em sentido contrário. Por exemplo, dou um livro de presente a João, porém pelo fato deste não estar em casa, deixo-o em sua caixa de correio com um cartão. Após, tomo conhecimento de que ele pegou o livro, leu-o, utilizou-o enfim para o que se destinava, agindo como verdadeiro proprietário da coisa. Ora, ainda que João não tenha dito expressamente que aceitava a coisa doada, praticou ato incompatível com a vontade daquele que não aceitaria o livro. Houve manifestação tácita de vontade, logo houve doação.

225. V. a respeito arts. 639 a 641 do Código de Processo Civil. Na verdade, tecnicamente, não se trata de execução contra a vontade do devedor, mas, sim, de respeito à vontade inicial, inadimplida.

226. Instituições de Direito Civil. Vol. III, p. 14.

227. DOMINGUES DE ANDRADE (Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol. II, p. 122), lapidarmente, define a declaração de vontade negocial como sendo "todo o comportamento de uma pessoa (em regra, palavras escritas ou faladas ou sinais) que, segundo os usos da vida, convenção dos interessados ou até, por vezes, segundo disposição legal, aparece como destinado (directa ou indirectamente) a exteriorizar um certo conteúdo de vontade negocial, ou em todo o caso o revela e traduz".

Não se deve confundir, porém, manifestação tácita com silêncio. No Direito, ao contrário do ditado popular, quem cala não consente, pois quem cala nada diz. Assim, silêncio não é consentimento. Ora, no exemplo supra mencionado, imagine-se que João, ao invés de pegar o livro, simplesmente deixasse de abrir a caixa de correio durante longo lapso temporal. Nessa hipótese não ocorreu aceitação, tampouco recusa. Houve, simplesmente, silêncio²²⁸.

Conforme esclarece CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO²²⁹, "seria inaceitável dar expressão legislativa ao tópico quem cala consente (...). Com efeito, o silêncio é, em si mesmo, insignificativo e quem cala pode comportar-se desse modo pelas mais diversas causas, pelo que se considera-se irrelevante - sem querer dizer sim, nem não - um comportamento omissivo"²³⁰.

Porém, em três hipóteses excepcionais, o silêncio pode valer como manifestação de vontade: quando assim determinar a lei, a convenção ou uso. Aliás esta é a solução do artigo 218 do Código Civil Português²³¹.

O primeiro caso explica-se por si. Com relação à convenção pode-se dar como exemplo a possibilidade das partes denunciarem determinado contrato e, quando a esta faculdade si-

228. Sobre a vontade, o silêncio e seus efeitos jurídicos v. RÁO, Vicente. Ato Jurídico. pp. 113/127.

229. Teoria Geral do Direito Civil. p. 427.

230. Sobre o tema v. LOPES, M.M.S. ob. cit. Vol. I, p. 377/8 e LARENZ, Karl. Derecho Civil - Parte General. ps. 486/494.

231. Art. 218: "O silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção".

lenciam, tal circunstância vale como manifestação de vontade. A hipótese de uso ocorre, conforme exemplifica MOTA PINTO²³², "no caso de uma pessoa enviar habitualmente a outra mercadorias que esta recebe, sem aceitar nem rejeitar, e paga em devido tempo, criando-se entre ambas uma prática deste tipo".

Outro aspecto importante é a necessidade de se não confundir prova com existência do contrato.

Não havendo qualquer restrição na lei, vigorará, como regra geral, a forma livre. Isto significa dizer que, independentemente do valor do contrato ou de sua importância, conforme preleciona o artigo 1079 do Código Civil, "a manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa".

Assim sendo, salvo hipóteses específicas, o valor do contrato não integra sua existência, validade ou eficácia. Destarte, por exemplo, um contrato de prestação de serviços pode ser verbal ou mesmo tácito, seja ele de R\$ 100,00 (cem reais) ou de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais). A existência jurídica do contrato é inconteste, a sua prova (da existência), porém, seguirá as normas previstas no Código de Processo Civil, em especial aquelas previstas nos artigos 400 a 402.

Por fim, fundamental é asseverar que a evolução da teoria negocial, passa por uma receptividade maior à teoria da declaração, em detrimento da teoria da vontade, até então predo-

232. Ob. cit. p. 427.

minante²³³.

Enfatize-se, destarte, que tal escolha do ordenamento jurídico reflete a necessidade de garantir maior segurança no trato negocial, de sorte a privilegiar a confiança depositada por uma das partes na outra²³⁴.

Tal mudança explica-se pela evidente mutação soci-

233. Para explicar o fenômeno decorrente da divergência entre a vontade interna e a declarada, nasceram duas teoria, a da vontade e a da declaração. Aquela nasceu em França e esta na Alemanha; a despeito da diferença legislativa, o direito de ditos países não são tão discrepantes assim. Sobre o tema v., por todos, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia. ps. 85/97.

Especificamente acerca das referidas doutrinas, deixa claro BERNARDES DE MELLO (Teoria... ob. cit. p. 169) "a) a teoria da vontade (teoria subjetiva) que sustentou ser a vontade interna, psicológica, o elemento essencial do negócio jurídico. Segundo essa teoria, a intenção de negócio e o querer os seus efeitos seriam condições *sine qua non* do negócio jurídico, que somente existiria se o figurante, ao declarar a vontade, o fizesse com a intenção de realizá-lo. Deste modo, a vontade declarada pelo figurante teria, sempre, de refletir a sua vontade interna; na discordância entre a vontade psicológica e a sua declaração, prevaleceria aquela; b) a teoria da declaração (teoria objetiva) defendeu a prevalência da declaração sobre a vontade interna, argumentando que a declaração é o único dado objetivo capaz de ser conhecido pelas outras pessoas; a vontade interna por constituir em circunstância de difícil, senão impossível, apreensão em sua realidade e veracidade, não pode ser considerada. Para os defensores dessa teoria, se o comportamento da pessoa configura tipicamente a conduta prevista pelas normas jurídicas, esse seria o elemento suficiente para se considerar concretizado o negócio jurídico". Sobre o tema v., ainda, ABREU, José. O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral. ps. 45/55; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol. II, ps. 121/128; BESSONE, Darcy. Do Contrato - Teoria Geral. ps. 36/40 e MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos. ps. 22 e ss.

234. CLÁUDIA MARQUES. Contratos no Código... p. 52/3, na verdade entende que não é propriamente a teoria da declaração a aceita atualmente, mas, sim, a da confiança, "abrandamento da antiga Teoria da Declaração, valoriza-se mais a vontade declarada do que a vontade interna, tudo com o fim de dar maior certeza e segurança às relações contratuais".

al ocorrida. Deste modo, conforme assevera NETO LÓBO²³⁵, "mudou a realidade concreta, mudou a ideologia. O que foi construído, tendo por modelo uma dada realidade, não mais pode servir para explicação de outra".

VI.2. O Inadimplemento e a Mora

A obrigação existe no interesse do credor, logo tem ele direito ao adimplemento²³⁶.

Como visto anteriormente²³⁷, o princípio da boa-fé, do ponto de vista contratual, reflete sobretudo a confiança que uma parte tem na outra, no sentido de que esta cumprirá inteiramente tudo a que se obrigou, honrando todas as expectativas nela depositadas²³⁸.

235. O Contrato - Exigências e Concepções Atuais. p. 87.

236. A respeito do tema v. tópico V.1 desta monografia.

237. V. Capítulo IV, tópico IV.5.

238. "...é o princípio da boa-fé que assegura a tutela da ordem, que, encarada do ponto de vista do Direito dos Contratos, será melhor designada de segurança. Se tal segurança é necessária para a realização das finalidades de interesse geral servidas pelo Direito dos Contratos, com ênfase para a produção e distribuição de bens e serviços, ela é assegurada através da tutela das expectativas legítimas das partes. Essas expectativas são em especial as daquela parte que numa determinada situação está na posição de credora, podendo exigir a prestação a que a outra se obrigou (ou mesmo a prestação a que esta aparentemente se tiver obrigado, naqueles casos em que a situação objetiva ainda puder ser-lhe imputada, como vimos anteriormente), mas também são aquelas que a parte devedora sempre pode justificadamente alimentar.

Tal segurança é essencial para o intercâmbio de bens e serviços, para o perfeito funcionamento da economia, e tem na sua base uma relação de confiança: quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso assumido, está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular seria satisfeito" (NORONHA, F. O Direito dos Contratos... ob. cit. ps.

O credor, além do direito ao cumprimento, tem direito à prestação especificamente convencionada, existindo igual direito ao devedor, ou seja, de cumprir aquilo a que se obrigou.

A despeito disso, JOÃO CALVÃO DA SILVA²³⁹ assevera que o credor "não está obrigado a cooperar e a aceitar a obrigação e o devedor não tem o direito de a cumprir", a despeito de poder este resguardar-se acerca dos efeitos da mora, quer notificando o credor para obter a prestação (fazer e não fazer), quer depositando-a em juízo (dar). A explicação para tal corolário, decorreria de duas ordens: a) razão de ser da obrigação; e b) na soberania da vontade caracterizadora do direito subjetivo.

Ao justificar o primeiro motivo, CALVÃO DA SILVA²⁴⁰ é claro: "a razão de ser e escopo da obrigação é a satisfação do interesse do credor na prestação, interesse ao serviço do qual a relação obrigacional se constitui e desenrola como um processo. A prestação é estipulada no interesse do credor, ao qual a relação obrigacional, via de regra, visa tão-só dar satisfação e não já ao interesse que o devedor possa ter em realizar a prestação. Daí a indiscutível prevalência do interesse do credor, reconhecida no direito de exigir e obter a prestação, e a subordinação do interesse do devedor, reconhecida no dever jurídico de realizar a prestação, meio adequado à satisfação do prevalecente

...Continua...

147/8).

239. Cumprimento e... ob. cit. p. 116. Maiores detalhes sobre o tema v., ob. cit. p. 112/132.

240. Ob. cit. p. 116/7.

interesse do credor. O devedor pode, portanto, nem ter interesse em cumprir a prestação, mas, se o tiver, tal interesse terá carácter secundário e subordinado e não qualificado juridicamente como direito de cumprir".

Com relação à segunda, continua o mencionado autor²⁴¹ aduzindo que "é sabido que o titular do direito subjectivo é livre de o exercer ou não. Manifestação e instrumento de actuação da autonomia privada, o direito subjectivo tem ínsita a liberdade de actuação e a soberania do querer. Conseqüentemente, o credor é não só o sujeito portador do interesse tutelado, mas também o titular da tutela do poder, que a lei lhe confere, de exigir o cumprimento da prestação e de pôr em funcionamento as providências sancionatórias adequadas à realização do seu direito subjectivo. Como tal, por via de regra, não pode o credor ser obrigado a obter uma vantagem, isto é, a receber a prestação, porquanto, na disponibilidade do seu direito, cabe, tanto o seu exercício como o seu não exercício, tanto o receber como o não receber a prestação que lhe é oferecida.

A aceitação da prestação ou o acto de cooperação do credor no cumprimento não é normalmente um dever jurídico, mas apenas um ónus jurídico a que não se contrapõe um direito subjectivo do devedor"²⁴².

Não obstante, equivoca-se o mestre português, pois não se pode confundir o aspecto de existir a obrigação no interesse do credor, com a idéia de reciprocidade de obrigações, bem

241. Ob. cit.. p. 1117.

242. Igual pensamento possui GALVÃO TELLES. ob. cit. p. 13.

como de isonomia jurídica. O fato da obrigação existir no interesse do credor, em primeiro plano, não justifica o fato de não se conceder igual direito ao devedor.

Por outro lado, não existe um caráter subordinatório entre o direito subjetivo e o dever jurídico, mas sim uma relação de correspondência. Dito estado de dependência somente ocorre nos chamados direitos potestativos.

Ademais, sendo convencionado um cumprimento futuro, gerador de um dever jurídico ao devedor, a não aceitação do recebimento acarreta evidente violação contratual^{243 244}.

Por outro lado, levando-se em conta a vivência em um estado social, porém capitalista, em que a pecha de inadimplente é um estigma, que acarreta diversos dissabores, aliado ao fato de nem sempre exigir o credor diretamente o seu crédito, mas sim mediante a inscrição do nome do devedor em cadastros nefastos, ironicamente denominados de protetivos de crédito²⁴⁵, é evidente que existe para o devedor, instrumental do cumprimento do seu dever jurídico, o direito de adimplir²⁴⁶.

243. Tal raciocínio, porém, em se tratando de direito disponível, não impede que o credor renuncie à obrigação devida. Sobre o tema, v., por todos, VELASCO, J.I. Cano Martínez de. La Renuncia a los Derechos.

244. É importante destacar, outrossim, que em se tratando de obrigação extracontratual, o inadimplemento decorre da própria prática ilícita. Mesmo nessa hipótese pode o devedor satisfazer o titular do direito dos danos a ele acarretados, ainda que sem sua provocação.

245. Sobre o tema v. art. 43 do CDC.

246. Com posicionamento semelhante, ainda que diversamente justificado, v. ANTUNES VARELA. Das Obrigações em Geral. Vol. I, ps. 120/131.

Esta questão é importante para o tema, pois poderia gerar dúvidas acerca de sua aplicabilidade nos contratos preliminares. Não obstante, quanto a esta figura negocial, dúvidas não devem haver, visto que o devedor no contrato-promessa passa a ser titular dos direitos assegurados no negócio a ser firmado, ou como diz o até então criticado CALVÃO DA SILVA²⁴⁷, "o consentimento que cada um dos contraentes deve prestar para celebrar o contrato definitivo é, simultaneamente, cumprimento da própria obrigação e concurso necessário ao cumprimento da outra parte"²⁴⁸.

Assim, o modo natural de extinção das obrigações se dá pelo cumprimento. Em ele inexistindo, diz-se que houve inadimplemento.

Segundo a voz de MARIA HELENA DINIZ²⁴⁹, "ter-se-á o inadimplemento da obrigação quando faltar a prestação devida, isto é, quando o devedor não a cumprir, voluntária ou involuntariamente".

Nem todo inadimplemento, porém, é igual. Destarte, o descumprimento pode ser parcial (cumprimento imperfeito); defi-

247. Ob. cit. p. 134.

248. Neste aspecto tem particular relevo os deveres laterais ou acessórios que envolvem as partes, gerando recíprocos deveres de proteção. Sobre o tema v., por todos, FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e Deveres de Protecção.

249. Curso de Direito Civil Brasileiro. 2º Vol., p. 296.

nitivo (absoluto)²⁵⁰ ou decorrer de mero retardamento (relativo)²⁵¹.

Inadimplemento absoluto ocorre "se a obrigação não foi cumprida nem poderá sê-lo, e o credor não mais terá possibilidade de receber aquilo a que o devedor se obrigou"²⁵².

Relativo, por sua vez, sucede "se a obrigação não foi cumprida no tempo, lugar e forma devidos, porém poderá sê-lo, com proveito para o credor, hipótese em que se terá mora"²⁵³.

Mora, assim, decorre da somatória do elemento objetivo (inadimplemento) mais o subjetivo (culpa). Por isso, conforme aduz o artigo 955 do Código Civil, "considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados (art. 1058)".

Essa determinação legal demonstra que a mora pode ser do credor ou do devedor.

Por outro lado, não se confunde mora com inadimplemento absoluto, pois neste não é mais possível o credor receber a prestação, quer porque não mais lhe é útil, quer porque o

250. ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências. p. 07 indica, ainda, a existência do chamado inadimplemento absoluto parcial, que se dá, v.g., quando "a obrigação compreende vários objetos, sendo um ou mais entregues e perecendo os restantes por culpa do devedor. Com relação a estes últimos não há mora, evidentemente, já que a entrega nem se fez nem se fará. Terá havido, pois, inadimplemento absoluto parcial da obrigação".

251. Sobre o cumprimento e o não cumprimento das obrigações, v. CORDEIRO, António Menezes. Estudos de Direito Civil. Vol. 1, pp. 95/197.

252. DINIZ, M.H. ob. cit. 2ª Vol., p. 297.

253. Id. ibid. p. 297.

objeto pereceu. Ao passo que na mora, isto ainda pode acontecer. Ademais, na mora é possível, ainda, a sua purgação, fato que não mais pode ocorrer no inadimplemento absoluto²⁵⁴.

Acerca da ocorrência da mora, importante é a distinção entre obrigação *querable* (quesível), ou seja, aquela em que o credor tem de buscar o cumprimento no domicílio do devedor, aliás a regra geral nos termos do artigo 950 do Código Civil²⁵⁵ e *portable* (portável), aquela em que o devedor deverá cumpri-la no domicílio do credor²⁵⁶.

Assim, a distinção é relevante, visto que não sendo exigida a obrigação pelo credor, sendo ela quesível, incorrerá mora do devedor.

A constituição em mora decorrerá da lei (*ex re*) ou da provocação do interessado (*ex persona*). A primeira resulta "do próprio fato do descumprimento da obrigação, independentemente, portanto, de provocação do credor. A mora do devedor ocorrerá *pleno iure*, não sendo necessário qualquer ato ou iniciativa do credor se houver vencimento determinado para o adimplimento da obrigação. Aplicar-se-á, portanto, a regra *dies interpellat pro*

254. Em idêntico sentido v. DINIZ, M.H. ob. cit. Vol. 2, p. 300 e MOURA, Mário Aguiar. Promessa de Compra e Venda. p. 277/279.

255. Art. 950: "Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário dispuserem as circunstâncias, a natureza da obrigação ou a lei".

256. VENOSA, S.S. Direito Civil - Obrigações. p. 167, é incisivo: "no silêncio da avença, o pagamento será efetuado no domicílio do devedor. É a regra geral do artigo 950. Em regra, portanto, a dívida é *querable*. Cabe ao credor procurar o devedor para a cobrança. Em caso de disposição contratual em contrário, quando o devedor deve procurar o credor em seu domicílio, ou no local pelo último indicado, a dívida é *portable*".

homine²⁵⁷. São exemplos desta as hipóteses descritas nos artigos 960, 1ª parte²⁵⁸; 961²⁵⁹ e 962²⁶⁰ do Código Civil. É bem verdade, porém, que em algumas hipóteses, ainda que exista dia certo para o pagamento, hipótese normal de mora ex re, a lei determina a interpelação prévia²⁶¹.

Por sua vez, *ex persona* é aquela em que as partes não estabeleceram o exato momento da exigibilidade da obrigação, sendo para tanto indispensável a constituição em mora²⁶². Tal se dá mediante notificação, interpelação, protesto judicial ou extrajudicial, bem como pela citação.

Frise-se, outrossim, que a comprovação da mora é condição para a exigibilidade da obrigação e não evidenciada re-

257. DINIZ, M.H. ob. cit. 2º Vol., p. 302.

258. Art. 960: "O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor".

259. Art. 961: "Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster".

260. Art. 962: "Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar".

261. Tais hipóteses estão descritas no art. 14 e §§ do DL 58/37; art. 32 e §§ da Lei nº 6766/79 e, entre outros, art. 2º, § 2º do DL 911/69.

262. Art. 960, 2ª parte: "Não havendo prazo assinado, começa ela desde a interpelação, notificação, ou protesto".

sultará na extinção do processo, sem julgamento do mérito²⁶³ 264.

Porém, não é todo descumprimento que produz efeitos jurídicos tais a responsabilizar o devedor, mas somente, regra geral²⁶⁵, aquele acompanhado do elemento subjetivo, qual seja a culpa. Isto porque, como adiante se verá, existe inadimplemento inimputável ao devedor²⁶⁶.

VI.3. Efeitos do Inadimplemento

Conforme lembra ALMEIDA COSTA²⁶⁷, "o princípio básico é o de que o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação se torna responsável pelos prejuízos ocasionados ao credor"²⁶⁸.

Para que incida tal princípio dentro da esfera

263. É a hipótese do art. 267, IV do CPC: "Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo".

264. A importância do tema está plenamente evidenciada nas Súmulas 72 ("A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente") e 76 ("A falta do registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor") do STJ.

265. Utiliza-se a expressão regra geral, porque a sistemática negocial implementada pelo CDC propicia a responsabilidade, contratual ou extracontratual, independentemente da culpa. É a chamada responsabilidade decorrente do risco profissional. Sobre o tema, no âmbito do CDC, v. LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor; e ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do Produto no Direito Brasileiro.

266. Aliado a isto é o art. 963 do CC: "Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora".

267. Nocções de Direito Civil. p. 291.

268. Sobre o tema v., por todos, ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências.

negocial²⁶⁹ é fundamental a ocorrência de alguns requisitos:

a) imprescindibilidade, para sua configuração, da existência de um vínculo negocial entre credor e devedor;

b) necessidade da violação do negócio, ou seja, inadimplemento, no todo ou em parte, por um ou ambos os contratantes ou por terceiro;

c) ocorrência necessária de um liame de causalidade entre o dano e a inexecução negocial, quer em relação à obrigação principal, quer relativamente à acessória²⁷⁰;

d) existência de mora.

Para gerar a eficácia responsabilizante, não obstante, imprescindível que se trate de obrigação exigível, logo dotada de pretensão, pois é desta que decorre a responsabilidade por perdas e danos²⁷¹.

269. Como a presente monografia diz respeito aos efeitos do inadimplemento dos negócios jurídicos, deixa-se, propositadamente, de abordar a responsabilidade extranegocial.

270. Por nexa de causalidade deve-se entender o vínculo necessário entre a ação ocorrida e o dano sofrido.

Por sua vez, não há que se confundir nexa de causalidade com imputabilidade: esta diz respeito a elementos subjetivos e aquele a elementos objetivos. Logo, pode haver imputabilidade sem nexa causal.

A doutrina elenca diversos motivos excludentes do nexa causal. Entre estes pode-se mencionar: culpa exclusiva da vítima; culpa concorrente; culpa comum; culpa de terceiro; força maior ou caso fortuito; cláusula de não indenizar, que exclui a responsabilidade civil, não por desaparecer o liame de causalidade, mas em razão da própria convenção. Sobre as cláusulas de não indenizar v., PRATA, Ana. Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual.

É evidente, contudo, que situações como a culpa comum ou concorrente não excluem o nexa de causa e efeito, mas tão somente atenuam o quantum indenizatório.

271. A respeito v., por todos, PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI, ps. 05/6.

Frise-se, outrossim, que a pretensão do credor, evidentemente, não se restringe aos danos emergentes e aos lucros cessantes, visto ser para ele possível buscar a tutela específica²⁷².

Percebe-se, diante disto, que o incumprimento pode ser ou não imputado ao devedor. É o que será examinado a seguir.

VI.4. Não Cumprimento Imputável ao Devedor

Ocorrido o inadimplemento por fato imputável ao devedor, ou seja, decorrente de sua responsabilidade, presentes os requisitos legais referidos, responderá este pelo descumprir.

Quando se fala em imputabilidade, trabalha-se com o elemento subjetivo culpa, oriundo do descumprimento de um dever jurídico que o devedor conhecia ou deveria conhecer. É a somatória, portanto, de um dever violado (elemento objetivo) à imputabilidade do agente (elemento subjetivo)²⁷³.

Não obstante, por vezes, fala-se em responsabilidade do devedor sem culpa. Essa hipótese, não tão excepcional em

272. Sobre o tema v. detalhamentos no capítulo seguinte. É importante asseverar, no entanto, que tendências modernas do processo civil começam a pregar, corretamente, que a conversão da obrigação em perdas e danos somente deve ser deferida nos casos de impossibilidade da tutela específica ou quando assim preferir o credor. Neste sentido é o § 1º do art. 84 do CDC e § 1º do art. 62 da Lei nº 8.884/94.

Acrescente-se, outrossim, que recente modificação no CPC deu nova redação ao art. 461, trazendo regra equivalente em seu § 1º.

273. A doutrina especializada labora com o que chama de exceções à imputabilidade, nas quais elenca: a) menoridade; b) demência; c) anuência direta ou indireta da vítima; d) exercício normal de um direito; e) legítima defesa; f) estado de necessidade. Presente uma dessas situações, não havendo responsabilidade de terceiro, tratar-se-á de inadimplemento inimputável ao devedor.

face do alcance vasto do Código de Proteção ao Consumidor, ocorre quando a obrigação de indenizar é imposta, por lei, a certas pessoas, independentemente da prática de qualquer ato ilícito, levando em conta que determinadas atividades criam um risco especial ou que o exercício de certos direitos deve implicar o dever de reparar o prejuízo que origina²⁷⁴.

Essas situações de inadimplemento contratual sem culpa, terão grande relevo no exame das obrigações juridicamente infungíveis inadimplidas, propiciadoras da tutela específica.

Assim, levando-se em conta que a reparação do dano deva ser a mais completa possível, devem as perdas e danos representar o equivalente do prejuízo ou do dano suportado pelo credor, morais e patrimoniais, decorrente do fato do devedor não ter cumprido, total ou parcialmente, absoluta ou relativamente, a obrigação assumida, expressando-se numa soma de dinheiro correspondente ao desequilíbrio sofrido pelo prejudicado.

Por outro lado, presente o incumprimento com os requisitos autorizadores do dever de indenizar, a extensão da responsabilidade, ainda que possível a tutela específica, poderá alcançar, cumulativa a esta, a reparação dos danos patrimoniais e a compensação dos morais.

Nada impede, outrossim, que os prejuízos patrimo-

274. Sobre o tema v. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do Produto no Direito Brasileiro; e LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor.

niais sejam prefixados mediante cláusula penal²⁷⁵ compensatória.

VI.5. Não Cumprimento não Imputável ao Devedor

Por vezes, ainda que o negócio jurídico seja válido, existente e eficaz, a despeito do descumprimento do vínculo negocial existente entre credor e devedor, pode não propiciar esse fato, efeitos de ordem a responsabilizar o inadimplente²⁷⁶.

Essa situação ocorre quando não se possa imputar o descumprir ao devedor.

Entre as possibilidades de exclusão da responsabilidade negocial encontram-se: a) culpa exclusiva da vítima; b) caso fortuito ou força maior; c) cláusula de não indenizar; d) anuência direta ou indireta do lesado; e) exercício normal de um direito; f) legítima defesa; g) estado de necessidade.

É evidente que, dentre tais possibilidades, algumas são mais viáveis na responsabilidade extranegocial, como a legítima defesa e o estado de necessidade, aspecto que as retira do alcance específico desta monografia.

A respeito da culpa exclusiva da vítima, vê-se que ela pode excluir a imputabilidade do inadimplente quando o descumprir decorre do inadimplemento da outra parte, fato que impede ao devedor cumprir a sua obrigação.

Fatal, por outro lado, que as hipóteses de caso

275. Sobre o tema, v., por todos, MONTEIRO, Antônio Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. Maiores detalhes sobre a cláusula penal v., tópico VII.2 d), no capítulo seguinte.

276. Sobre o tema v., por todos, VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral. Vol. II, ps. 64/89.

fortuito e de força maior sejam, efetivamente, as mais comezinhas no que tange ao tema tratado.

Conforme menciona AGOSTINHO ALVIM²⁷⁷, citando HUC, "caso fortuito é o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes; força maior é o fato de um terceiro, vis maior, que criou para a execução da obrigação um obstáculo que a boa vontade do devedor não pôde vencer"²⁷⁸.

O direito pátrio, em seu artigo 1.058 - parágrafo único, estabelece a presença de dois requisitos básicos para a ocorrência de uma ou de outra figura: a necessariedade e a inevitabilidade do evento.

Ocorrido esse evento necessário e inevitável, regra geral, afastada estará a responsabilidade comercial oriunda do inadimplemento²⁷⁹.

Relevante, por outro lado, ao contrário do que assevera VENOSA²⁸⁰, é a distinção que a ausência de culpa, por si só, não basta para caracterizar o caso fortuito ou a força maior,

277. Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências. p. 329/330.

278. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. Instituições de Direito Civil. Vol. II, p. 244, equivalentemente, aduz que "o caso fortuito é o acontecimento natural, ou o evento derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio do céu, a inundação, o terremoto. E, mais particularmente, conceitua-se a força maior como o damnum que é originado do fato de outrem, como a invasão do território, a guerra, a revolução, o ato emanado da autoridade (factum principis), a desapropriação, o furto etc."

279. Sobre as exceções a esta regra geral, v. PEREIRA, C.M.S. Instituições.... ob. cit. Vol. II, p. 247 e DINIZ, M.H. Curso de Direito Civil... ob. cit. 2º Vol., ps. 289/290.

280. Direito Civil - Obrigações. Vol. 2, p. 222.

visto que na responsabilidade negocial decorrente do risco, ainda que inexistente o elemento subjetivo, persistirá a responsabilidade convencional, ou seja, a obrigação.

Com relação à cláusula de não indenizar, trata-se de um pacto negocial, decorrente de um contrato paritário ou de adesão, nesta hipótese normalmente integrando as chamadas condições gerais dos negócios, em que as partes estabelecem que determinada situação não tipificará a ocorrência da responsabilidade contratual. São limitadas, porém, pelo interesse público. Exemplos desta situação estão presentes nos artigos 25²⁸¹ e 51, inciso I²⁸² do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, bem como nos dispositivos do mencionado Código atinentes ao dever de oportunizar e à forma do contrato de adesão²⁸³.

Com relação à anuência direta ou indireta do credor como excludente do dever de reparar o dano contratual, pode ela ocorrer quando o credor, expressa ou tacitamente, perdoe ou autorize o inadimplemento ocorrido. ORLANDO GOMES²⁸⁴, dá exemplo

281. Art. 25: "É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores".

282. Art. 51: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade dos fornecedores por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis".

283. Sobre as cláusulas de não indenizar v., por todos, PRATA, Ana. Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual e DIAS, José de Aguiar. Cláusula de Não Indenizar.

284. Contratos. p. 195.

esclarecedor ao se referir às chamadas cláusulas resolutórias expressas: "O pacto deve indicar as obrigações cujo inadimplemento determina a resolução, mas na prática é uma cláusula de estilo atinente ao efeito resolutivo do descumprimento sem especificação da infração contratual, prescindida a sua gravidade. A aceitação de cumprimento retardado, a concessão de prazo suplementar ou a tolerância com o atraso implicam renúncia do direito de invocar o pacto".

Por fim, com relação ao exercício regular de um direito, é possibilidade expressamente admitida pelo artigo 160, I, 2ª parte do Código Civil. Isto porque quem "exerce um direito legítimo, não fica obrigado a reparar o dano causado a outrem, sendo, pois, improcedente qualquer pedido de indenização formulado pelo prejudicado"²⁸⁵.

Destarte, o ônus gerado à outra parte por um dos contratantes, que utiliza das prerrogativas que o negócio jurídico lhe confere não propicia qualquer responsabilidade. Entre tais casos pode-se destacar a utilização da *exceptio non adimpleti contractus* ou do direito de retenção.

Ainda que presente a impossibilidade no cumprimento desde a formação do negócio jurídico, como lembra DOMENICO BARBERO²⁸⁶, mesmo assim pode estar presente o dever de indenizar. Ora, "entre os caracteres da prestação notamos, em primeiro lugar, que deve ser possível. Uma prestação impossível exclui a

285. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 1ª Vol., p. 280.

286. Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano. Vol. II, p. 85.

obrigação: *ad impossibilia nemo tenetur*.

Isso é certo. Mas não é o dizer que a exclusão da obrigação implique, também, na exclusão de toda responsabilidade. Não será a responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação, porque se não existe obrigação não pode haver inadimplemento; mas se pode discutir uma responsabilidade pelo fato de ter negociado uma prestação impossível²⁸⁷.

É evidente, ademais, que o ônus de provar a ocorrência de uma causa excludente da imputabilidade é do devedor inadimplente, pois ao credor basta, objetivamente, demonstrar o vínculo negocial e o inadimplemento respectivo²⁸⁸.

287. No original italiano: "Fra i caratteri della prestazione notanno in primo luogo che dev'essere possibili. Una prestazione impossibile escludere l'"obbligazione": ad impossibilia nemo tenetur.

Questo é certo. Ma non é detto che l'esclusione dell'"obbligazione" implichi anche l'esclusione di ogni "responsabilità". Non sarà la responsabilità dell'inadempimento dell'obbligazione; perchè se non c'è obbligazione non ci può essere inadempimento; ma si può discutere d'una responsabilità per il fatto di aver negoziato una prestazione impossibile". Ob. cit. p. 85.

288. Em idêntico sentido v. BARBERO, D. Sistema Istituzionale.... ob. cit. p. 87.

VII. A REPARAÇÃO DO DANO NEGOCIAL - INSTRUMENTOS PARA A SUA EFETIVIDADE

VII.1. Notas Mínimas sobre a Execução: a) finalidade; b) execução direta e indireta; c) limites. **VII.2. Ações Específicas:** a) cominatória;. b) adjudicação compulsória; c) executiva de obrigação de fazer; c.1) o direito alemão; c.2) o direito francês; c.3) o direito português; c.4) o direito italiano; d) perdas e danos e cláusula penal. Cabimento individual, alternativo ou cumulado; d.1) as perdas e danos; d.2) a cláusula penal; d.3) as perdas e danos e a cláusula penal no contrato preliminar inadimplido.

VII.1. Notas Mínimas sobre a Execução

a) finalidade

A finalidade precípua da execução é, como seu instrumento fundamental, atingir o escopo básico do processo que é tornar efetivo o direito material violado²⁸⁹.

A necessidade da atuação jurisdicional, para a garantia efetiva do direito material, reside no fato de nem sempre o dever obrigacional ser suficiente para convencer o devedor a

289. Sobre o tema v. Capítulo II - Efetividade do Direito, O Processo e Seus Escopos.

adimplir. Isto, aliás, depois de ultrapassadas as fases do dever de consciência, o compromisso ético ditado pela convivência social²⁹⁰.

Na verdade, conforme lembra DINAMARCO²⁹¹, "a execução tem caráter subsidiário, ou secundário, em relação ao adimplemento: só se justifica quando as forças internas da própria obrigação não tiverem sido suficientes para levar o abrigado a adimplir".

b) execução direta e indireta

Visto a finalidade do processo como uma garantia da efetividade do direito objetivo, percebe-se que ela se adapta à concepção mais moderna do direito de ação, denominada Teoria dos Planos da Tutela Jurídica. Para os seus defensores, entre os quais se incluem PONTES DE MIRANDA²⁹², OVÍDIO B. DA SILVA²⁹³ e ARAKEN DE ASSIS²⁹⁴, a ação é concebida em dois planos, um de direito material e outro de direito processual. No campo material presentes estão o direito subjetivo, a pretensão e a ação material, enquanto que no processual, o direito à tutela jurídica do Estado, a pretensão à tutela jurídica e a ação processual. Fri-se-se, porém, que a esfera processual somente existe pelo fato da proibição da autodefesa, bem como da justiça privada.

290. Sobre o tema v. ALVIM, A. Da Inexecução... ob. cit. p. 06/7.

291. Execução Civil. p. 97.

292. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I, pp. 121 e ss. Tratado das Ações. Tomo I, pp. 109 e ss.

293. Curso de Processo Civil. Vol. I. pp. 59 e ss.

294. Cumulação de Ações. pp. 61 e ss.

A ação processual seria, assim, mero instrumento - ainda que essencial - para fazer valer o verdadeiro direito de ação, o qual se situa no campo material²⁹⁵.

Dentro desta ótica, o conceito de execução não pode se restringir àquelas por título judicial e extrajudicial, conforme querem crer os defensores da teoria dominante.

Dito posicionamento majoritário da doutrina, com sustentáculo na chamada escola paulista de direito processual, encosta-se na idéia de que as ações são divididas, segundo o tipo de provimento jurisdicional, em três tipos: de conhecimento, abrangendo a eficácia declaratória, constitutiva e/ou condenatória da sentença; cautelar e de execução. Com este pensamento se incluem LIEBMAN²⁹⁶ e BUZAID²⁹⁷.

Tendência mais moderna²⁹⁸, levando em conta as evidentes limitações daquela corrente de pensamento, porém, passou a adotar outra espécie de classificação, concebida como quinária²⁹⁹. Nessa teoria, além dos efeitos contidos na concepção

295. Sobre a tutela jurisdicional adequada do plano do Direito material v. MARINONI, L. G. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. p. 38.

296. Manual de Direito Processual. Vol. I, ps. 164/220.

297. Ação Declaratória no Direito Brasileiro. p. 130.

298. Neste caminho se encontram MIRANDA, Pontes de. Tratado... ps. 197 e ss. e ASSIS, Araken de. ob. cit., ps. 77 e ss. SILVA, Ovídio B. da. Curso..., Vols. I e II, ainda que adote a classificação quinária, o faz de modo diverso e a nosso ver temerário.

299. É importante frisar que nesta teoria se adota o tipo de ação de acordo com sua eficácia preponderante, pois como adverte PONTES DE MIRANDA. Comentários... ob. cit. Tomo I, p. 140, "a qualidade de cada uma resulta, apenas, da quantidade ou intensidade de um dos elementos (declaratividade, constitutividade, condenatoriedade, mandamentalidade, execução)." Em outra obra

clássica, incluem-se o executivo e o mandamental³⁰⁰.

Ainda que muitos não queiram ver, é evidente que dita concepção mais se adequa aos tipos de provimento jurisdicional efetivamente existentes e é por esse enfoque que deve ser compreendida a função jurisdicional executória³⁰¹.

Destarte, ela não se restringe àquelas funções jurisdicionais mencionadas pela teoria clássica, pois abrange categoria maior, ou seja, aqueles casos em que a própria sentença já possui caráter executivo, ou seja, é desnecessária a instauração do chamado processo de execução. Referidas demandas executivas possuem caráter pessoal ou real³⁰².

Diz-se, então, que a execução pode ser direta (por

...Continua...

(Tratado... ob. cit. Tomo I, p. 124) o festejado autor assevera: "Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva".

300. Maiores detalhes sobre os efeitos de cada um destes tipos de provimento jurisdicional v. ASSIS, Araken de. Cumulação... ob. cit. ps. 79/85.

301. Como adverte ARAKEN DE ASSIS (Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor. p. 72) a função executiva possui "dois escopos centrais: primeiro, eliminar os defeitos da infração a algum direito, o que se implementaria entregando ao exequente a mesma utilidade lesionada, reconstituindo, portanto, a feição originária daquele direito; ademais, impedir a própria infringência do direito, e a repetição do ato lesivo".

302. Nesse sentido v. PONTES DE MIRANDA. Tratado das Ações. Tomo VII, p. 21. Sobre as pretensões reais e as ações executivas v., por todos, SILVA, Ovídio B. da. Curso de Processo Civil. Vol. II, ps. 129/146. A título exemplificativo, são ações executivas: ação reivindicatória; ação de imissão na posse; ação de depósito; ação de reintegração de posse; ação de despejo; ação executiva de declaração de vontade. Sobre esta demanda como ação executiva v., com maiores detalhes, Capítulo XI, no campo da natureza jurídica da sentença.

sub-rogação) ou indireta (por coação). Em sendo direta, ocorrerá por ato de expropriação ou de execução específica³⁰³.

A chamada execução indireta³⁰⁴ é a responsável por todos aqueles atos de pressão psicológica, física ou econômica que buscam conduzir o devedor ao adimplemento. Entre tais situações pode-se elencar as astreintes, penas de multa, hipóteses de prisão civil³⁰⁵, punições decorrentes da prática de atos atentatórios à dignidade da justiça, entre outros³⁰⁶.

A execução direta é aquela em que, "estando presentes os requisitos impostos pela lei, o Estado-juiz substituir-se-á ao obrigado, prescindirá inteiramente do concurso de sua vontade e cuidará de realizar aquele resultado que o direito objetivo material queria - seja emitindo sentença constitutiva, seja atuando certas medidas imperativas de constrição sobre o seu

303. A execução direta e indireta são meios executórios que "constituem a reunião de atos executivos endereçada, dentro do processo, à obtenção do bem pretendido pelo exequente. Eles veiculam a força executiva, presente em todas as ações classificadas de executivas, e não só naquelas que se originam do efeito executivo da sentença condenatória" (ASSIS, Araken de. ob. cit. p. 73).

304. DINAMARCO. Execução Civil. ps. 98/100, admite-a como ato de execução processual, mas somente com visível esforço, levando em conta "um sentido latíssimo de execução".

305. "Assim, a prisão civil é meio executivo de finalidade econômica. Prende-se o executado, não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão, ou readquirir a sua liberdade". CASTRO, Amílcar de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII, p. 376.

306. Sobre os meios executórios de coerção (execução indireta) v. ASSIS, A. ob. cit. pp 76/79.

patrimônio³⁰⁷.

A execução por ato de expropriação é aquela baseada na execução por quantia certa, para entrega de coisa incerta, bem como naquelas em que a execução específica estiver sujeita a limites naturais ou políticos³⁰⁸.

Não obstante, tendência moderna e compatível com o Estado Democrático de Direito previsto na Constituição Federal³⁰⁹ preconiza uma necessária preponderância da execução específica sobre a por sub-rogação, pois é por meio dela que o credor obtém tudo aquilo que obteria se o adimplemento fosse voluntário. Tal predomínio resta claro pelo disposto no § 1º do artigo 62 da Lei Antitruste³¹⁰, pela regra insculpida no § 1º do artigo 84 do Código de Consumo, bem como pela recente inovação do Código de Processo Civil, motivada pela Lei nº 8.952/94, dando nova redação ao artigo 461³¹¹.

307. DINAMARCO, C.R. p. 103. Lembre-se que referido autor possui entendimento que a natureza jurídica das sentenças proferidas nas demandas substitutivas de declaração de vontade possui caráter constitutivo. É por esse motivo que ele insere as sentenças constitutivas como ato de execução direta. Tal posicionamento, só vem a admitir a correção da classificação quinária, no sentido de que não são somente executivas as demandas decorrentes de sentença condenatória (execução de título judicial) e as de título extrajudicial.

308. A respeito destes limites v. tópico seguinte.

309. V. art. 1º da CF.

310. Sobre o tema v. POPP, C. & ABDALA, E.V. Comentários à Nova Lei Antitruste. p. 140.

311. "O aprimoramento das técnicas processuais permite generalizar a dispensa daquela operação de direito material que, por frustrar a expectativa do credor em torno da situação final a que o obrigado estaria vinculado, era portadora de somente uma meia-justiça, ou seja, de uma injustiça" (DINAMARCO, C.R. A Reforma do Código de Processo Civil. p. 151).

"O que torna específica a execução para entrega e das obrigações de fazer ou não-fazer é a especificidade do objeto do direito a satisfazer. Os meios executivos aplicam-se direta e especificamente sobre o objeto do direito exequendo, isto é, especificamente sobre a coisa devida. Tendem a oferecer ao credor precisamente o bem (coisa, serviço) que por ato do devedor deveria ter-lhe sido proporcionado"³¹² 313.

Se por qualquer motivo reste inviável a execução específica, o caminho para o credor é a conversão em pecúnia³¹⁴.

c) limites

Não obstante a necessidade do processo ser a garantia efetiva do cumprimento do direito material inadimplido, na atividade executiva não se pode utilizar de todos os meios para o atingimento dos fins colimados³¹⁵, visto ser ela limitada³¹⁶.
Nesses casos, "o Estado renuncia pura e simplesmente à plena atu-

312. DINAMARCO, C.R. Execução... ob. cit. p. 316.

313. DENTI, Vittorio. L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica. p. 22, é claro ao diferenciar a execução específica da expropriatória (forçada). "É certo che il legislatore non è stato guidato da criteri sicuri: tra l'altro, ha ricompreso sotto il titolo della esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, istituto che non ha nulla a che vedere con l'esecuzione forzata".

314. Nunca é demais lembrar que a opção pela execução específica pode, originalmente, não existir, v.g., nas execuções por quantia certa. Logo, não é a via necessária, mas, simplesmente, eventual, a conversão da execução específica em por expropriação.

315. Acerca de sua evolução histórica v. Capítulo III da presente monografia.

316. Lembre-se que no processo de execução vige o princípio da menor onerosidade, positivado no artigo 620 do CPC ("quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor").

ação da sanção executiva ou, quando existem meios, formula nova vontade substancial (sanção, em sentido material), conformando-se com a atuação desta em substituição à vontade originariamente expressa³¹⁷.

Os lindes podem decorrer de sua impossibilidade ou de sua inconveniência. Na primeira fala-se em raia natural e, na outra, em fronteira política^{318 319}.

Entre os limites naturais da execução pode-se elencar dois: a) decorrente da perda do objeto; b) oriundo de obrigações personalíssimas (naturalmente infungíveis).

- perda do objeto: parecendo o objeto, evidentemente perece o direito exercido sobre a coisa, logo inviável resta a execução específica.

Nos termos do artigo 78 do Código Civil, há o perecimento do objeto quando: I. perde as qualidades essenciais ou o seu valor econômico; II. nas hipóteses de confusão objetiva; III. quando a coisa se encontra em local de onde não possa ser

317. DINAMARCO. ob. cit. p. 293.

318. YARSHELL. Tutela Jurisdicional Específica nas Declarações de Vontade. p. 39, refere-se, ainda, às fronteiras decorrentes da jurisdição: "em termos mais amplos e genéricos fala-se também nos limites da jurisdição, pretendendo-se abarcar com essa locução limitações de caráter internacional, que essencialmente consideram os elementos conveniência e viabilidade; e também limitações de cunho interno, que derogam o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e que, em termos propriamente processuais, desembocam em casos típicos de impossibilidade jurídica da demanda". Sobre os limites jurisdicionais decorrentes da aplicabilidade da nova lei antitruste v., POPP, Carlyle e ABDALA, Edson Vieira. Comentários à Nova Lei Antitruste. ps. 36/7.

319. Além destes, evidentemente, existem os limites jurídicos propriamente ditos, analisados caso a caso, de modo a vislumbrar se o título em si é hábil a gerar a tutela específica reclamada. Sobre o tema v., sobretudo, capítulos VIII, IX e X.

retirada³²⁰.

Nesta hipótese de perda do objeto, enquadra-se a situação do bem colimado pertencer validamente a terceiro no momento da execução. Logo, ressalvada a possibilidade de fraude, não se pode atingi-lo com o ato executivo.

É necessário enfatizar, porém, que em se tratando de tutela específica pessoal, decorrente de promessa de contratar inadimplida, a perda do objeto não atinge imediatamente a relação jurídica, mas, somente, mediatamente. Claro, desta forma, que o contrato poderia ser efetivado, mas, o registro imobiliário seria impossível, pois não se pode dar direito real sem a existência material sobre um determinado objeto ou a sua transferência em descumprimento ao princípio da continuidade.

- obrigações personalíssimas: em se tratando de obrigação infungível, ou seja, aquela em que não é possível o cumprimento por terceiro, inviável é a tutela específica.

Evidente, todavia, que o impedimento somente existe nas chamadas obrigações naturalmente personalíssimas, quando contrariamente à vontade do devedor, não pode o Estado-juiz atuar.

Logo, em sendo a infungibilidade meramente jurídica, obstáculo algum ocorrerá para o provimento substitutivo, isto

320. Levando-se em conta uma ótica mais ampla, pode-se dizer que há extinção do direito, quer sob a visão do sujeito, quer atinente ao objeto, nos seguintes casos: a) perecimento do objeto; b) alienação; c) renúncia; d) abandono; e) falecimento do titular em se tratando de direito personalíssimo; f) prescrição ou decadência; g) abolição do instituto jurídico que incidia sobre o direito; h) confusão, quer real, quer obrigacional; i) implemento de condição resolutiva; j) aparecimento de direito novo, incompatível com o atual.

porque o Estado não contrata em lugar do devedor, mas, tão-somente emite um título, que faz as vezes da sua vontade. Ato volitivo esse, inicialmente manifestado, porém descumprido³²¹ 322.

Esta conclusão, atualmente simplória, representa uma conquista do direito moderno, nascida do repúdio à idéia mais ou menos arraigada, própria do Estado Liberal e consubstanciada legislativamente no Código Civil Francês, de que as obrigações de fazer inadimplidas seriam convertidas em perdas e danos. Tal concepção faz-se presente no direito pátrio³²³.

Não obstante, o trabalho de juristas como VIDIGAL fez com que a doutrina passasse a interpretar tal entendimento, visando diferenciar a infungibilidade natural da jurídica. Aquela, verdadeiro limite natural à execução. Esta, porém, concedia alicerce valioso para que o direito material restasse observado.

RADBRUCH³²⁴, ao referir-se à interpretação da vontade externada nos negócios jurídicos, determina que "convém também não esquecer que, ainda nos contratos de direito privado a 'interpretação' pretende sempre dar como contido na manifestação real da vontade dos contraentes tudo aquilo que, conseqüente,

321. Sobre a diferença entre as obrigações fungíveis e infungíveis v. Capítulo V, tópico V.4.

322. "A execução específica decorrente do descumprimento voluntário do contrato preliminar, não significa que o Estado tome o lugar da parte renitente, firmando o contrato definitivo. Apenas substitui o contrato final por um título jurídico que dele tem os mesmos efeitos". CHAVES, Antonio. Tratado de Direito Civil. Vol. 2, Tomo 1, ps. 435/6.

323. O CC no seu art. 879 é claro: "Se a prestação de fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos".

324. Filosofia do Direito. p. 286

lógica e juridicamente, se acha ligado à vontade que se manifestou, como se tudo isso formasse parte integrante do conteúdo dessa vontade. Deste modo, se, por um lado, atribui-se ao contraente de direito privado, como sua vontade duradoira e permanente, a vontade por ele manifestada num certo momento, por outro lado não deixam também de lhe ser atribuídas, ainda como conteúdo dessa mesma vontade, todas as conseqüências puramente lógicas da sua manifestação volitiva que aliás psicologicamente aí não se achavam contidas. A vontade das partes contratantes é assim, em grande parte, uma pura vontade do legislador. Esta é que lhes é atribuída como própria, não sendo portanto, mais uma vez, a vontade das partes quem se obriga a si mesma, mas sim a da lei que obriga aquela heteronomamente".

Assim, a infungibilidade jurídica não se constitui em limite natural para a execução específica, não existissem outros motivos, pelo simples fato de que o Estado legislador abriga a boa-fé e o efetivo cumprimento dos negócios jurídicos prometidos, como requisito da segurança jurídica, própria do positivismo jurídico adotado.

No que tange aos lindes políticos, a especificidade da execução restaria inviável, principalmente em quatro casos: a) infração aos direitos da personalidade; b) alcance de bem impenhorável; c) infringência ao interesse público; d) atingir a Fazenda Pública os atos expropriatórios.

Tais fronteiras, não obstante, são próprias da execução por expropriação, normalmente não atingindo, pelas suas

próprias peculiaridades, a execução específica³²⁵. Observe-se o porquê desta assertiva.

- execução específica x direitos da personalidade: direitos da personalidade "são direitos absolutos, aos quais correspondem deveres jurídicos de todos os membros da comunidade, cujo objeto está na própria pessoa do titular, distinguindo-se assim dos direitos reais que recaiam sobre coisas ou bens exteriores ao sujeito ativo da relação jurídica"³²⁶.

Como Direitos da Personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social), cuja eficácia é erga omnes, pois tradutores de uma relação jurídica em que o sujeito passivo é universal, possuem caracteres específicos. Estes são tipificados pelo fato de serem absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis e inexpropriáveis³²⁷.

325. Com opinião semelhante v. YARSHELL, Flávio. Tutela Jurisdicional Específica... ob. cit. p. 41.

326. WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro - Parte Geral. p.108.

327. Sobre o tema v. BITTAR, Carlos Alberto & BITTAR FILHO, Carlos Alberto. A Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais e SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela.

Essa proteção que se dá impede a prisão civil por dívidas, bem como atividades incompatíveis com a boa-fé, como o desrespeito ao devedor na cobrança de débitos³²⁸. É bem verdade, porém, que alguns direitos, próprios da personalidade, como a intimidade, são constantemente desrespeitados. Exemplo disso é o sensacionalismo causado pela imprensa com relação à AIDS³²⁹.

Não restam dúvidas de que a execução específica não pode ser instrumento de desobediência aos ditames constitucionais protetivos da personalidade. Não obstante, regra geral, o descumprimento do contrato preliminar ou da declaração de vontade específica e, conseqüentemente, a utilização da tutela coativa específica, não pode ser considerado como violação a esses direitos. Isto porque não haverá coação sobre a pessoa do devedor, mas sim mero suprimento da vontade inicialmente querida e, posteriormente, inadimplida.

ORLANDO GOMES³³⁰ refere-se aos chamados negócios jurídicos que impõem risco de vida a uma das partes. Nesta hipótese, pois passível da chamada revogabilidade *in extremis*, inviável é a execução específica e, tampouco, a utilização dos meios -----

328. Neste sentido, dispõe o art. 42 do CDC: "Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça". Referido dispositivo, porém, nem sempre é obedecido. Sobre o tema v. POPP, Carlyle. A Máfia das Empresas de Cobranças. Jornal "O Estado do Paraná". Ed. de 03/04/94, p. 27.

329. Sobre o instigante tema v. POPP, Carlyle. A AIDS e a Tutela Constitucional da Intimidade. Revista de Informação Legislativa nº 115, ps. 139/150; A AIDS e a Proteção da Intimidade. Jornal "O Estado do Paraná" Ed. de 30/01/94, p. 27; Novamente a AIDS e a Tutela da Privacidade. Jornal "O Estado do Paraná" Ed. de - 21/08/94, p. 23.

330. Introdução ao Direito Civil. p. 134.

de coerção pessoal (execução indireta)³³¹

- execução específica x bem impenhorável: a proteção específica que o legislador conferiu a determinados bens, qualificando-os como absoluta ou relativamente impenhoráveis, traduz forma disfarçada de proteção à dignidade da pessoa humana, reflexo, destarte, da proteção à personalidade.

Esta situação é perfeitamente percebida por DINAMARCO³³², pois "ao lado dos direitos da personalidade, que em si nada têm de patrimonial, existe crescente tendência no sentido de garantir um mínimo patrimonial indispensável à efetividade deles próprios e para que a pessoa não fique privada de uma existência decente"³³³.

Interessante acréscimo a esta idéia de impenhora-

331. "Sendo evidente que o direito à vida não legitima o suicídio, apresentam-se como aspectos interessantes desse direito de personalidade os que resultam de relações jurídicas de natureza negocial que expõem uma das partes a riscos extremos. Até que ponto, pergunta DIEZ Y DIAZ, é lícito arriscar a vida em exercícios perigosos e desnecessários pelo torpe afã de enriquecer? Toleram-se as atividades arriscadas em espetáculo de circo e se admitem práticas desportivas, como a do pugilato, e as touradas, nas quais participantes jogam com a própria vida. Conquanto se invoquem para a validade desses contratos o princípio de que tais práticas são autorizadas e a regra *volente non fit injuria*, bem é de ver que sobreleva o ditame superior que protege a vida, a determinar, pelo menos, tratamento diverso à eficácia desses contratos e ao valor da declaração da vontade, admitindo-se, como advoga DE CUPIS, a revogabilidade *in extremis*, expressamente acolhida no Código Civil Português" (GOMES, O. ob. cit. p. 134).

332. Execução Civil. p. 297.

333. AMÍLCAR DE CASTRO. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII, p. 196 é claro: "Em regra, a penhora pode recair em quaisquer bens do executado, mas ou pela própria natureza dos bens, ou por motivo de ordem pública, ou por humanidade ou equidade, ou razões de direito, muitos há que absolutamente não podem ser penhorados (art. 649), e alguns que só podem ser em falta de outros (art. 650)".

bilidade resulta da infeliz lei nº 8.009/90, que tornou impenhorável por débitos, com as exceções nela inseridas, o único imóvel do devedor, bem como os bens móveis que nele se encontrem³³⁴.

Na verdade, contudo, a impenhorabilidade de bens não constitui obstáculo à execução específica das declarações de vontade inadimplidas, visto que não se trata de responsabilidade patrimonial genérica, mas de regra privilegiadora do princípio da boa-fé, visando tornar efetiva a vontade manifestada, porém descumprida.

- execução específica x interesse público: Por muitas vezes, destarte, o interesse público determina a não constrição judicial de determinado bem, visto que o interesse do credor deve ser limitado ao da maioria. Os exemplos fornecidos pela doutrina são as disposições dos artigos 677³³⁵ e 726³³⁶ do Código de Processo Civil.

DINAMARCO³³⁷, com sustentáculo nas regras do direito de vizinhança, enfatiza: "assim, em época de crise habitacional, o juiz deve converter em perdas e danos o dever de não

334. Sobre o tema v. CZAJKOWSKI, Rainer. A Impenhorabilidade do Bem de Família - Comentários à Lei 8.009/90; SILVA, Enio Morais da. Considerações Críticas sobre o Novo Bem de Família e CUNHA, J.S. Fagundes. Bem de Família - Comentários à Lei 8.009/90.

335. Art. 677: "Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifícios em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em dez (10) dias a forma de administração".

336. Art. 726: "Nos casos previstos nos arts. 677 e 678, o juiz concederá ao credor usufruto da empresa, desde que este o requeira antes da realização do leilão".

337. Execução Civil. p. 299.

construir em violação às regras de vizinhança (CC, art. 572 e ss.), sempre que a demolição seja capaz de agravar essa crise".

Ressalvada as situações de invalidade, inexistência ou ineficácia³³⁸ da manifestação de vontade negocial, o interesse público não se constitui em obstáculo para a tutela específica.

Não obstante, se, excepcionalmente, no caso em concreto isto ocorrer, "em nenhum caso esses valores sociais justificariam o sacrifício do direito do exequente, como quando o executado não dispõe de bens que respondam pela execução das perdas-e-danos. O interesse público levará o Estado, quando o entender, a conceder indenizações pela técnica adequada (desapropriação, etc.)"³³⁹.

Neste aspecto do interesse público como linde político - suposto limitador da execução específica - deve ser questionado se a regra do artigo 620 do Código de Processo pode ser interpretada como positividade jurídica incompatível com a tendência moderna de efetividade do direito?

A resposta é negativa, pois não é o caso de propiciar ao devedor a espécie de execução que menos ônus lhe trará, mas sim, evitar a utilização desnecessária de meios executivos quando, sem eles, o credor pode obter o mesmo resultado prático. Por conseguinte, conforme lembra MENDONÇA LIMA³⁴⁰, "os vários

338. Sobre o tema v. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia.

339. DINAMARCO, C.R. ob. cit. p. 300.

340. Comentários ao Código de Processo Civil. VI Vol., Tomo II, p. 756.

meios de executar dizem respeito a atos em cada execução e não à espécies de execução como o dispositivo dá a entender³⁴¹.

A execução é realizada no interesse do credor, conciliando-se, para tanto o binômio eficiência + sacrifício. Logo, o processo executivo deverá ser o mais eficaz possível, propiciando o menor sacrifício possível ao devedor³⁴².

Logo, não poderá o devedor optar pelas perdas e danos quando a tutela específica da obrigação lhe acarretar dano maior, pois a objetivo primordial do processo é conceder ao credor o mesmo bem que ele receberia se a obrigação fosse voluntariamente adimplida. "Urge, pois, evitar a solução de sentenças que condenam a perdas e danos, quando está ao alcance do Juiz o próprio bem devido, injustamente retido pelo devedor inadimplente"³⁴³.

- execução específica x Fazenda Pública: Sabe-se que, em sendo devedora a Fazenda Pública, a execução não se dá de forma comezinha, mas sim pelos ditames dos artigos 730 e 731 do Código

341. "E se a finalidade do processo executivo é esta de obter o Poder Judiciário, à custa do executado, o bem devido ao exeqüente, é intuitivo que, quando por vários meios executivos puder executar a sentença, isto é, quando por vários meios executivos puder conseguir para o exeqüente o bem que lhe for devido, o juiz deve mandar que a execução se faça pelo modo menos dispendioso" (CASTRO, Amílcar de. Comentários... Vol. VIII, p. 150).

342. Em igual sentido DINAMARCO, C. R. Execução Civil. 3ª Ed., p. 304.

343. THEODORO JR, Humberto. O Processo de Execução e as Garantias Constitucionais da Tutela Jurisdicional. p. 162. Em mesmo obra (p. 161), citando AGOSTINHO ALVIM, o autor mencionado deixa claro o seu pensamento: "a execução direta, sempre que possível, é obrigatória para o devedor".

de Processo Civil³⁴⁴. Assim, a Fazenda não é citada para pagar, mas para, querendo, opor embargos à execução. Não opostos aqueles, ou julgados improcedentes, a satisfação do credor dar-se-á mediante precatório requisitório, incluindo-se o valor necessário em orçamento da pessoa jurídica de direito público, para pagamento em exercício vindouro.

Logo, pelas próprias características dos bens públicos, são eles impenhoráveis, imprescritíveis e inalienáveis, não estando, por estes motivos, sujeitos à execução forçada.

Tais ditames, porém, podem ou não ser aplicados à tutela específica e, assim, inviabilizá-la ou não. A questão é complexa e será, por este motivo, examinada no momento próprio³⁴⁵.

VII.2. Ações Específicas

Para a obtenção da tutela específica, viável é a utilização de três caminhos: a ação cominatória; a adjudicação compulsória; a executiva de obrigação de fazer. Isto não afasta, porém, o cabimento de outras demandas para o objetivo analisado na presente monografia. Tais casuísmos legais e doutrinários serão examinados no capítulo X.

Neste tópico, observa-se, ainda, a ação reparatória das perdas e danos que, apesar de regra geral ser "adversária" da tutela específica, pode complementá-la a fim de que o

344. Sobre o tema v., por todos, GRECO FILHO, Vicente. Execução contra a Fazenda Pública.

345. Sobre o tema v. Capítulo X.

direito especificamente concedido, reste ainda mais efetivo.

a) **cominatória**: como já anteriormente observado³⁴⁶, o cumprimento é um direito inafastável do credor e as previsões do ordenamento existem para se realizar³⁴⁷. Visto, igualmente, foi o aspecto de que a execução além de direta, pode ser indireta, quando por intermédio de meios de pressão psicológica, procura fazer com que o devedor cumpra, voluntariamente, a obrigação inadimplida³⁴⁸.

A ação cominatória³⁴⁹ é figura jurídica que instrumentaliza uma das espécies de execução indireta, logo não se trata de expiação ao devedor, pois "sua finalidade é de fazer o devedor cumprir a obrigação e não, em absoluto, substituir a própria prestação devida"³⁵⁰.

346. V., especialmente, Capítulos II e VI, naquele sobre a efetividade do Direito e neste sobre a importância do cumprimento como direito inafastável do credor.

347. "A justiça não é, ou não deve, ou não pode ser, só e apenas, instrumento de paz social, mas, do mesmo modo, de confiança para as pessoas que buscam os pretórios na esperança - jamais na vã esperança - de que, neles, encontrarão o devido amparo e reconhecimento de seus direitos subjetivos postergados, porque o processo, como destacam as lúcidas observações de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, '*será dentro de sus imperfecciones humanas el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres*' (CRIBARI, Giovanni. Execução Específica - Obrigações de Fazer, de Não Fazer e de Prestar Declaração de Vontade: Cominação e Ação de Preceito Cominatório. RP 10, p. 61.

348. Sobre o tema v. item VII.1 deste Capítulo.

349. Sobre a evolução histórica da ação cominatória, sobretudo no direito pátrio, v., MUNIZ, Severino. Acções Cominatórias à Luz do Art. 287 do Código de Processo Civil e SANTOS, Moacyr Amaral. Acções Cominatórias no Direito Brasileiro. 02 tomos.

350. LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil. VI Vol., Tomo II, p. 869. Com igual opinião, entre outros, v. CASTRO, Amílcar de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII, p. 186/7.

Dita demanda possui sistemas semelhantes, especialmente no ordenamento europeu. Entre aqueles deve ser dado especial destaque ao direito português³⁵¹, francês³⁵², italia-

351. Trata-se da sanção pecuniária compulsória disciplinada pelo art. 829-A do CC Português: "1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.

2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indenização a que houver lugar.

3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado.

4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar".

352. Neste ordenamento jurídico existe, mediante criação jurisprudencial desde os primórdios do Séc. XIX, legitimada em 1972 por lei de 05 (cinco) de Julho, a figura da astreinte. Referido instituto serve como verdadeiro sinónimo da cominatória no direito pátrio. AMÍLCAR DE CASTRO. ob. cit. p. 188, esclarece que "o vocábulo francês astreinte é sinónimo de contraiente, que quer dizer constrangimento, ou violência exercida contra alguém".

no³⁵³, inglês³⁵⁴ e alemão³⁵⁵.

Na verdade as figuras da sanção pecuniária compulsória e das astreintes são extremamente parecidas ao sistema adotado pelo direito brasileiro, ao passo que os ordenamentos alemão e inglês preferiram, em conjunto com a sanção econômica, a pena de prisão por desrespeito à ordem judicial. No próprio ordenamento pátrio, a possibilidade da pena de prisão começa a ser debatida como forma de execução indireta, visando compelir o devedor ao

353. Trata-se da inibitória. Sobre o tema v. FRIGNANI, Aldo. L'Injunction nella 'common law' e l'inibitoria nel diritto italiano e RAPISARDA, Cristina.. Profili della Tutela Civile Inibitoria.

354. Neste ordenamento presentes estão as técnicas da injunção e do *contempt of court*. Referido sistema, conforme lembra CALVÃO DA SILVA. ob. cit. p. 382/3, "deriva etimologicamente do latim *contemptus*, que quer dizer ato de 'desprezo pelo tribunal', desobediência à autoridade judicial, à Justiça e à sua dignidade".

355. O CPC alemão (Z.P.O.) estabelece como meios de coerção com aplicabilidade às prestações infungíveis, positivas (parág. 888) e negativas (parág. 890).

§ 888: "Se um acto não pode ser realizado por terceiro e depende exclusivamente da vontade do devedor, deve o tribunal de primeira instância, a pedido do credor, declarar que o devedor é obrigado ao cumprimento do acto sob a ameaça de pagamento de uma soma de dinheiro (*Zwangsgeld*) e, para o caso de esta não poder ser cobrada, de prisão coercitiva (*Zwangshaft*) ou a ameaça de prisão coercitiva (*Zwangshaft*). A singular sanção pecuniária não pode ultrapassar o montante de 50 mil marcos. À prisão aplicam-se as disposições contidas no quarto título sobre prisão (*Haft*).

Esta disposição não se aplica no caso de condenação a contrair matrimônio, no caso de condenação a estabelecer vida conjugal e no caso de condenação a prestar serviços resultante de um contrato de serviço".

§ 890: "Se o devedor não cumpre a obrigação de abster-se ou tolerar um acto, será, a pedido do credor, por cada singular contravenção, condenado pelo tribunal de primeira instância, ou a uma sanção pecuniária (*Ordnungsgeld*) e, para o caso de esta não poder ser cobrada, a uma prisão coercitiva (*Ordnungshaft*) até seis meses. A singular sanção pecuniária pode ir até 500 mil marcos e a prisão não pode ultrapassar dois anos na totalidade" (dispositivos constantes em CALVÃO DA SILVA. ob. cit. p. 380/1).

cumprimento da obrigação³⁵⁶.

Tal debate de idéias é fortalecido pela disposição contida no artigo 83 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor³⁵⁷, consubstanciador da necessidade de ampla e efetiva tutela jurisdicional. WATANABE³⁵⁸ chega a defender que o dito dispositivo, aliado a outros do sistema pátrio, consagra "um instituto semelhante ao do *contempt of court* dos ordenamentos da *common law*".

356. MARINONI. Novas Linhas do Processo Civil. p. 95, referindo-se à ausência de óbice constitucional para tanto, assevera que "o desrespeito à ordem judicial significa violação da autoridade do Estado, abrindo oportunidade para a medida de coerção pessoal, pois 'uma coisa é a prisão, sanção penal, outra coisa é a privação da liberdade tendente a pressionar o devedor ao cumprimento', e, em outras palavras, ao restabelecimento da autoridade estatal. Por outro lado, a Constituição veda apenas a prisão por dívida, e não a privação da liberdade que visa à manutenção do poder do Estado".

CALVÃO DA SILVA. ob. cit. p. 390/1, ao se referir às divergências existentes entre os sistemas inglês/alemão com o francês, assevera o porquê da escolha pelo ordenamento lusitano pelo repelir da prisão civil por descumprimento às decisões judiciais. "Em jeito de conclusão, podemos dizer que a preocupação da tutela da liberdade e da dignidade humana prevaleceu na opção feita pelo legislador de consagrar apenas a coerção patrimonial, sem revivescência da coerção pessoal, em harmonia, aliás, com a nossa tradição, com o figurino latino de que é modelo a *astreinte* - na evolução histórica do direito francês, contrariamente à do direito germano-anglo-saxônico, a tutela da dignidade do homem livre prevaleceu sobre a ideia de tutela da autoridade - e mesmo com a ideia de que quem responde pela dívida é o património e não a pessoa do devedor, traduzido, aliás, na sanção do ressarcimento do dano resultante do incumprimento da obrigação inexecutável *in natura* - ressarcimento do dano que incide, portanto, sobre o património e não sobre a pessoa do devedor".

357. Art. 83: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

358. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto. p. 520/1.

CALVÃO DA SILVA³⁵⁹, referindo-se ao equivalente do Direito Português, traz conceito plenamente aplicável à cominatória. Aduz o referido autor que "a sanção pecuniária compulsória é a condenação pecuniária decretada pelo juiz para constranger e determinar o devedor recalcitrante a cumprir a sua obrigação. É, pois, um meio de constrangimento judicial que exerce pressão sobre a vontade lassa do devedor, apto para triunfar da sua resistência e para determiná-lo a acatar a decisão do juiz e a cumprir a sua obrigação, sob a ameaça ou compulsão de uma adequada sanção pecuniária, distinta e independente da indemnização susceptível de acarretar-lhe elevados prejuízos"³⁶⁰.

A ação cominatória, no direito brasileiro, não mais é considerada como demanda típica, visto que sua regulamentação não mais ocorre de forma sistematizada como ocorria no âmbito do Código de Processo Civil de 1939. Não obstante, ainda que como ação atípica, ela continua a existir. Alguns, menos avisados porém, consideraram a sua completa exclusão do ordenamento jurídico pátrio³⁶¹.

Atualmente, entre outros diplomas legais, faz-se referência à cominação de pena nos artigos 287, 461, §§ 2º e 4º,

359. Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória. p. 355.

360. Lembre-se que não se deve confundir a presente demanda com o interdito proibitório, ainda que ambas sejam "tidas por ações de preceito cominatório" (MARTELOZZO, Antônio. O Interdito Proibitório no Direito Brasileiro. p. 145). Vale lembrar que a finalidade, o objeto e o campo de atuação são diversos.

361. Entre estes pode-se citar CRIBARI, Giovanni. Execução Específica - Obrigações de Fazer, de Não Fazer e de Prestar Declaração de Vontade: Cominação e Ação de Preceito Cominatório. p. 47/8. Pelo menos é o que se depreende do seu distinguir entre cominação e ação cominatória.

644 e 645 do Código de Processo Civil e respectivos §§ único³⁶² e artigo 84, parágrafos 2º a 4º do Código de Defesa do Consumidor³⁶³.

Na cominatória, em face de sua primordial finali-

362. Art. 287: "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 o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645)".

Art. 461: "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".

(...) § 2º: "A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)".

(...) § 4º: "O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito".

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".

Art. 645: "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".

363. Art. 84: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

§ 2º: "A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil)".

§ 3º: "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu".

§ 4º: "O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito".

dade ser, por meio da multa, intimidar, pressionar o devedor para que cumpra outra obrigação, a originalmente inadimplida, o pagamento das astreintes não exclui a exigibilidade da ação principal. Logo, é plenamente cumulável a sua cobrança com as perdas e danos, sejam estas decorrentes de apuração judicial ou em virtude de cláusula penal³⁶⁴.

Por outro lado, nada impede que sua fixação não se dê por dia de atraso no cumprimento, mas sim mediante outro fixador temporal (mês, semana, etc...), ou mesmo globalmente, ou como decorrência de cada descumprimento, método este especialmente indicado para as obrigações de não fazer. Lembre-se, porém, que o indicativo dia é mais aconselhável, bem como, via de regra, é mais hábil para cumprir o seu papel³⁶⁵.

Ademais, o valor da multa cominatória não se limi-

364. OVIDIO BAPTISTA DA SILVA. Curso de Processo Civil. Vol. II, p. 104, citando GRECO FILHO, assevera que "a multa estipulada em favor do credor não se confunde com as perdas e danos e pode até mesmo ultrapassar o valor da obrigação, mas o juiz deve fixá-la tendo em vista sua finalidade de meio compulsivo para forçar o cumprimento da obrigação, de modo que seu valor não seja exagerado, a ponto de provocar a insolvência do obrigado, pois, neste caso, sua função teria sido desvirtuada".

365. ASSIS, Araken de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IX, p. 160, sob a análise exclusiva do disposto no art. 644 do CPC, defende a impossibilidade da utilização de um outro fator, sendo o único viável o lapso temporal de 24 (vinte e quatro) horas. Tal posicionamento, porém, por firmado anteriormente, não se coaduna com as idéias mais atuais sobre o tema, especialmente aquelas decorrentes da tutela do consumidor. É bem verdade que o § 4º do art. 84 do CDC fala em "multa diária". Não obstante, como "para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente poderá o juiz determinar as medidas necessárias..." (§ 5º do art. 84 do CDC), não se olvide que dentre tais possibilidades se enquadra a fixação da multa mediante um outro critério, sempre que o juiz entender ser mais eficaz para a obtenção da tutela efetiva.

ta à obrigação principal³⁶⁶, pois "enquanto o devedor tiver ânimo para suportar os ônus da incidência das astreintes, ele pagará a pena, inclusive se houver obstinação irreversível. Mas não se pode deixar de reconhecer, como JOSSERAND adverte, que 'não há fortuna que possa resistir a uma pressão contínua e incessantemente acentuada; a capitulação do devedor é fatal; vence-se a sua resistência, sem haver exercido violência sobre sua pessoa; procede-se contra seus bens, contra sua fortuna, contra seus recursos materiais'³⁶⁷, pois neste caso não cumpriria sua principal função, qual seja a de pressionar o devedor ao cumprimento³⁶⁸. Destarte, não há que se cogitar de qualquer aplicação do artigo 920 do Código Civil nas ações cominatórias, pois se refere exclusivamente à cláusula penal e esta não se confunde com a demanda em comento³⁶⁹. NERY JÚNIOR & ANDRADE NERY³⁷⁰, fa-

366. Neste sentido v. STJ-3ª Turma, REsp 8065/SP, rel. Min. CLÁUDIO SANTOS, j. 3.9.91, não conheceram, v.u., DJU 23.9.91, p. 13080, 2ª col., em. Apud in NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil... 24ª Ed., p. 244. Em igual sentido v. RJTJESP 105/50, p. 53, 1ª col.

Em sentido contrário, ou seja, entendendo como limitado o valor das astreintes, v. STJ, 4ª Turma, REsp nº 13.416-0, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, j. 17.3.92, DJU 13.4.92, p. 5001, 2ª col., em.. Apud in NEGRÃO, Theotônio. ob. cit. p. 441. V., também, RT 591/234.

367. LIMA, A. de M. Comentários... VI Vol., Tomo II, p. 869.

368. Neste sentido v. julgados nºs 81 e 82 citados e comentados por DINAMARCO, C.R. Execução civil. Vol. 2, ps. 217/222.

369. Sobre referida distinção v. retro, ainda no presente tópico.

370. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. p. 722, nota "2" ao art. 645 do CPC.

zendo a ressalva de que parcela da doutrina³⁷¹ e da jurisprudência o aplicam para limitar o valor das astreintes, são incisivos no sentido de que "não há limites para a fixação da multa e sua imposição deve ser em valor elevado, para que iniba o devedor com intenção de descumprir a obrigação³⁷². O objeto precípua das astreintes é compelir o devedor a cumprir a obrigação e sensibilizá-lo de que vale mais a pena cumprir a obrigação do que pagar a pena pecuniária. A ilimitação da multa nada tem a ver com o enriquecimento ilícito do credor, porque não é contraprestação de obrigação, nem tem caráter reparatório".

O termo inicial para a incidência da sanção pecuniária é o primeiro dia útil após o vencimento do prazo fixado pelo juiz³⁷³, na sentença ou na decisão que a concedeu. Contudo, ainda que não fixada, tal fato não prejudicará a execução, pois poderá, então, fixá-la neste momento³⁷⁴.

371. Entre estes pode-se destacar JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR, conforme referido por NIESS, P.H.T. Da Sentença Substitutiva... ob. cit. p. 48.

372. VLADIMIR PASSOS DE FREITAS. Comentários ao Código do Consumidor. p. 337, com sabedoria, ameniza dita expressão, visando impedir arbitrariedades, estabelece que "o valor da sanção deverá ser fixado pelo juiz com equidade e correspondência ao valor da causa". Acrescente-se, outrossim, que se o valor for muito elevado, além de qualquer possibilidade de pagamento pelo devedor, não resultará o efeito pretendido, qual seja o de incentivar ao adimplemento. Por isto mesmo que tem-se, com bom senso, chegar a um meio termo.

373. Em igual sentido v. MUNIZ, Severino. Ações Coninatórias à Luz... ob. cit.. p. 58.

374. Neste sentido v. RTJ 83/493 e RJTJESP 51/153. Os novos artigos 644 e 645 do Código de Processo Civil, estabelecem que no título judicial (art. 644) o juiz tem a possibilidade de fixar a multa, se omissa a sentença. Fixado ou não na sentença, referido valor não fica sujeito à coisa julgada, pois o juiz da execução tem a possibilidade de modificá-lo, aumentando-o ou diminuindo-o.

Evidentemente, ressalvada a possibilidade de execução provisória, referido prazo somente se inicia a partir do trânsito em julgado e, especificamente, quando houver execução em sentido estrito, da citação para a execução. Logo, cumprida a obrigação voluntariamente, antes do termo *ad quem*, não há que se falar na incidência de multa³⁷⁵.

Em se tratando, porém, de sanção pecuniária estabelecida liminarmente, o seu termo *a quo* ocorrerá com o vencimento do prazo fixado pelo juiz na referida decisão, porém somente será exigível a partir do trânsito em julgado da decisão favorável ao autor. Tal regra decorre da aplicação do artigo 12, § 2º, da Lei nº 7347/85³⁷⁶, expressamente aplicável às relações de consumo pelo que dispõe o artigo 90 do Código próprio³⁷⁷ e, especi-

...Continua...

Em se tratando de título extrajudicial (art. 645), o juiz não terá a possibilidade de aumentar o valor da cominação, estando ela já prevista no título. Não obstante, poderá fixá-lo, se omisso, ou diminuí-lo, se excessivo.

375. Neste sentido v. RSTJ 19/550 e RT 510/132.

376. Art. 12: "Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo". (...) § 2º: "A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento".

377. Art. 90: "Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições". NERY JR. & ANDRADE NERY. Código de Processo Civil... ob. cit.. p. 1240, nota "5" ao art. 90, esclarecem alguns exemplos de aplicação da LACP ao CDC. "O juiz da ação civil do consumidor, individual ou coletiva, poderá, por exemplo: a) dar efeito apenas devolutivo a recurso de apelação ou efeito suspensivo a agravo de instrumento (LACP 14); b) pode ser cumulado pedido de liminar na petição inicial da ação individual ou coletiva do consumidor (LACP 12); c) a pessoa jurídica de direito público interessada pode pedir a suspensão da liminar con-

almente, pela previsão do § 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Assim, na hipótese de improcedência do pleito inaugural, fica sem efeito a liminar concedida, logo indevido será o pagamento. Por outro lado, se indeferida a liminar e concedido o pleito somente na sentença, não há que se cogitar de efeito retroativo desta. Não obstante, este mesmo raciocínio não se aplica na hipótese de concedida inauguralmente, ser cassada via sentença e restabelecida pelo tribunal no julgamento da apelação. Nesse caso, mesmo o período em que, teoricamente, ela não seria devida (da sentença ao julgamento do recurso), será abrangido pela multa cominatória. Os valores devidos, porém, serão independentes em cada período, nas hipóteses de aumento ou diminuição da multa fixada.

No que concerne ao termo *ad quem*, ressalvada as hipóteses comuns oriundas de, v.g., transação ou desistência, ocorrerá com o cumprimento da obrigação (tutela específica); com a impossibilidade superveniente da obrigação, bem como com a resolução em perdas e danos. Ora, é evidente que se o credor solicita a conversão da obrigação inadimplida *in pecunia*, não há mais que se falar em continuidade da coerção psicológica ao cumprimento, pois não é mais possível o cumprimento da finalidade visada pela cominação. Ademais, "o aparato executório do Estado e a astreinte não visam enriquecer o credor: a pena tem uma função e dela não

...Continua...

cedida em ação de consumo (LACP 12 parág. 1º).

se afasta³⁷⁸. Nada obsta, porém, a cobrança periódica da sanção cominatória, com fito de executar a quantia certa até então apurada³⁷⁹.

A cominação divide-se, diante disso, em provisória e definitiva. Será daquela forma quando fixada em liminar, sujeita a revisão por sentença ou, ainda que fixada nesta, enquanto pendente recurso. Será definitiva, por exclusão, quando baseada em ato judicial transitado em julgado.

A idéia de provisoriedade permite, outrossim, ao juiz rever o valor das astreintes liminarmente fixadas se, por ocasião da sentença, em face das peculiaridades do caso e de outros elementos que entender relevantes, concluir que dito quantum foi excessivo ou ínfimo para atender às necessidades da questão objeto do litígio.

Tal possibilidade, também, encontra-se presente no processo de execução, quer se trate de título judicial ou extrajudicial.

Assim, em se tratando de título judicial:

- a) é possível a fixação na execução se omissa a sentença;
- b) dito valor, omissa ou não a sentença, poderá ser revisto, quer para aumentar, quer para diminuir, pelo juízo da execução.

Frise-se que esta regra é de discutível constitucionalidade, por

378. ASSIS, A. Comentários... ob. cit. Vol. IX, p. 161. Um pouco anteriormente, na mesma página, referido autor é enfático: "Não obstante, se o credor cumular a quantia certa emergente da pena com a indenização equivalente ao *facere* ou *non facere* incumprido, terminam incontinenti os acréscimos derivados da multa diária, pois seria incompatível o credor receber o substitutivo da obrigação e continuar credor vitalício da pena".

379. Em idêntico sentido v. ASSIS, A. ob. cit. p. 161.

afrontar a coisa julgada material. DINAMARCO³⁸⁰ possui opinião equivalente³⁸¹.

Se de título extrajudicial se tratar, ressalvada a possibilidade de aumento da pena fixada no título - o que é vedado - vigoram as mesmas regras, *mutatis mutandis*.

Impensável, por outro lado, a utilização da ação cominatória, arcando o devedor com tal imposição, quando impossível o cumprimento do dever jurídico inadimplido³⁸², ou ainda

380. A Reforma... p. 243.

381. "Mas é discutível a legitimidade constitucional da redução do valor da multa fixada em sentença. Não pelo preconceito do veto às decisões do juiz *in executivis*, mas por força da autoridade da coisa julgada material. Fixada em sentença a multa e ali arbitrado o seu valor, com o trânsito em julgado da sentença exaurem-se para o réu as possibilidades de impugnar o valor arbitrado. Até que essa disposição específica poderia impor alguma exceção às regras legais da autoridade da coisa julgada material e da sua eficácia preclusiva (CPC, arts. 467, 468, 474) - dada a identidade de posições na hierarquia das leis. Mas resta o intransponível óbice da garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI): confirmando-se que a redução da multa caracterize substancial alteração no conteúdo do julgado, será inadmissível reduzi-la.

Pode-se razoavelmente considerar afastado esse óbice quando a redução da multa tiver por causa alguma eventual alteração na situação de fato considerada pelo juiz ao arbitrar a multa no processo de conhecimento. A coisa julgada só imuniza as decisões judiciais nos limites dos fatos para os quais foram proferidos, sendo por isso considerado que ela se impõe *rebus sic stantibus*.

Mas o reforço da multa diária fixada em sentença não incide nesse perigo. Se pode o juiz inovar impondo multa que a sentença não impusera, sem com isso transgredir regra ou garantia alguma, poderá a *fortiori* inovar aumentando o valor da multa já imposta em sentença: essa conduta equivaleria a impor, em cúmulo com a já imposta em sentença, outra multa de sua própria decisão - e assim estaria o juiz, em substância, exercendo o poder de fixação de multa estabelecido no *caput* do art. 644".

382. "Por isso, porque é usada como meio de compelir e induzir o devedor a cumprir, e não como consequência penalizadora da mora no cumprimento, a sanção pecuniária só pode ser imposta e só é devida se o cumprimento a que constrange ainda for possível e na medida em que for possível". SILVA, João Calvão da. Cumprimento e... ob. cit. p. 397. No mesmo sentido v., entre outros, ASSIS,

quando, pela sua própria natureza, já tenha acarretado dano irreparável ao credor e este não mais tenha interesse no cumprimento³⁸³. Todavia, sendo a impossibilidade superveniente, "o cômputo da pena é feito até a data em que o cumprimento *in natura* fora factível"³⁸⁴.

Ao contrário do direito português, no qual os resultados econômicos da sanção pecuniária são partilhados igualmente entre o credor e o Estado³⁸⁵, no direito pátrio os benefícios decorrentes da multa cominatória se destinam exclusivamente ao credor.

Sob a ótica processual normal, vigendo o princípio da demanda³⁸⁶, a regra comum, ressalvadas algumas hipóteses ex-

...Continua...

Araken de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IX, p. 159.

383. MUNIZ, S. Acções Cominatórias... ob. cit. p. 58, traz exemplo elucidativo: "Por exemplo, se um cantor famoso se compromete a cantar em dia, lugar e hora determinados e, sem nenhum motivo justo, não comparece. Ou se o referido cantor se tenha comprometido a não cantar em um certo espetáculo e o faz. Em ambos os casos, como a obrigação - positiva ou negativa - se constituiria em um só ato, a inadimplência se efetivou, concreta e irreparavelmente, em cada ocasião. Assim, não há razão para a cominação da pena pecuniária, porquanto o mal irreparável já se consumou, não restando outra alternativa ao credor senão pleitear perdas e danos".

384. ASSIS, A. Comentários... ob. cit. Vol. IX, p. 161.

385. Neste sentido v. art. 829-A, "3" do CC Português. Doutrinariamente, consulte-se CALVÃO DA SILVA. Cumprimento e Sanção... ob. cit. ps. 443/447 e MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. ps. 126/133.

386. Art. 2º: "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais".

cepcionais³⁸⁷, é que o juiz não poderá operar *ex-officio*. Destarte, não tendo sido pedido a tutela cominatória, não poderia o juiz determiná-la. Esta regra, não obstante, não alcançava o aspecto de poder o juiz fixar o valor, quando a parte não o requereira³⁸⁸. Tal fixação, porém, sempre era limitada ao valor expressamente solicitado, quando isto acontecia.

Entretanto, após a vigência do Código do Consumidor, especificamente pelo conteúdo do artigo 84 e seus §§, com evidente sustentáculo no artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública³⁸⁹, e, especialmente pela nova redação dada ao artigo 461 do Código de Processo Civil, em seu § 4º³⁹⁰, não restam dúvidas da possibilidade de atuação jurisdicional, no caso em concreto, independentemente de pedido do autor.

Assim, a multa pode ser fixada com ou sem pedido exordial, bem como o valor fixado pelo juiz não fica adstrito ao pleito do requerente.

Por fim, uma questão básica se impõe: qual o al-

387. São os casos dos arts. 989, 1129, 1142 e 1160 do CPC, *v.g.*

388. NEGRÃO, T. Código de Processo... ob. cit. 24ª Ed., p. 244, nota⁴ ao art. 287, com anotação aparentemente contrária ao aqui assinalado: "É irrelevante que não conste da inicial a cominação da pena pecuniária, pois ao juiz é que cabe fixá-la, se julgar a ação procedente (RJTJESP 108/327). Neste caso, porém, o juiz não poderá fixá-la (RT 678/94); contra, admitindo esta possibilidade, se julgada procedente a ação: RJTJESP 108/327".

389. Art. 11: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, independentemente de requerimento do autor".

390. Dito parágrafo deixa claro, de forma expressa, que o juiz, pode fixar a multa cominatória, durante o feito ou por ocasião da sentença, independentemente de pedido do autor.

cance das ações cominatórias? Elas se aplicam às obrigações juridicamente infungíveis propiciadoras da tutela específica discutida no presente trabalho?

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no que concerne à sua aplicabilidade nas obrigações de fazer e não fazer infungíveis. Com relação às fungíveis tem-se advogado a sua possibilidade, ainda que possível a execução por terceiro, visto ter o credor interesse no cumprimento pessoal, bem como por faltarlhe, muitas vezes, recursos para demandar a realização do direito pelo atuar de terceiros³⁹¹.

Por fim, no que tange às obrigações de dar, superado o obstáculo previsto na Súmula 500 do Supremo Tribunal Federal³⁹², principalmente pela regra da efetiva tutela do direito prevista no Código de Consumo em seu artigo 83³⁹³, não devem ser

391. CARNEIRO, Athon Gusmão. Das Astreintes nas Obrigações de Fazer Fungíveis. p. 129, em artigo já distante, assevera o Ministro do STJ: "...o credor da prestação fungível freqüentemente necessitará do preceito cominatório. De fato, pode-lhe convir a execução específica, e não o sucedâneo em dinheiro. Mas, para a execução por terceiro, além do demorado e complexo procedimento, com abertura de concorrência pública, etc, (nos termos dos arts. 634 e segs., do C.P.C.), a execução da obra é feita às custas do exequente (art. 634, § 7º), que só posteriormente buscará o reembolso do executado. E se o exequente não dispuser de pecúnia? Como se faria, então, a execução específica, face à negativa do devedor em adimplir e face à não disponibilidade de numerário por parte do credor? Daí a imponibilidade das astreintes, como meio de coação tendente a dobrar a recalcitrância do devedor visando a obter do mesmo a execução da prestação de fazer (ou de não fazer) fungível como infungível, sempre que ao credor interesse obter a própria prestação e não o equivalente monetário".

392. "Não cabe ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar".

393. Art. 83: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

inviabilizadas.

No que concerne à infungibilidade jurídica, o principal argumento para excluir a aplicação das astreintes é o fato de que a própria decisão substitui o negócio jurídico que deveria ser firmado pelo devedor. Logo, não há que se falar em prazo para cumprimento do *decisum*. Assim, como a multa somente incide a partir do vencimento do prazo fixado pelo juiz, destituída de qualquer efeito prático seria a sua fixação na sentença³⁹⁴. Aliado a tal raciocínio se encontra a inviabilidade de incidência retroativa da sanção pecuniária³⁹⁵.

Nada impede, porém, que o juiz cite o devedor para contestar ou cumprir a obrigação, sob pena de ficar sujeito à cominação diária de determinado valor, exigível a partir da sentença. Ademais, pode-se estabelecer um prazo superior ao da defesa, v.g., 60 (sessenta) dias, sendo satisfeita a obrigação até tal data isentará o devedor da multa.

394. Neste sentido é a opinião de ASSIS, Araken de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IX, p. 148/9. "Ora, de plano a existência do prazo de cumprimento (...) eclipsa o termo inicial da multa diária. O substituído descumpriu, sem dúvida, uma obrigação de direito material, mas não terá oportunidade de resistir à sentença que opera *tout court* no mundo fático, prescindindo da vontade negada antes do processo. Demais, se o objetivo da multa é coagir a vontade do devedor para que cumpra, convém reconhecer a absoluta desnecessidade de coerção para quem não precisa do cumprimento, ou melhor, detém um título executivo que substitui satisfatoriamente, nos mínimos detalhes, uma declaração de vontade que não veio de modo espontâneo.

A natureza da sentença com eficácia executiva repele em princípio a coação patrimonial (e pessoal) (...), ela é inútil no caso e, portanto, inaplicável face ao princípio do artigo 620 do CPC".

395. Acerca dos argumentos pró e contra o cabimento das astreintes no execução específica v., por todos, NIESS, P.H.T. Da Sentença... ob. cit. ps. 60/66.

TÁVORA NIESS³⁹⁶, com raciocínio semelhante e calcado, exclusivamente, no Código de Processo Civil, cuja vanguarda se deve destacar, pois anterior ao Código do Consumidor³⁹⁷, estabelece os aspectos fundamentais ponderadores do dito pensamento: "se o art. 644 visa, portanto, forçar a execução, visa forçá-la o quanto antes. Por isto parece-nos justo cobrar a multa. Ora, se o credor cumpriu sua prestação no prazo acordado, não se pode considerar injusta a condenação em multa do devedor que atrasa a contraprestação. Muito mais lógico é cumprir o quanto antes a prestação devida quem sabe que verá a sentença auto-executar-se, prescindindo de sua vontade e que, demais disso, pagará por mera teimosia, julgado procedente o pedido, uma pena pecuniária até o trânsito em julgado da sentença.

A idéia não denota necessidade: se o devedor é citado para cumprir ou contestar, advertido de que, acolhido o pedido formulado pelo autor, será condenado em astreintes, e receoso 'pratica o ato', com atraso, não há por que excluir-se a multa (sic). E se assim se considerar, com maior razão deve sofrer a pena aquele devedor que aguarda a decisão a ser proferida contra si.

O fato de ser a sentença que produz os efeitos da declaração da vontade do devedor, não pode impedir a condenação na multa. Caso contrário concluiríamos que quem resistisse até o fim, injustificadamente, levaria vantagem sobre quem resolvesse

396. Da Sentença... ob. cit.. p. 67.

397. Tal avanço, hoje, ainda é mais referendado em face das recentes alterações do CPC, sobretudo da nova redação do art. 461.

cumprir. Note-se que dissemos 'injustificadamente', porque este aspecto não fugirá à análise do juiz.

Satisfeito o pedido, cessa o atraso. Cabe, por conclusão, a pena pecuniária no caso do art. 639 do CPC.

Tomam, ainda, as astreintes a feição de elemento condutor à conciliação".

Esta idéia resulta ainda mais clara pelo fato da nova redação do artigo 461 do Código de Processo Civil, dispositivo aplicável a todas as demandas.

DINAMARCO³⁹⁸ ao comentar as alterações do CPC deixa evidente tal situação, ou seja, a aplicabilidade do referido artigo 461 a todas as demandas: "o novo dispositivo tem dimensão suficiente para abranger todas as obrigações específicas ocorrentes na vida das pessoas, seja as de origem legal, seja contratual. Conhecidas as grandes dificuldades que ao longo do tempo atormentaram e atormentam os juristas na busca de meios para a tutela jurisdicional referente a essas obrigações, aquela iniciativa pioneira do Código do Consumidor e agora esta inovação do Código de Processo Civil revestem-se de muita importância como passos de uma caminhada em direção à plenitude do acesso à justiça". Mais adiante, DINAMARCO³⁹⁹ é, ainda, mais enfático: "oriundo do Código de Defesa do Consumidor, deve o art. 461 do Código de Processo Civil ser interpretado em sistema com o art. 83 daquele, segundo o qual (*mutatis mutandis*) todas as espécies de ações são admissíveis, para a tutela jurisdicional nas obrigações

398. A Reforma do Código de Processo Civil. p. 149.

399. Ob. cit. p. 152.

de fazer ou de não-fazer. Esse preceito não está escrito no Código de Processo Civil, mas resulta claramente do seu sistema e da regra de adequação entre os provimentos jurisdicionais existentes e as situações de direito material a serem providas. Falar em todas as espécies de ações significa incluir as espécies de tutela que se obtêm no processo de conhecimento (constitutiva, condenatória ou meramente declaratória) e também a tutela executiva e a cautelar⁴⁰⁰.

Se aplicável a legislação de consumo no caso em concreto⁴⁰⁰, mais evidente restará a possibilidade de efetividade do direito violado, pois, nesse caso, as regras se encontram claramente dispostas nos artigos 83, 84 e §§ do Código de Consumo, bem como nos dispositivos 11 e 12 da Lei da Ação Civil Pública.

Frise-se, por fim, que o pedido cominatório não pode ser considerado como obrigatório em nenhum tipo de obrigação, mesmo naquelas ditas naturalmente infungíveis, pois sempre a parte poderá optar pela liquidação das perdas e danos, caso não haja adimplemento voluntário no prazo fixado pelo juiz.

Destarte, evidentemente é mais um meio adequado e necessário, muitas vezes indispensável, para propiciar a tutela efetiva do direito e, neste caso, concilia o princípio da utilidade das decisões, visando concedê-lo ao credor da forma mais

400. Acerca do tema v. Capítulo IV, tópico IV.4.

célere possível⁴⁰¹.

b) **adjudicação compulsória**⁴⁰²: o termo adjudicação, juridicamente falando, envolve vários meandros, visto que é tratado em outros ramos do direito, além do direito processual e do civil⁴⁰³.

Na verdade, deriva "esse vocábulo da 'adjuditio' latina, com a significação inicial de 'o dar alguma coisa por sentença' ou 'o ato de dar alguma coisa por sentença', segundo ULPIANO"⁴⁰⁴.

A expressão compulsória, por sua vez, exprime o aspecto que obriga, que compele. Logo, literalmente, adjudicação compulsória significa o ato de dar alguma coisa por sentença, de forma obrigatória.

O conceito técnico, porém, ainda que diverso, traduzirá realidade semelhante.

401. Verifica-se, assim, que a conclusão exposta coincide, parcialmente, com a de MOURA ROCHA. Sistemática do Novo Processo de Execução. p. 290, visto que, para o dito autor, "o âmbito de utilização das astreintes não se limita somente ao caso de prestações infungíveis. Pelo contrário, é bem mais amplo já que tem em mira o inadimplemento, em forma específica, de todas as categorias das obrigações de fazer e de não fazer".

402. Somente se abordará neste tópico aspectos próprios e pertinentes, exclusivamente ou quase, à adjudicação compulsória. Na verdade, como se trata de demanda específica de um gênero maior, aspectos outros serão analisados quando do exame da ação genérica referida.

403. Sobre a denominação adjudicação compulsória e, conseqüentemente, à amplitude de seu aplicar, v., por todos, CREDIE, Ricardo Arcoverde. Adjudicação Compulsória. ps. 15/19.

Com a análise mais aprofundada sobre outros aspectos processuais da adjudicação v. AZEVEDO, Nydia Fischer Lacerda de. Da Adjudicação.

404. CREDIE, R.A. Adjudicação... ob. cit. p. 15.

Trata-se a ação de adjudicação compulsória da demanda - decorrente de um contrato preliminar que vise a elaboração de um negócio jurídico principal, tendo por objeto a transferência de direito real sobre imóvel - cuja finalidade é compelir o promitente vendedor a transferir o domínio prometido, mediante sentença judicial substitutiva.

Referida demanda nasce no direito brasileiro através do DL 58/37 que, buscando repelir a ação nefasta de alguns loteadores⁴⁰⁵, impedindo a ação do artigo 1088 do Código Civil⁴⁰⁶, determinou a possibilidade da tutela efetiva dos interesses das partes, mormente do comprador - parte contratualmente

405. BOURGUIGNON, Álvaro Manoel. Adjudicação Compulsória. p. 244, narra e resume a questão: "Visando eliminar o cometimento dos abusos que se verificavam e disciplinar a compra e venda de imóveis a prestações, o Dep. Waldemar Ferreira, em 19.6.36, apresentou projeto de lei neste sentido. Durante a tramitação, sobreveio o golpe de Estado de 1937. O projeto, entretanto, foi adotado integralmente pelo novo governo, o que resultou no Dec.-lei 58 de 1937. Nos considerandos, ficou patente a necessidade de se arrear o arrependimento estatuído no art. 1088 do CC, e de dotar os economicamente fracos de armas mais eficazes à tutela de seus interesses.

Com o advento de diploma legal, além do estabelecimento de uma série de regras concernentes aos loteamentos, delimitou-se o conteúdo e forma dos compromissos de compra e venda, outorgando-se ao compromissário, desde que pago o preço, o direito de exigir a outorga da escritura de compra e venda (art. 15) e disciplinando-se o procedimento pertinente (art. 16). Ao compromissário, foi conferido um direito com eficácia real com relação a alienações ou onerações posteriores".

406. Art. 1088: "Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1095 e 1097".

Atualmente não se deve ter por revogado este dispositivo legal; sua interpretação, porém, deverá ser diversa. A exegese deve ser que o arrependimento será possível, desde que prevista tal possibilidade no contrato. Maiores detalhes sobre o tema v. tópico Arrependimento no Capítulo X.

mais débil, quer em imóveis loteados⁴⁰⁷, quer em não loteados⁴⁰⁸.

Ao lado da adjudicação compulsória existe outra demanda semelhante, ou seja a executiva de obrigação de fazer, disciplinada essencialmente nos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil. Necessário, destarte, diferenciá-las.

Parte considerável da doutrina entende como demandas sinônimas, logo, toda vez que se tratasse de execução específica, estar-se-ia a laborar sobre adjudicação compulsória⁴⁰⁹.

Não obstante, a distinção é notória, ainda que pouco perceptível para alguns. TÁVORA NIESS⁴¹⁰ é incisivo ao mencionar que "não se confunde a ação de adjudicação compulsória com aquela outorgada pelo art. 639, de procedimento ordinário ou sumaríssimo, como menos exigências, como a inscrição, e igual objeto, considerado o tema em debate (bem imóvel). Com efeito, a

407. O art. 16 do DL 58/37 dispõe sobre a matéria: "Recusando-se os compromitentes a outorgar a escritura definitiva no caso do art. 15, o compromissário poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tomará o rito sumaríssimo".

408. A disciplina legal encontra-se no art. 22 do DL 58/37: "Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil".

409. Na verdade, dita doutrina chama necessariamente de adjudicação compulsória toda a executiva de obrigação de fazer, substitutiva de declaração de vontade, que possua como objeto um imóvel. Esta, aparentemente, é a opinião de MOURA, Mário Aguiar. Promessa de Compra e Venda. p. 341/2, pois defende o pensamento de que somente existe tal diferenciação para aqueles que se posicionam no sentido de ser o registro um requisito necessário para a adjudicação.

410. Da Sentença... ob. cit. p. 26/7.

inscrição, imprescindível no primeiro caso, (...), dá ao contrato preliminar a conotação de direito real e, portanto, oponível erga omnes, enquanto que a ausência de inscrição possibilita a sentença substitutiva, mas confere o direito ao promissário-comprador apenas contra o promitente-vendedor e seus herdeiros".

A primeira conclusão básica é que a adjudicação compulsória é uma espécie do gênero executiva de obrigação de fazer juridicamente infungível.

Por outro lado, a executiva de obrigação de fazer possui objeto amplo, abrangendo toda declaração de vontade inadimplida, seja ou não decorrente de contrato. O objeto mediato é um bem móvel ou imóvel, não importa. Ademais, trata-se de ação pessoal, exercitável somente contra aquele que protagonizou a relação jurídica inadimplida e seus herdeiros. Assim sendo, a sentença substitutiva não gera a transferência do domínio, mas, tão-somente, um título que poderá ou não conduzir a tal mister.

No que tange à adjudicação compulsória, seu objeto é restrito a bens imóveis e propicia uma carta de adjudicação que transferirá o domínio do bem ao comprador. Sua natureza é real, logo depende de registro no Registro Imobiliário competente para produzir os efeitos decorrentes do caráter absoluto do direito⁴¹¹, entre os quais se destaca a eficácia contra terceiros.

411. Sobre a distinção entre direitos pessoais e reais v. tópico V.2.

Trata-se de um direito real de aquisição⁴¹² nas hipóteses em que

412. A perfeita distinção entre estas demandas encontra-se estampada em acórdão da lavra do juiz ROBERTO STUCCHI, comentado por ROSA, Silvana Naves de Oliveira Silva. Execução Específica das Obrigações de Fazer. ps. 229/231, destacando-se os seguintes pontos: "De outro lado, insistiu a Curadoria quanto ao não registro imobiliário do negócio, a ensejar a carência de ação, argumento corretamente repellido pela sentença, porque a hipótese não é de adjudicação compulsória ou de reconhecimento de direito real oponível erga omnes, mas o de obter-se prestação jurisdicional que produza o mesmo efeito da declaração de vontade devida pelo promitente vendedor (fls.62).

Em verdade, quando se cogita da aplicação do art. 639 do CPC a sentença daí favorável não adjudica o domínio, não dá a propriedade. Ela concede o título, mediante suprimento jurisdicional da declaração de vontade recusada.

Se o pretendente irá ou não lograr o registro, outro é o problema (RT 495/155).

Com essa colocação é recebida a parte dispositiva da sentença, no trecho em que diz que ela será 'transcrita no Registro de Imóveis satisfeitos os requisitos legais' (fls. 63).

E há uma razão, relevante na espécie, para que se sublinhe aquela última expressão, dada a diferenciação que se faz entre a adjudicação compulsória e o objetivo desta demanda. O egrégio STF, reiteradamente, tem exigido, a nível de procedibilidade, a inscrição do título aquisitivo no Registro de Imóveis.

No RE 104.298-2-SP, a ementa é a seguinte: 'Ação de adjudicação compulsória. A inscrição no Registro de Imóveis é condição imprescindível à adjudicação compulsória de imóvel prometido à venda por instrumento particular...'

Tenha-se presente ser a adjudicação compulsória uma ação restrita à pretensão de adjudicar o imóvel ao compromissário, valendo a sentença como título para a transcrição.

Essa expressão em destaque, que é da Lei 6.014/73, bem demonstra a finalidade do julgamento de procedência da ação de adjudicação compulsória. Bem por isso a firme orientação da Suprema Corte.

Se enfocado o tema sob o prisma de buscar o compromissário comprador uma sentença que substitua a vontade negocial, como é o caso dos autos, mediante, repita-se, suprimento jurisdicional da declaração de vontade recusada, adequada é a via processual prevista nos arts. 639 e 640 do CPC.

É que o direito não se restringe à hipótese dos arts. 22 e 23 do Dec.-Lei 58/37, com a redação da Lei 6014/73, pois ele não elimina as ações próprias dos pré-contratos em geral.

E aqui está a diferença. Na ação de adjudicação compulsória, expede-se carta de adjudicação e nesta, de obrigação de fazer, uma carta de sentença.

E não se cuida de mera questão semântica, muito menos de sinonímia. A carta de adjudicação contém determinação de alteração do registro imobiliário. Já a carta de sentença, para a hipótese, representa apenas aquela substituição de vontade supri-

o contrato preliminar for translativo de domínio, como acontece, v.g., na promessa de compra e venda.

Pelo conteúdo da diferenciação abordada, percebe-se a clara defesa da tese de ser a adjudicação compulsória uma demanda real. Isto porque, para a procedência do pedido nela inserido, é indispensável o registro imobiliário, gerador de um direito real de aquisição. Logo, ainda que evidente a natureza pessoal decorrente do vínculo firmado no contrato preliminar, não gera dúvida, igualmente, o fato de que o direito pessoal se especializa em decorrência de sua eficácia real. Assim, o promitente comprador passa a ter verdadeira seqüela sobre o bem prometido, de tal sorte que poderá buscá-lo em poder de quem quer que o detenha.

Diante disso, os argumentos de BESSONE⁴¹³ e de ARCOVERDE CREDIE⁴¹⁴ não são suficientes para desmitificar o caráter absoluto da ação adjudicatória em comento.

É evidente que o objeto mediato do contrato preliminar é a realização do negócio jurídico definitivo, destarte, uma obrigação de fazer. Assim, poderia ser, aparentemente, correto aduzir que, como CREDIE⁴¹⁵, "o registro do compromisso é um atributo do direito material com que o compromitente-comprador

...Continua...

da pela ingerência supletiva do Poder Judiciário, cujos efeitos não vão além da própria declaração, podendo, portanto, não ser aceita pela circunscrição imobiliária se não atendidos os requisitos registrários. (...)"

413. Da Compra e Venda - Promessa & Reserva de Domínio. ps. 98/120.

414. Adjudicação Compulsória. ps. 28/32.

415. Adjudicação... p. 30.

deve apresentar-se em juízo, se quiser obter a adjudicação compulsória. (...) O objeto imediato da ação de adjudicação compulsória é a modificação desse estado jurídico preexistente mediante sentença".

Na verdade, conforme será abordado no momento próprio⁴¹⁶, o objetivo da ação de adjudicação compulsória não é a mera alteração da situação jurídica, mas, por meio dela, alcançar o domínio do imóvel prometido à venda. Desta forma, sua eficácia é executiva⁴¹⁷. Ademais, justamente por se tratar o registro de um atributo de direito material, sem o qual não existirá adjudicação compulsória, é que mais evidente se torna o seu caráter absoluto.

Assim sendo, por se tratar de demanda típica do Direito das Coisas, o prazo prescricional é desta ordem⁴¹⁸, havendo a necessidade de propositura da demanda no foro da coisa,

416. A respeito v. Capítulo XI quando se discutirá a natureza jurídica da sentença que visa a substituição da vontade inadimplida.

417. Esta tese já foi defendida em outro trabalho, no qual se aclarou a eficácia executiva da ação de despejo. V. a respeito POPP, Carlyle. Comentários à Nova Lei do Inquilinato. p. 217, nota "881", na qual consta: Na verdade, quando se aduz em "execução" em ação de despejo, fala-se de forma vulgar, porque, tecnicamente, por ser executiva a eficácia preponderante da decisão, não comporta execução, salvo com relação a pedidos acessórios e parcelas da sucumbência. Dúvida não há que a ação de despejo tem eficácia executiva e, em segundo plano, constitutiva negativa. Isto ocorre porque o objetivo primeiro do locador não é desconstituir o contrato de locação, mas sim despejar o locatário. Por este motivo, razão possuem OVÍDIO BATISTA DA SILVA (in Curso de Processo Civil. Vol.II, p. 243) e PONTES DE MIRANDA (in Tratado das Ações. Tomo I, p. 135) ao asseverarem neste sentido. Em sentido contrário v. SLAIBI FILHO (ob. cit., p. 53/6).

418. Evidentemente, prescrito o direito real permanecerá o pessoal, exercitável sem eficácia erga omnes, com base nas ações ordinárias de executiva de obrigação de fazer.

com satisfação dos requisitos previstos no artigo 10 do Código de Processo Civil⁴¹⁹, entre outros aspectos próprios da natureza jurídica concebida para a demanda em comento.

Compartilham do entendimento aqui defendido, ou seja, de que a ação de adjudicação compulsória é de direito real, entre outros, ORLANDO GOMES⁴²⁰, THEODORO JÚNIOR⁴²¹, NYDIA AZEVEDO⁴²² e AGATHE SCHMIDT DA SILVA⁴²³.

419. Art. 10: "O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários. § Primeiro: Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações: I - que versem sobre direitos reais imobiliários".

420. Contratos. ps. 271/273. "Em nosso direito positivo, o compromisso de venda ou promessa irretratável de venda apresenta singularidades que concorrem para infirmar a tese de que seja contrato preliminar próprio. Tal particularidade é a atribuição de direito real ao compromissário ou promitente-comprador".

421. Execução - Direito Processual Civil ao Vivo. p. 97/8. "Na verdade, porém, não é o contrato preliminar que, por si só, gera o direito real, apelidado pela doutrina de 'direito real de aquisição'. Essa eficácia erga omnes, dotada inclusive do direito de seqüela, só vai surgir da conexão dos vários requisitos inerentes à aquisição dos direitos reais. (...) Emanação direta desse direito real, é o direito à adjudicação compulsória que, com base na inscrição no Registro Público, o promissário comprador pode exercitar, tanto contra o promitente vendedor como contra eventual terceiro adquirente do imóvel gravado. (...) Adjudicar, portanto, não é apenas cumprir a obrigação de outorgar um contrato definitivo; é reconhecer, em sentença, o direito real limitado já existente e transformá-lo, por autoridade do Estado, em direito de propriedade plena".

422. Da Adjudicação. p. 110. "Estamos com a doutrina e a jurisprudência dominantes: o registro da promessa de compra e venda de imóveis é fator indispensável à adjudicação compulsória. A ação de adjudicação compulsória prevista no art. 16, do Decreto-lei nº 58, de 1937, é uma ação que tem por fundamento direito real, tanto que deve ser proposta no foro da situação do imóvel".

423. Compromisso de Compra e Venda no Direito Brasileiro. p.150. "É sobremaneira importante fazer-se distinção entre o direito à adjudicação compulsória e o direito à obtenção da sentença prevista nos arts. 639 e 641 do Código de Processo Civil, ou seja, que produza os mesmos efeitos do contrato a ser firmado, caso o comprometente se recuse a firmá-lo, a qual será obtida através de

c) **executiva de obrigação de fazer**⁴²⁴: é por intermédio da executiva de obrigação de fazer que se obtém, geralmente, a tutela específica dos negócios jurídicos inadimplidos, quer decorrentes de obrigações de contratar, quer em virtude das de prestar declaração de vontade.

Importante asseverar que a obtenção da tutela efetiva da obrigação inadimplida se dá por meio de Processo de Conhecimento⁴²⁵, a despeito do regulamentar básico da matéria se encontrar nos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil, encontrando-se os ditos dispositivos no Livro II, Título II, Capítulo III da referida norma procedimental, especificamente no Pro-

...Continua...

(sic) processo de conhecimento. Neste caso, a ação não pode ser estendida a terceiros pela ausência do registro do compromisso. Sem esta formalidade, a execução específica favorece o compromissário ou cessionário apenas contra o compromitente e seus herdeiros, não contra terceiros, uma vez que despido da eficácia de direito real e inoponível erga omnes".

424. Na verdade, neste tópico, a abordagem será meramente indicativa, conduzente ao aprofundamento vertical que se tenciona obter nos Capítulos VIII e IX.

425. No aspecto específico das demandas previstas nos artigos 639 a 641 do CPC, o negócio jurídico inadimplido não foi conduzido à condição de título executivo extrajudicial. A regra continua a mesma, ou seja, há a necessidade de prévio processo de conhecimento. MENDONÇA LIMA (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VI, Tomo II, p. 852) é claro: "é evidente que o interessado no contrato definitivo tem de mover ação contra o inadimplente. O instrumento não é executado diretamente, como título extrajudicial. A sentença é que servirá para condenar o réu a prestar a declaração ou, então, servir como sucedâneo da vontade dele".

cesso de Execução⁴²⁶.

Isto porque há a necessidade legal da execução se basear em título executivo⁴²⁷, seja judicial⁴²⁸, seja extrajudicial⁴²⁹ e entre estes não se encontra o *facere* juridicamente infungível descumprido.

O alcance da demanda é amplo, visto abranger, regra geral⁴³⁰, todas as declarações de vontade inadimplidas, sejam resultantes de um negócio jurídico unilateral ou bilateral.

426. OVÍDIO BAPTISTA. Curso de Processo Civil. Vol. II, ps. 11/15, com seu habitual espírito de vanguarda e coerente com a tese que adota, qual seja de que a sentença substitutiva possui natureza executiva, ainda que de maneira isolada, fugindo neste aspecto do pensamento de PONTES DE MIRANDA, coloca as demandas executivas *lato sensu* e as mandamentais no Processo de Execução. Mais adiante (p. 98), porém, deixa clara a necessidade de prévio processo de cognição: "Ainda que se tenha como executivas as respectivas sentenças de procedência, é certo que o processo por onde se atinge a formação compulsória do contrato definitivo não tem a menor semelhança com os demais procedimentos executivos previstos pelo Livro II do Código, sejam eles referentes às execuções por quantia certa, ou para entrega de coisas, ou mesmo para cumprimento das obrigações de fazer. É que, tratando-se de obrigação de fazer consistente em emitir declaração de vontade, o obrigado não será condenado em processo prévio de conhecimento, destinado à formação do correspondente título executivo, e sim haverá de ser citado em processo de conhecimento, de que resultará, sendo procedente a ação, a execução imediata da pretensão posta em causa pelo autor. Vale dizer, nas hipóteses dos arts. 639 e 640, não se promove um processo de conhecimento e um processo de execução subsequente, baseado na sentença condenatória emanada do primeiro processo. Aqui, condena-se e executa-se na mesma relação processual".

427. v. art. 583 do CPC.

428. Os títulos executivos judiciais estão descritos no art. 584 do CPC.

429. Os extrajudiciais encontram-se disciplinados no art. 585 do CPC.

430. Casos específicos de cabimento e de impossibilidade, bem como os requisitos legais para tal proceder, serão analisados na seqüência do trabalho.

A executiva de obrigação de fazer é ação pessoal, ou seja, somente pode alcançar o obrigado do negócio jurídico em questão, ressalvada a hipótese de eficácia real por exceção, como ocorre na ação de adjudicação compulsória⁴³¹.

Como já anteriormente observado⁴³², os protagonistas da tutela específica no direito pátrio são os artigos 461, 639 a 641 do Código de Processo Civil e os 48 e 84 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor⁴³³.

Na verdade, o propiciar de referida tutela nos negócios jurídicos inadimplidos é idéia atual no mundo inteiro, não sendo privilégio do direito pátrio.

Assim, o direito comparado trafega por caminhos que propiciam a tutela substitutiva, quer mediante criação jurisprudencial⁴³⁴, quer em decorrência de legislação específica.

Não obstante, conforme lembra BARBOSA MOREIRA⁴³⁵, "na maioria dos países hispano-americanos que aceitam a exeqüibilidade específica nesta matéria, se o órgão judicial conclui que o réu está na verdade obrigado à celebração do contrato, condena-o a outorgar escritura dentro de certo prazo, findo o qual, na

431. Resta evidente, desta forma, que a adjudicação compulsória é mera espécie do gênero executiva de declaração de vontade. Aquela de natureza real, esta, em sua grande gama de atuação, via de regra, pessoal.

432. Vide parte final do capítulo III deste trabalho.

433. Sobre o confronto entre o CPC e o CDC e a tutela específica em questão, ver capítulo seguinte.

434. É o que acontece no ordenamento jurídico da Venezuela.

435. Tendências em Matéria de Execução de Sentenças e Ordens Judiciais. ps. 159/160.

omissão do condenado, o próprio juiz a outorga em seu lugar. O Direito Brasileiro prefere atribuir à sentença que dê ganho de causa ao credor, pura e simplesmente, efeito igual ao da escritura, que assim se torna supérflua; quando se haja de proceder a algum registro - como nos casos de alienação de imóveis - a própria sentença constitui o título registrável".

Referido doutrinador, obviamente estava a se referir ao *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación* da Argentina (art. 512); ao *Código de Procedimiento Civil* do Chile (art. 532); ao *Código de Procedimiento Civil* da Colômbia (art. 501), entre outros⁴³⁶.

Não se pode deixar de lembrar, ainda, a Lei nº 8733/31 do Direito Uruguaio, responsável pelo regramento da promessa de venda de imóveis e inspiradora do DL nº 58/37 do ordenamento pátrio⁴³⁷.

Na verdade, todavia, o grande destaque que se dá ao tema está presente nos ordenamentos alemão (§ 894 do Código de Processo Civil Alemão -ZPO)⁴³⁸, francês (artigo 1142 do Código de

436. Outros dispositivos legais v. BARBOSA MOREIRA. Tendências... ob. cit. NR 30.

437. Maiores detalhes sobre a promessa de compra e venda no Uruguai v., por todos, AICARDI, Hector J. Cerruti. La Promesa de Contratar.

438. Dispõe o Parágrafo 894 do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) (livre tradução): "Se o devedor houver sido condenado à emissão de uma declaração de vontade, esta se considerará emitida ao ser firmada a sentença. Se a declaração de vontade depender de contraprestação, o efeito indicado se produzirá com a concessão conforme aos parágrafos 726 e 730 da cláusula executiva para a sentença. O disposto na primeira parte do apartado anterior não se aplicará em caso de condenação para contrair matrimônio".

Napoleão)⁴³⁹, português (artigo 830 do Código Civil Português)⁴⁴⁰

439. O direito francês estabelece em seu artigo 1142 (livre tradução) que "toda obrigação de fazer e de não fazer se resolve em ressarcimento de danos, no caso de inexecução pelo devedor". A criação jurisprudencial, decorrente da interpretação do referido artigo, passou a considerar as obrigações destinadas à conclusão de contrato como juridicamente infungíveis, logo, passíveis de execução específica. Sobre o tema v. DINAMARCO, C.R. Execução Civil. Vol. I, 1987, p. 52. Especificamente sobre o direito francês v. PERROT, Roger. L'Effettività dei Provvedimenti Giudiziari nel Diritto Civile, Commerciale e del Lavoro in Francia.

440. O artigo 830 do CC Português dispõe: "1. Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida.

2. Entende-se haver convenção em contrário, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa.

3. O direito à execução específica não pode ser afastado pelas partes nas promessas a que se refere o n.º 33 do artigo 410.º; a requerimento do faltoso, porém, a sentença que produza os efeitos da sua declaração negocial pode ordenar a modificação do contrato nos termos do artigo 437.º, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora.

4. Tratando-se de promessa relativa à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, em que caiba ao adquirente, nos termos do artigo 721.º, a faculdade de expurgar a hipoteca a que o mesmo se encontre sujeito, pode aquele, caso a extinção de tal garantia não preceda a mencionada transmissão ou constituição, ou não coincida com esta, requerer, para efeito da expurgação, que a sentença referida no n.º 1 condene também o promitente faltoso a entregar-lhe o montante do débito garantido, ou o valor nele correspondente à fracção do edifício ou do direito objecto do contrato, e dos juros respectivos, vencidos e vincendos, até pagamento integral.

5. No caso de contrato em que ao obrigado seja lícito invocar a excepção de não cumprimento, a acção improcede, se o requerente não consignar em depósito a sua prestação no prazo que lhe for fixado pelo Tribunal".

441 e italiano (artigo 2932 do Código Civil Italiano)⁴⁴² 443, este último evidente inspirador dos artigos 639 e 641 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Referidos ordenamentos jurídicos merecem um tratamento mais específico.

c.1) o direito alemão: a execução específica oriunda da aplicação do § 894 do ZPO tem como seu antecedente lógico

441. Sobre o tema, no direito português, v., entre outros, CALVE-TE, Victor J. de Vasconcelos Raposo R. A Forma do Contrato-Promessa e as Consequências da sua Inobservância; CORDEIRO, António Menezes. Estudos de Direito Civil. Vol. I; COSTA, Mário Júlio de Almeida. Contrato-Promessa - Uma Síntese do Regime Actual; DELGADO, Abel. Do Contrato-Promessa; PROENÇA, José Carlos Brândão. Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral - A Dualidade de Execução Específica-Resolução; SILVA, João Calvão da. Sinal e Contrato-Promessa; TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações; VARELA, Antunes. Sobre o Contrato-Promessa e Das Obrigações em Geral. Vol. I.

442. Dispõe o art. 2932 do CC Italiano (livre tradução): "Se a-quele que é obrigado a concluir um contrato não cumpre a obrigação, a outra parte, quando possível e não excluído pelo título, pode obter uma sentença que produza os efeitos do contrato não concluído. Se se trata de contratos que têm por objeto a transferência da propriedade de uma coisa determinada ou a constituição de um outro direito, a demanda não pode ser acolhida, se a parte que a propôs não cumpriu a sua prestação ou não a oferece nos modos da lei, a menos que ela não seja ainda exigível".

443. Sobre o tema, no direito italiano v., entre outros: ALABISO, Aldo. Il Contratto Preliminare; BARBERO, Domenico. Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano. Vol. II; CIAN & TRABUCCHI. Commentario Breve ao Codice Civile; COSTANTINO, Giorgio. Note sulle Tecniche di Attuazione dei Diritti di Credito nei Processi di Espropriazione Forzata; DENTI, Vittorio. L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica; FAZZALARI, Elio. Lezioni di Diritto Processuale Civile. Vol. II; GERI, BUSNELLI & FERRUCCI. Commentario del Codice Civile. Vol. VI; GIUSTI & PALADINI. Il Contratto Preliminare; PUGLIATTI, Salvatore. Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale; SILVESTRI, Elisabetta. Problemi e Prospettive di Evoluzione nell'Esecuzione degli Obblighi di Fare e di Non Fare e TAMBURRINO, Giuseppe. I Vincoli Unilaterali nella Formazione Progressiva del Contratto.

a figura do *Vorvertrag*⁴⁴⁴.

Frise-se, contudo que a figura do contrato preliminar no direito alemão está em franca decadência, isto motivado pelo restrito âmbito de aplicação do *vorvertrag* em oposição às modernas exigências econômicas.

O objetivo desta figura é o mesmo do direito brasileiro, qual seja a conclusão, no futuro, de outro contrato obrigatório, possuindo duplo função: probatória e de segurança jurídica.

Discute-se no direito alemão se o contrato preliminar necessita ter a mesma forma do *hauptvertrag*. Entre as correntes que surgiram para explicar a situação, ou seja, a que (a) considera a independência de forma entre o preliminar e o definitivo; (b) a que exige, em caráter absoluto, a identidade formal; (c) a que preconiza que a identidade de forma somente deve ocorrer quando ela visar proteger as partes de uma possível impudência na decisão de contratar. Esta última é a corrente dominante. Assim, exige-se forma especial para o *vorvertrag*, que envolva como contrato principal: doação (*schenking*); fiança (*bürgschaft*); transferência de bem imóvel (*grundstucksveraüBerung*); constituição de sociedade de responsabilidade limitada ou anônima (*vorgründungsverträge bei G.m.b.H. und A.G.*).

Uma outra questão do direito alemão é saber se o contrato preliminar deve ter os mesmos requisitos do definitivo.

444. Como já visto *vorvertrag* é a denominação que dá o direito alemão ao contrato preliminar, enquanto que *hauptvertrag* refere-se ao contrato definitivo. Sobre o tema v., por todos, SPECIALE, Renato. Il 'Vorvertrag' nell'Ambito delle Nuove Tendenze in Materia di Formazione Progressiva del Contratto.

A conclusão dominante na doutrina e na jurisprudência foi a de que a presença de todos os requisitos do *haptvertrag* no pré-contrato é requisito exclusivo para se pleitear a execução específica, mas não para as perdas e danos. O mesmo raciocínio vale para o requisito formal anteriormente abordado.

A execução específica da obrigação de contratar no direito alemão é traduzida através do regramento jurídico contido no § 894 do Código de Processo Civil Alemão: "se o devedor houver sido condenado à emissão de uma declaração de vontade, esta se considerará emitida ao ser firmada a sentença. Se a declaração de vontade depender de contra-prestação, o efeito indicado se produzirá com a concessão conforme aos parágrafos 726 e 730 da cláusula executiva para a sentença. O disposto na primeira parte do apartado anterior não se aplicará em caso de condenação para contrair matrimônio".

O efeito jurídico da sentença proferida com base no § 894 do ZPO, ao contrário do que acontece no direito brasileiro e no italiano, é condenatório⁴⁴⁵. Em outras palavras, a sentença proferida não substitui o contrato, mas tão-somente a declaração de vontade não realizada. Assim, para obter o que deseja, inicialmente, com base na decisão judicial, deverá ser ela-

445. É evidente que este caráter condenatório, mesmo no direito alemão, é dotado de grande eficácia executiva. Sobre o tema v. MANDRIOLI, Crisanto. Condanna a Esequire un Contratto Preliminare?

borada a convenção em questão⁴⁴⁶.

Assim, "a sentença que obtem a condenação à declaração do devedor no *vorvertrag* constitui o pressuposto para exigir-se o adimplemento da prestação contida no *hauptvertrag*"⁴⁴⁷.

Por essas dificuldades operacionais que no direito germânico o inadimplemento dos preliminares resolvem-se em perdas e danos. São, de fato, raríssimos os casos de pedido envolvendo a tutela contratual específica.

c.2) o direito francês: a execução específica no direito francês é criação jurisprudencial, visto que a previsão legislativa contida no artigo 1142 do Código de Napoleão deixa claro que "toda obrigação de fazer e de não fazer se resolve em ressarcimento de danos, no caso de inexecução pelo devedor". É a positivação dos postulados da Estado Liberal, sobretudo a desenfreada liberdade privada e a intangibilidade dela, ainda que por emanção do Poder Judiciário.

O grande remédio que conhece o ordenamento francês

446. Idêntica opinião possui LENT, Friedrich. Diritto Processuale Civile Tedesco. p. 140: "la domanda mirante alla conclusione di un negozio (...) è formalmente di condanna e non costitutiva; l'attore fa valere infatti la pretesa ad una certa prestazione, che consiste nell'emanazione di una dichiarazione di volontà anziché nella consegna di un bene.

Esempio: l'attore chiedo la consegna del bene comprato, ovvero il passaggio di questo in su proprietà (supponiamo che si tratti di un immobile). In base al § 894 si finge l'emanazione di una dichiarazione di volontà e se ne producono gli effetti, senza che il giudice emani alcun provvedimento costitutivo. La funzione non ha effetti diversi che quelli che avrebbe prodotto l'effettivo cumprimento della dichiarazione. Tuttavia, in realtà, la dichiarazione è sostituita dalla pronuncia del giudice; e dietro la finzione si cela una vera e propria costituzione di rapporti giuridici".

447. Assertiva com livre tradução do autor. Apud in SPECIALE, Renato. Il 'Vorvertrag' nell'... p. 74.

para que se efetive o dever inadimplido, sem a nem sempre razoável transformação em perdas e danos, é a utilização das astreintes⁴⁴⁸.

A admissibilidade da tutela substitutiva da vontade do obrigado, ainda que por criação doutrinária ou jurisprudencial, é controversa. BESSONE⁴⁴⁹ deixa claro que foi POTHIER quem primeiro acenou de forma clara para os novos rumos, prestigiando a "fórmula *promesse de vente vaut vente*, destinada a significar que o beneficiário de uma promessa de venda se achava habilitado a transformá-la em venda, invocando o ministério do juiz".

Mais recentemente, RIPERT & BOULANGER⁴⁵⁰, chamando a hipótese de cumprimento direto assegurado pelo juiz, deixam clara a possibilidade de sentença substitutiva da vontade do devedor: "*igualmente es posible el cumplimiento directo cuando el compromiso consiste um una promesa de contrato (venta o alquiler, por ejemplo). Debe suponerse que la persona que ha consentido la promesa se niega a concluir el acto, a pesar de la aceptación que ha sido dado. El juez comprueba entonces el acuerdo de las voluntades y el fallo surtirá el efecto del acto que debía haberse*

448. Não obstante a moderna doutrina não se contenta com os remédios existentes e preocupa-se com a efetividade do direito material. Sobre o tema v. PERROT, Roger. L'Effetivité dei Provvedimenti Giudiziari nel Diritto Civile, Commerciale e del Lavoro in Francia.

Acrescente-se, contudo, que o direito processual francês nunca se comparou ao alemão e ao italiano no sentido da aptidão para obter resultados práticos do processo com relação ao direito material. A respeito do tema v. VIDIGAL, Luis Eulálio Bueno. Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade. p. 142.

449. Da Compra e Venda - Promessa & Reserva de Domínio. p. 101/2.

450. Tratado de Derecho Civil. Tomo V, p. 422.

celebrado⁴⁵¹.

De qualquer modo, a tutela específica está mais dimensionada nos artigos 1143 e 1144 do Código Civil Francês, "che prevedono la possibilità di attuare l'obbligo di fare o di non fare indipendentemente dalla volontà del debitore"⁴⁵².

A verdade, porém, é que o direito gaulês não possui regras específicas como as do direito alemão, português, italiano ou brasileiro.

c.3) o direito português: dois dispositivos disciplinam a efetividade dos contratos preliminares no ordenamento jurídico luso. Os artigos 410 e 830.

Aduzem referidos dispositivos:

Artigo 410⁴⁵³: "1. À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa.

2. Porém, a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento assinado pela parte para o qual a lei exija documento, quer autêntico, quer particu-

451. JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo II, Vol. 1ª, pp. 470/473, de forma tácita, nega tal possibilidade ao não se referir a ela quando da abordagem das obrigações de fazer ou não fazer inadimplidas.

452. Livre tradução: "que prevêem a possibilidade de atuar a obrigação de fazer ou não fazer independentemente da vontade do devedor". Apud in DENTI, Vittorio. L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica. p. 47.

453. Frise-se que este dispositivo foi alterado em face da redação original pelo recente Decreto-lei nº 379/86 de 11/11/86.

lar, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral.

3. No caso de promessa relativa à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, o documento referido no número anterior deve conter o reconhecimento presencial da assinatura do promitente ou promitentes e a certificação, pelo notário, da existência da licença respectiva de utilização ou de construção; contudo, o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão destes requisitos quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte".

Artigo 830: "1. Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida.

2. Entende-se haver convenção em contrário, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa.

3. O direito à execução específica não pode ser afastado pelas partes nas promessas a que se refere o n.º 3 do artigo 410.º; a requerimento do faltoso, porém, a sentença que produza os efeitos da sua declaração negocial pode ordenar a mo-

dificação do contrato nos termos do artigo 437⁴⁵⁴, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora.

4. Tratando-se de promessa relativa à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, em que caiba ao adquirente, nos termos do artigo 721⁴⁵⁵, a faculdade de expurgar a hipoteca a que o mesmo se encontre sujeito, pode aquele, caso a extinção de tal garantia não preceda a mencionada transmissão ou constituição, ou não coincida com esta, requerer, para efeito da expurgação, que a sentença referida no n.º 1 condene também o promitente faltoso a entregar-lhe o montante do débito garantido, ou o valor nele correspondente à fracção do edifício ou do direito objecto do contrato, e dos juros respectivos, vencidos e vincendos, até pagamento integral.

5. No caso de contrato em que ao obrigado seja

454. O artigo 437 do CC português refere-se às condições de admissibilidade para a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias: "1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrário pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior".

455. Dito dispositivo se refere à expurgação da hipoteca e dispõe: "Aquele que adquiriu bens hipotecados, registou o título de aquisição e não é pessoalmente responsável pelo cumprimento das obrigações garantidas tem o direito de expurgar a hipoteca por qualquer dos modos seguintes: a) pagando integralmente aos credores hipotecários as dívidas a que os bens estão hipotecados; b) declarando que está pronto a entregar aos credores, para pagamentos dos seus créditos, até à quantia pela qual obteve os bens, ou aquela em que os estima, quando a aquisição tenha sido feito por título gratuito ou não tenha havido fixação de preço".

lícito invocar a excepção de não cumprimento, a acção improcede, se o requerente não consignar em depósito a sua prestação no prazo que lhe for fixado pelo Tribunal".

Percebe-se, destarte, em face do conteúdo de ambos os dispositivos retro transcritos, que a tutela substitutiva da obrigação de contratar está prescrita no último dispositivo referido, qual seja o 830º.

Mediante análise simples percebe-se que para a ocorrência da execução específica no direito português, a semelhança do pátrio, é necessário:

- a) existência de contrato preliminar;
- b) inadimplemento da promessa futura de contratar;
- c) ausência de convenção impeditiva;
- d) a execução específica seja compatível com a obrigação assumida.
- e) em se tratando de contrato bilateral que a parte interessada no cumprimento já tenha satisfeito a sua obrigação.

Quando se fala em inadimplemento da obrigação de firmar o contrato definitivo diz-se respeito à mora e não o incumprimento definitivo, pois nesta hipótese não mais interessa a prestação ao credor⁴⁵⁶.

456. "A fim de pôr ordem onde parece reinar alguma confusão, importa reter que o pressuposto da chamada execução específica do contrato-promessa é a mora e não o incumprimento definitivo.

Na verdade, se, na hipótese de o promitente (no contrato-promessa unilateral) ou um dos promitentes (na promessa bilateral) não cumprir pontualmente, nos termos devidos, o contrato, a outra parte intenta a acção de execução específica, é óbvio que através desta acção manifesta a vontade de ainda obter a prestação devida. Equivale a dizer, portanto, que o credor considera como simples atraso a violação do contrato por parte do devedor, e por isso insiste no cumprimento retardado. Se, inversamente, o

O pedido da tutela substitutiva não impede a cumulação com o pleito de perdas e danos, em razão da mora no cumprimento da promessa⁴⁵⁷.

As mesmas partes podem impedir a eficácia específica do contrato, quando:

a) expressamente afastá-la mediante convenção, salvo a hipótese descrita no artigo 410, 3. Dentro desta hipótese se enquadra o chamado direito de arrependimento.

b) presumidamente não a quiseram pela previsão de sinal⁴⁵⁸ ou de cláusula penal⁴⁵⁹ para o não cumprimento da promessa⁴⁶⁰.

...Continua...

credor não tivesse, fundadamente, mais interesse na prestação, consideraria a violação do contrato como incumprimento definitivo e optaria pela resolução do mesmo" (SILVA, João Calvão da. Sinal e Contrato-Promessa. p. 97).

457. Neste sentido v. COSTA, Mário Júlio de Almeida. Contrato-Promessa - Uma Síntese do regime Actual. p. 45.

458. Sobre sinal e execução específica do contrato-promessa v., por todos, SILVA, João Calvão da. Sinal e Contrato-Promessa.

459. Esta cláusula penal, como bem assevera GALVÃO TELLES. Direito das Obrigações. p. 122, é a compensatória. Com opinião contrária, ou seja, de que se trata de multa penitencial, v. SILVA, João Calvão da. Sinal e... p. 99.

460. "Efectivamente, se se passou sinal ou se convencionou uma pena para o caso de não cumprimento definitivo, isso significa, em princípio, que as partes quiseram reservar-se a liberdade de facto (não a liberdade jurídica) de não cumprir a promessa, sujeitando-se a uma indemnização igual ao valor da pena ou do sinal. O pactuante fiel não poderá pretender que o contrato preliminar seja executado em espécie, por meio de sentença que faça as vezes do contrato definitivo. Apenas, poderá, na prática, rescindir o contrato preliminar, com base no incumprimento do outro pactuante, sendo ressarcido na medida do sinal ou da pena estipulada" (TELLES, Inocêncio Galvão. ob. cit. p. 122).

CALVÃO DA SILVA (Sinal e...) possui opinião diversa, pois defende a ideia de que, como regra, o sinal possui carácter confirmatório: "consequentemente, se os promitentes querem reservar o *droit de repentir* ou direito de *repensar*, que manifestem vontade

Tal presunção legal, não obstante é *juris tantum*, logo passível de ilação⁴⁶¹.

Frise-se, contudo, que mesmo havendo sinal ou pena, "podem as partes ressalvar a faculdade de execução específica, em alternativa com a rescisão do contrato acompanhada de indemnização igual ao sinal ou à pena. Por outras palavras, é lícito aos outorgantes de um contrato-promessa clausular que, em caso de incumprimento (definitivo) por algum deles, terá o outro alternativa entre a rescisão da promessa, com a indemnização consistente no sinal ou na pena, e a execução específica"⁴⁶²

A compatibilidade com a obrigação assumida pode decorrer de dois aspectos:

a) pela sua índole não seja compatível com a tutela coativa: nesta hipótese se enquadram a promessa de doação e a de prestação de serviços, "pois sua natureza pessoal justifica que as partes

...Continua...

inequívoca nesse sentido. Não o fazendo, não se nos afigura boa regra ver no sinal uma presunção de *ius poenitendi*, direito que, sendo de si excepcional e anormal no nosso sistema jurídico, só por prova de sua estipulação inequívoca, a fazer pela parte que o invoca, devia poder existir. Assim, quando o sinal tenha sido constituído ainda a título de antecipação ou princípio de pagamento do preço, traduzirá por regra uma vontade de sinal confirmatório, em conformidade com o início de cumprimento do contrato expressamente querido".

Não obstante, levado por sua ânsia de construir positivamente o ordenamento, equivoca-se o mestre português. Em tal ordenamento o sinal equivalente às arras penitenciais do direito pátrio, enquanto que a confirmação do negócio (arras confirmatórias) são denominadas como antecipação do cumprimento. Logo, sempre que houver sinal, presume-se o seu carácter penitencial. Evidente que a regra é o carácter confirmatória (art. 440 da CC português), porém estabelecido o sinal, optam as partes pelo carácter penitencial (art. 442 do CC português).

461. Neste sentido é o artigo 350, 2 do CC português.

462. TELLES, I. G. ob. cit. p. 122/3.

conservem a possibilidade de desistir do contrato definitivo até à celebração deste, embora incorrendo em responsabilidade pelo incumprimento do contrato-promessa"⁴⁶³

b) a realização coativa, mediante sentença, não seja hábil para produzir os efeitos desejados pelas partes: nas hipóteses de contratos reais, pois a decisão, embora suprimindo a vontade da parte inadimplente, não tem o condão de propiciar a entrega da coisa. São os casos de depósito; comodato, mútuo, etc.

c) quando a decisão não possa ser executada contra o devedor⁴⁶⁴.

Como no ordenamento pátrio a sentença da tutela substitutiva é proferido em processo declarativo⁴⁶⁵ e supre o contrato e não somente a declaração de vontade, como acontece no direito alemão⁴⁶⁶.

A omissão do contrato-promessa quanto a pontos secundários do contrato definitivo, que possam ser supridos através de critérios legais, especiais e interpretativos não inviabiliza a tutela substitutiva.

463. COSTA, M. J. de. A. Contrato-Promessa... p. 49. Sobre o tema v., também, TELLES, I. G. ob. cit. pp. 125/7.

464. Exemplo desta situação, dado por MÁRIO JÚLIO COSTA (ob. cit. p. 50), ocorre "quando o contrato-promessa se apresentada dotado de mera eficácia obrigacional e o promitente-vendedor transmite a coisa a terceiro: como a venda que o promitente depois realizasse à contraparte, a sentença judicial obtida em sua substituição conduziria a uma venda de coisa alheia".

465. Trata-se da denominação do direito português ao nosso processo de conhecimento.

466. Sobre o direito alemão v. item c.1) retro. Sobre esta diferença v., também, SILVA, J. C. da. Sinal e... p. 98.

Acrescente-se, por fim, que a forma⁴⁶⁷ diversa entre o contrato preliminar e o definitivo não é óbice para a execução específica⁴⁶⁸.

c.4) o direito italiano: entre os ordenamentos estrangeiros que tratam da tutela substitutiva da obrigação de contratar, sem dúvida alguma, o sistema italiano⁴⁶⁹ é o que mais se aproxima do brasileiro.

Assim, dispõe o artigo 2932 do Código Civil Italiano: *"Se colui che à obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza que produca gli effetti del contratto non concluso.*

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituição di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestação, o non se fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestação

467. Sobre o tema, no direito português, v., por todos, CALVETE, Victos J. de Vasconcelos Raposa R. A Forma do Contrato-Promessa e as Consequências da sua Inobservância.

468. Genericamente sobre o tema v., também, DELGADO, ABEL. Do Contrato-Promessa; e PROENÇA, José Carlos Brandão. Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral - A Dualidade Execução Específica-Resolução.

469. Entre os pensadores modernos do tema, o trabalho que merece maior destaque, elucidando todas as questões acerca do tema é o de GIUSTI, Alberto & PALADINI, Mauro. Il Contratto Preliminare. especialmente pp. 159/339. V., também, MONTESANO, Luigi. Obbligo a Contrarre.

non sia ancora esigibile"⁴⁷⁰.

Não obstante, antes da vigência do Código Civil de 1942, não existia regra específica a respeito, vigorando o princípio comum de que as obrigações de fazer inadimplidas resolviam-se em perdas e danos. Fundamental para o início deste esclarecimento jurídico foi o trabalho de CHIOVENDA contido no estudo intitulado *L'azione nascente dal contratto preliminare*.

Destarte, a inovação contida no artigo 2932 do Código Civil Italiano foi recebida com aplausos⁴⁷¹. Tanto que GABRIELLE & FRANCESCHELLI⁴⁷² disseram que ela foi corajosa, feliz e necessária. "*Coraggiosa, perché contrastata, a quel tempo, dall'orientamento dominante; felice, perché di larghissima applicazione pratica; necessaria, perché la sua mancanza altererebbe la*

470. Livre tradução do autor: "Se aquele que é obrigado a concluir um contrato não cumpre a obrigação, a outra parte, quando possível e não excluído pelo título, pode obter uma sentença que produza os efeitos do contrato não concluído. Se se trata de contratos que têm por objeto a transferência da propriedade de uma coisa determinada ou a constituição de um outro direito, a demanda não pode ser acolhida, se a parte que a propôs não cumpriu a sua prestação ou não a oferecer nos modos da lei, a menos que ela não seja ainda exigível".

471. Evidentemente que estes aplausos só foram dados pelos dotados de espírito inovador, aberto às mudanças, pois como sói acontecer, a maioria foi cética, não faltando aqueles que, inclusive, entendiam que a regra do art. 2932 do CC afrontava o ordenamento jurídico italiano. Sobre o tema v. GIUSTI & PALADINI. ob. cit. p. 200/202.

472. Apud in GIUSTI & PALADINI. *Contratto Preliminare*. p. 191.

funzione del preliminare, riducendone la rilevanza"^{473 474}.

Com relação, especificamente, ao direito italiano vigente, o primeiro ponto que merece destaque é que o contrato preliminar, sob pena de nulidade, deve possuir a mesma forma determinada para o contrato definitivo, conforme prevê o artigo 1531 do Código Civil Italiano⁴⁷⁵. Destarte, não havendo esta adequação, por ser nula convenção, inviável, evidentemente, será a tutela substitutiva específica.

Assim como no direito brasileiro, o objetivo da norma em análise é propiciar ao titular do direito inadimplido tudo aquilo que poderia obter se o devedor cumprisse a sua obrigação⁴⁷⁶. Assim, o efeito da sentença é substituir a vontade não manifestada pela decisão judicial, que produzirá todos os feitos que deveria produzir o contrato, se realizado. Sua natureza jurídica, para os doutrinadores italianos, é constitutiva⁴⁷⁷, e a

473. Livre tradução: "corajosa porque contrastava, naquele tempo, com a orientação dominante; feliz, porque de larguíssima aplicação prática; necessária porque a sua ausência alteraria a função do preliminar, reduzindo a sua relevância".

474. Sobre as teses que precederam a escolha legislativa efetuada, bem como os motivos inspiradores de tal eleição, v., por todos, GIUSTI & PALADINI. Il Contratto Preliminare. pp.192/200.

475. Neste sentido v. ROPPO, Enzo. O Contrato. p. 104.

476. Na fórmula clássica de CHIOVENDA "il processo deve dare per quanto à possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire". Apud in PISANI, Andrea Proto. CHIOVENDA e La Tutela Cautelare. p. 22/3.

477. Esta é a opinião de BUSNELLI, Francesco D. Della Tutela Dei Diritti. p. 353.

Sobre a justificativa do porquê ser constitutiva a sentença e não condenatória v., por todos, MANDRIOLI, Crisanto. Condanna a Esequire un Contratto Preliminare?.

Não obstante, o entendimento jurisprudencial mais moderno, revigorando tese defendida por CAISAMANDREI, é conceder à sentença

eficácia da decisão nasce com a formação da coisa julgada, não possuindo efeito retroativo, ainda que o contrato tenha sido registrado⁴⁷⁸.

Existem alguns pressupostos para a admissibilidade da demanda:

- a) existência de contrato preliminar inadimplido;
- b) possibilidade de substituição da vontade do devedor pela sentença;
- c) ausência de exclusão desta possibilidade pelo título.

A despeito da divergência do sistema de transmissão da propriedade, tanto os contratos consensuais como os de eficácia real, ou seja, aqueles que geram a transferência do domínio, podem ser objeto de tutela substitutiva⁴⁷⁹.

No campo da possibilidade da tutela substitutiva encontram-se algumas situações concebidas pela doutrina:

- o contrato preliminar deve possuir todos os requisitos do

...Continua...

um caráter executivo. Sobre o tema v., também, GIUSTI & PALADINI. ob. cit. pp. 202/4.

478. "Abbandonata, in fatti, la prospettiva che configura il contratto definitivo como mera 'condizione' di efficacia del precedente accordo, si è finito col riconoscere che, così como il contratto definitivo produce i suoi effetti di regola ex nunc, allo stesso modo la sentenza costitutiva, che presta coativa secuzione all'obbligo inadempito, instaura il rapporto giuridico voluto dalle parti a partire dal momento della formazione del giudicato". Apud in GIUSTI & PALADINI. ob. cit. p. 307.

479. BUSNELLI, F. D. ob. cit. p. 357 dá notícia da existência de corrente de pensamento, ainda que minoritária, defendida por SATTÀ e GIORGIO, que concebe o alcance do art. 2932 do CC Italiano somente aos contratos com eficácia real.

definitivo⁴⁸⁰.

- é entendimento majoritário no direito italiano que a tutela específica de conclusão de um contrato não pode ser aplicada nos contratos reais, ou seja, naqueles que dependam da entrega da coisa para se formarem. Isto porque a demanda do art. 2932 visa, em face da ausência de manifestação de vontade do devedor - geradora do inadimplemento - obter uma decisão judicial que substitua o contrato não firmado e para isto não basta a elaboração do termo contratual, pois somente há o aperfeiçoamento da convenção com a *datio* e isto não poderia ser determinado pela demanda, ao menos em face do conteúdo do dispositivo em análise⁴⁸¹.

- a tutela específica seria inviável, também, segundo corrente majoritária, quando a inadimplente fosse a Administração Pública, pois o ato judicial "importaria numa ilegítima intrusão na esfera reservada à atividade administrativa"⁴⁸². Não obstante, diversos precedentes judiciais, inclusive da Corte de Cassação, a

480. *"Qualora ciò non si verificchi, ossia qualora il preliminare contenga soltanto alcuni di tali elementi, ovvero questi non siano sufficientemente determinati, l'esecuzione specifica è inammissibile, in quanto l'autorità giudiziaria non può surrogare d'ufficio la deficiente volontà delle parti"* (BUSNELLI, F. D. ob. cit. p. 358). Com idêntico posicionamento v. MICHELI, Gian Antonio. Tutela dei Diritti. p. 534.

481. CHIOVENDA (Instituições de Direito Processual Civil. 1ª Vol., p. 20, ao se referir ao tema, deixa claro seu entendimento contrário: "mas o juiz, para atuar a vontade concreta da lei, tem, sem dúvida, o poder de realizar o efeito jurídico que às partes incumbe produzir, independentemente do contrato. Concluo, por isso, que do inadimplemento do contrato preparatório, *verbi gratia*, de compra e venda, surge um direito à transferência da propriedade mediante sentença constitutiva".

482. *Apud in* BUSNELLI, F. D. ob. cit. p. 359. Não obstante, o própria BUSNELLI não comunga de tal entendimento. Defendendo idêntico posicionamento, inclusive com citação de precedentes judiciais, v. GABRIELLI, Giovanni. Contratto Preliminare. p. 247.

partir da primeira metade dos anos oitenta, começam a mudar este panorama⁴⁸³.

- por fim, é de relevo notar que nos contratos preliminares de sociedade, a tutela específica estaria excluída, em razão da *affectio societatis* existente nas sociedades de pessoas. O mesmo raciocínio deixa de atingir as de capital, sendo nestas admitida a sentença substitutiva da obrigação de contratar⁴⁸⁴.

Frise-se, ainda, que o contrato preliminar não é a única fonte de aplicação do artigo 2932 do Código Civil Italiano, visto que ela pode nascer, também, v.g., do testamento ou da lei.

As razões que impossibilitam⁴⁸⁵ a tutela específica, genericamente falando, podem ser de fato (v.g. o perecimento da coisa) ou de direito (v.g. venda da coisa objeto do contrato a terceiro que não possa ser atingido pela decisão judicial).

Por outro lado, a aludida exclusão pelo título pode ocorrer somente quando constar claramente nele⁴⁸⁶. Não basta para presumir tal situação, ao contrário do Direito Português, a

483. sobre o tema v., por todos, GIUSTI & PALADINI. Il Contratto Preliminare. pp. 265/280.

484. A respeito v. GIUSTI & PALADINI. ob. cit. pp. 255/261. V., outrossim, RAGAZZINI, Luigi. Contratto Preliminare di Società ed Esecuzione in Forma Specifica.

485. BARBERO, Domenico. Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano, II, p. 126, lembra que não deve ser confundida a impossibilidade da conclusão do contrato com a da sua execução. A única que inviabiliza a execução específica é a primeira.

486. GIUSTI & PALADINI. ob. cit. pp. 286/8, abordam, em razão da função social do contrato, aspectos atinentes à validade ou não da cláusula que exclui a possibilidade de execução específica, mormente naqueles de compra e venda de imóveis.

existência de cláusula penal. Exemplo fornecido por MICHELI⁴⁸⁷ é a renúncia do credor ao direito à execução específica.

Quando se trate de contrato com eficácia real é imprescindível que o interessado comprove que realizou a sua obrigação, ressalvada a sua inexigibilidade.

O posicionamento jurisprudencial, com relação à inércia no exercício do direito, ou seja, pleitear-se a tutela específica em juízo, é no sentido de que *"la decorrenza del termine stabilito nel contratto preliminare per la conclusione del contratto definitivo, senza que alcuna delle parti agisca per l'esecuzione coattiva, non è sufficiente a far presumere né l'intervento de un mutuo dissenso né la rinunzia al proprio diritto"*⁴⁸⁸.

Frise-se, por fim, que a Corte de Cassação Italiana tem interpretado que o inadimplemento contratual pode gerar três demandas, alternativamente postas à disposição do interessado. Trata-se da ação de resolução, cumulada com perdas e danos, da tutela específica e da condenatória à conclusão do contrato definitivo. Esta última, por entendê-la excluída expressamente pela regra do artigo 2932 do Código Civil, a doutrina dominante,

487. Ob. cit. p. 537.

488. Livre tradução: "a ocorrência do termo estabelecido no contrato preliminar para a conclusão do definitivo, sem que alguma das partes aja no sentido de obter a execução coativa, não é suficiente para presumir a existência de um mútuo dissenso nem a renúncia do próprio direito". Apud in PALADINI, Mauro & GIUSTI, Alberto. Il Contratto Preliminare. p. 179/0.

normante MANDRIOLI⁴⁸⁹, repudia severamente⁴⁹⁰.

d) perdas e danos e cláusula penal. Cabimento individual, alternativo ou cumulado.

d.1) As perdas e danos: A responsabilidade pela indenização das perdas e danos é um dos efeitos do inadimplemento dos negócios jurídicos, seja ele - o descumprir - parcial ou integral⁴⁹¹.

Logicamente, o dever de reparar os danos sofridos decorre da aplicação do princípio da responsabilidade civil e, então, a primeira imagem que vem à mente é a de seus pressupostos de ocorrência, bem como o que significa dizer que determinada pessoa, física ou jurídica, pode responder civilmente.

Responsabilidade civil existe porque o sistema jurídico ocidental labora com a idéia de liberdade com responsabilidade, aspecto que resulta na necessidade das pessoas respeitarem a esfera jurídica alheia, ou seja, o conjunto de seus direitos. Violado tal circuito fechado poderá estar presente o de-

489. V. a respeito Condanna a Esequire un Contratto Preliminare?, na qual o referido jurista comenta a decisão da Corte de Cassação italiana que asseverou: "*incaso di inadempimento del contratto preliminare, il promissario, in luogo dell'esecuzione in forma specifica, può limitarsi a chiedere che l'altra parte sia condannata all'adempimento del preliminare stesso, anche se sia stata stipulata una penale a carico dell'inadempiente*".

490. Lembre-se, contudo, que ALABISO (Il Contratto Preliminare, p. 191) ainda que entenda ser desprovida de maior relevo prático a demanda, estaria inserida dentro de um silogismo de que quem pode o mais pode o menos. Destarte, se pode pedir um provimento que substitua a vontade do devedor, pode, simplesmente, requerer a sua condenação no cumprimento da obrigação.

491. O tema já foi parcialmente tratado no itens VI.3, VI.4 e VI.5 deste trabalho.

ver de indenizar⁴⁹².

Diante disso, conforme lembra MARIA HELENA DINIZ⁴⁹³, "a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal".

Destarte, para que tal responsabilidade ocorra é indispensável a presença de certos requisitos, quais sejam a ação ilícita (via de regra), o dano; e o nexo de causalidade entre a ação e o dano.

A ação deverá ser ilícita, salvo exceções legais, pois o ato lícito, ainda que traga prejuízos, não comporta indenização. Exemplo desta assertiva: um comerciante que possui a única panificadora do bairro e, em face disso, dotada de grande sucesso comercial. A simples abertura de panificadora concorrente, em imóvel vizinho, resultará em inúmeros prejuízos ao referido comerciante, ocasionando perda de clientela e de faturamento. Porém, tal ato não será indenizável, em face de sua clara licitu-

492. Conforme assevera PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado Tomo XXVI, p. 23, "quem indeniza torna indene o que foi danificado, o que algum fato atingiu, diminuindo o valor, ou extinguindo-o. Quem danificou há de indenizar. Dano é a perda, dano é o prejuízo sofrido. A expressão perdas e danos torna explícito que há o dano total e os danos que excluem o bem. Não só as coisas podem sofrer danos. Há danos ao corpo e à psique. Nas relações da vida, o ser humano há de indenizar o dano que causa. O ser humano que sofreu o dano há de ser protegido pelo direito material no sentido de ter direito, pretensão e ação contra o ofensor".

493. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 7, p. ???.

de⁴⁹⁴.

Por outro lado, referida ação deverá ser imputável a alguém. Esta imputabilidade decorre da culpa lato sensu (responsabilidade subjetiva) - regra geral do ordenamento jurídico pátrio - ou do risco (responsabilidade objetiva)⁴⁹⁵.

No que concerne ao dano⁴⁹⁶, poderá ter ele natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Se patrimonial, a responsabilidade abrangerá tanto os lucros cessantes como os danos emergentes, conforme prevê o artigo 1059 do Código Civil⁴⁹⁷.

Ditos danos são reparados a fim de fazer com que a vítima retorne ao *status quo ante*, ou seja, que permaneça na mesma situação em que se encontrava antes do evento danoso. Destarte, nada impede que a referida reparação seja específica ou pecuniária. Exemplificando, os danos materiais decorrentes de um acidente de trânsito poderão ser reparados especificamente pelo devedor por meio da entrega de um novo veículo, ou pela obrigação de reparar aquele veículo. Enquanto que a pecuniária ocorrerá pela entrega do valor monetário suficiente para o conserto do

494. Não se olvide, porém, os casos de abuso de direito e as hipóteses de responsabilidade civil decorrente de ato lícito, como, v.g., na desapropriação.

495. Sobre a ocorrência ou não da imputabilidade v. itens VI.4 e VI.5.

496. POLACCO, citado por SCHMIDT DA SILVA. Compromisso de Compra e Venda... ob. cit. p. 161, conceitua os danos patrimoniais como "a efetiva diminuição do patrimônio, e consiste na diferença entre o valor do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida".

497. Art. 1059 CC: "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".

veículo ou aquisição de um modelo equivalente.

Por sua vez, quanto aos danos extrapatrimoniais, do qual os de ordem moral são a espécie mais significativa, decorrerão via de regra de um ataque à personalidade física, moral ou intelectual da vítima.

Não obstante, os danos de ordem extrapatrimonial são de impossível reparação, pois inviável é que a vítima retorne à situação em que se encontrava antes do evento danoso. Assim sendo, a indenização possui escopo meramente compensatório, misto de pena ao causador e de satisfação pecuniária à vítima, visando minorar a dor sofrida.

É evidente que, ao considerar o dano como um pressuposto do dever de indenizar, sua presença é indispensável. Logo, "para que o devedor se constitua em responsabilidade não basta que deixe de cumprir culposamente a obrigação. É necessário, ainda, que o credor tenha sofrido prejuízos: que ao acto ilícito e à culpa acresça este outro elemento. Não obstante o comportamento reprovável ou censurável do devedor, nada o credor pode pretender se desse comportamento não lhe advierem danos. A responsabilidade civil, incluindo a obrigacional, traduz-se na obrigação de indemnizar, ou seja, de reparar prejuízos, e portanto, sem estes, não existe"⁴⁹⁸.

Por sua vez, não basta que haja uma ação e que a vítima sofra um dano, mas sim que haja um nexo objetivo de causalidade entre a ação do agente e o dano sofrido pela vítima.

498. TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. p. 369. É evidente que, para tanto, não é necessário o prejuízo patrimonial, bastando o moral.

A doutrina tem apontado a culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente, a culpa comum, a culpa de terceiro, os motivos de força maior e os casos fortuitos, bem como a cláusula de não indenizar, como fatores impeditivos ou restritivos da incidência do nexó de causalidade. A análise destas situações implicarão ou na exclusão do dever de indenizar, ou na diminuição da indenização a ser recebida pela vítima.

Presentes os pressupostos para que ocorra a reparabilidade do dano sofrido, sua origem pode ser de ilícito absoluto ou relativo ou conforme a doutrina dominante prefere, contratual ou extracontratual. Tal divisão - a segunda - é criticada por MARCOS BERNARDES DE MELLO⁴⁹⁹, ao entender que o ilícito não é contratual ou extracontratual, mas sim absoluto ou relativo. Com a palavra referido autor: "Em geral, relaciona-se o ilícito relativo à chamada culpa contratual, como se somente existisse violação de dever relativo como decorrência de contratos. Na verdade, há ilícitos que decorrem de relações jurídicas que não são contratuais: - relações de parentesco, de tutela, resultante de gestão de negócio, e.g. Não se pode dizer que em tais relações exista contrato, por isso é imprópria a expressão infrações contratuais empregada por VON THUR".

O ilícito relativo contratual decorre da inexecução por fato imputável ao devedor⁵⁰⁰, enquanto que o ilícito ab-

499. Teoria do Fato Jurídico. p. 207.

500. Dispõe o art. 1056 do CC: "Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos".

soluto origina-se de fato próprio, de terceiro, ou da coisa.

Diante disso, a idéia de responsabilidade civil é princípio básico do Direito Civil e de todo o ordenamento jurídico. É evidente, destarte, o fundamento ético da responsabilidade civil, pois conforme lembra HEINRICH EWALD HÖRSTER⁵⁰¹ "assumir responsabilidade e ser responsabilizado são, por isso, prerrogativas e ônus do homem".

Seja relativo ou absoluto o ilícito, o dever de indenizar compreenderá os danos emergentes e os lucros cessantes, sem prejuízo da compensação dos danos extrapatrimoniais.

O valor da indenização, no contrato preliminar inadimplido, a título dos emergentes compreenderá, a princípio, o valor pago devidamente atualizado.

d.2) A cláusula penal: Nada impede que a cumulação da tutela específica se dê mediante a utilização de cláusula penal compensatória.

A cláusula penal ou pena convencional⁵⁰² é um pacto acessório, adjeto a um contrato ou dele resultante, pelo qual as partes contratantes estabelecem uma punição para qualquer deles que ocorra em mora (cláusula penal moratória) ou venha a ina-

501. A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil. p. 70.

502. Sobre o tema v., por todos, MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. Com relação, especificamente, ao direito pátrio, v. MIRANDA, F.C. Pontes de. Tratado de Direito Privado Tomo XXVI, ps. 54/88.

dimplir o contrato (cláusula penal compensatória)⁵⁰³.

ANTUNES VARELA⁵⁰⁴, entende que "a cláusula penal consiste na convenção pela qual o devedor, no caso de não-cumprimento da obrigação, de mora no cumprimento ou de outra violação do contrato, se obriga para com o credor a efetuar uma prestação, diferente da devida, por via de regra em dinheiro, com caráter de uma sanção civil".

Como muito bem esclarece ELIAS SIMÃO⁵⁰⁵, ela existe porque "nem sempre a palavra empenhada no contrato é mantida fielmente e, há casos, em que as partes podem arrepender-se, rompendo o que contrataram. Fazem-no, sem culpa, no exercício de um direito. Por outro lado, se as partes não têm o direito de arrependimento, não podem rescindir o contrato, sob pena de indenização por perdas e danos. É que, com a rescisão, há uma lesão no patrimônio da parte inocente que, por isso mesmo, deve ser ressarcida".

A principal razão de existência da cláusula penal é servir de estímulo ao adimplemento. ORLANDO GOMES⁵⁰⁶ possui entendimento contrário, pois para ele a "sua função é pré-liquidar danos. Insiste-se em considerá-la meio de constranger o

503. É importante asseverar que a cláusula penal não se confunde com a sanção pecuniária compulsória, com sanções de índole disciplinar, com o sinal, com a multa penitencial, nem tampouco com a compensação de imobilização. Sobre a diferenciação destas e de outras figuras afins v., MONTEIRO, A.P. Cláusula Penal... ob. cit. ps. 107/280. V., com igual proveito, SILVA, João Calvão da. Sinal e Contrato-Promessa. ps. 20/22.

504. Direito das Obrigações. v. II, p. 169.

505. Inquilinato: Questões Fundamentais. RDC 25, p. 63.

506. Obrigações. p. 189.

devedor a cumprir a obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula penal é acidental". WERTER FARIA⁵⁰⁷ aduz, sucintamente, quais são as funções da cláusula penal: "a) reforçar a obrigação principal, estimulando ou melhor, forçando o devedor a cumpri-la, pontualmente, devido à sanção para o caso de incorrer em mora; b) liquidar previamente a indenização pela mora; c) punir o atraso no cumprimento da obrigação; d) reforçar o direito ao ressarcimento do dano resultante da mora".

Duas são suas espécies, a moratória que incide em caso de execução imperfeita; e a compensatória que atinge os casos de inexecução completa ou parcial da obrigação. A primeira tem o efeito de "multa" ao adimplemento tardio, enquanto que a segunda serve para pré-liquidar danos.

Para haver a incidência da pena convencional é indispensável a ocorrência da mora. Em se tratando de responsabilidade objetiva, bastará, porém, o inadimplemento negocial.

Excepcionalmente é possível a cumulação da pena compensatória com a exigibilidade do cumprimento da obrigação, bem como daquela com a moratória.

Por outro lado, sempre será viável optar pela apuração judicial das perdas e danos, caso a cláusula penal compensatória não seja bastante eficaz para reparar todos os prejuízos sofridos pelo credor da obrigação. Por este motivo, não se confunde cláusula penal com a limitação convencional do montante da indenização. Estipulado um limite, não poderá o devedor ser obri-

507. Mora do Devedor. p. 122.

gado a pagar como indenização, quantia superior. Mas se os danos forem ressarcíveis por importância menor, a esta se reduz a indenização. Não se prevê, portanto, valor fixo, como na cláusula penal.

Importante, por fim, é traçar a diferença básica entre cláusula penal compensatória e perdas e danos. Na primeira existe uma presunção *juris et de jure* de que os prejuízos sofridos foram no montante previsto contratualmente, enquanto que na segunda deverão ser cabalmente provadas, sob pena de não haver direito a qualquer indenização.

Não obstante, o valor da cláusula penal não é absoluto, pois viável sua reavaliação pelo juiz. Dispõe o artigo 924 do Código Civil que "quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento".

A simples leitura de tal normativo permite uma primeira conclusão: ele aplica-se tanto aos casos de cláusula penal compensatória como de moratória.

Esta norma legal - que se aplica essencialmente às obrigações de trato sucessivo - nasce de um pressuposto lógico e natural. Quem descumpra parcialmente uma obrigação não pode ser penalizado da mesma forma daquele que a descumpra integralmente.

Ademais, ainda que exista uma ingerência externa - exercida pelo juiz - ao princípio da autonomia da vontade e ao da obrigatoriedade da convenção, o presente dispositivo existe jus-

tamente para abrandar a eficácia dos princípios⁵⁰⁸.

Por outro lado, ao juiz não é imposto o dever de, necessariamente, reduzir a incidência da cláusula penal, mas somente a possibilidade de, se for o caso, diminuí-la. Isto se explica porque, em muitos casos, ainda que seja parcial o inadimplemento, o dano sofrido pela outra parte pode ser amplo⁵⁰⁹.

E, por fim, em nenhuma hipótese, poderá o juiz aumentar o valor da cláusula penal. O seu poder é meramente isonômico. ORLANDO GOMES⁵¹⁰ é claro neste sentido: "A ingerência do juiz admite-se apenas para diminuir, jamais para aumentar e, assim mesmo, se a obrigação houver sido cumprida em parte. Neste caso atribui-lhe a lei o poder de reduzi-la proporcionalmente. Não impõe o dever de diminuí-la, o que significa que, ainda havendo execução parcial, o devedor pode ser condenado a pagar integralmente o valor da cominação. Em suma, não tem direito certo a redução proporcional".

Uma questão se faz presente: É possível às partes contratantes, previamente, afastar a incidência da regra do artigo 924 do Código Civil, estabelecendo que, em qualquer caso, a pena convencional incidirá no valor máximo previsto? A resposta deve ser negativa⁵¹¹.

A respeito desta questão, interessante é ressaltar

508. Em idêntico sentido é a opinião de ANTUNES VARELA. Direito das Obrigações. Vol. II, p. 175.

509. Neste sentido v. JB 142/145; 142/130; 142/142 e 142/149; JTA 110/241.

510. Obrigações. ob. cit.. p. 192.

511. Neste sentido v. JB 142/137 e 142/134.

que o V Encontro Nacional de Tribunais de Alçada concluiu, por unanimidade, que é inválida a "avença de irredutibilidade de cláusula penal adjeta ao negócio jurídico, inclusive aos de locação, tendo-se em vista ser de ordem pública o estatuído no art. 924 do CC" , pois o objetivo claro do legislador foi no sentido de que, sempre que haja cláusula penal, fazê-la incidir de forma justa, mediante critério isonômico. Assim, cláusula em tal sentido deve ser considerada como não escrita, ou melhor, destituída de qualquer eficácia para obrigar os contratantes.

ORLANDO GOMES⁵¹² possui entendimento contrário, quando assevera que "a intervenção judicial pode ser evitada pelas partes mediante expressa estipulação de que a pena será cumprida por inteiro, ainda que a obrigação tenha sido parcialmente satisfeita. A redução ao limite máximo estabelecido na lei constitui declaração judicial de que o excesso é abusivo".

Não obstante, a regra geral é da revisão do conteúdo da cláusula penal em juízo, sempre que assim entenderem as partes, ou até mesmo de ofício, quando a norma é de ordem pública. Exemplo desta última situação é o disposto no § 1º do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor, que limita a cláusula penal moratória a 10% (dez por cento) do valor da prestação.

d.3) As perdas e danos e a cláusula penal no contrato preliminar inadimplido: Desta forma, um contrato-promessa inadimplido poderá gerar as seguintes situações: a) execução específica é cabível; b) execução específica é incabível.

Na hipótese primeira (a), nada impede que se cumu-

512. Ob. cit. p. 192.

le, sucessiva ou eventualmente, com pedido de indenização, quer mediante aplicação da cláusula penal, quer em decorrência das perdas e danos. Impossível, porém, a cumulação das perdas e danos com a cláusula penal compensatória, mas não desta ou daquela com a moratória.

A apuração dos prejuízos levará em conta o inadimplemento imperfeito, ou seja, os prejuízos gerados pela retardamento no cumprimento da obrigação. Assim, o valor das perdas e danos será apurado mediante a incidência da cláusula penal moratória ou de juros, à taxa legal. Os lucros cessantes resultarão do apurar do resultado de tudo aquilo que, objetivamente, o credor deixou de lucrar. Assim, em se tratando de ato inadimplido, que se destinava à entrega de uma coisa (móvel ou imóvel), dito valor poderá resultar do pagamento de alugueres, que teria recebido o credor se tivesse a coisa à sua disposição. Nem se argumente, para excluir tal incidência, o fato do credor não ter demonstrado que alugaria a coisa, pois é evidente que, como decorrência da posse ou do domínio, assim poderia ter agido se tivesse o bem, tempestivamente, em seu poder.

Ademais, não se é de excluir outros prejuízos, desde que, cabalmente, provados pelo interessado.

Quanto aos emergentes, serão representados por tudo aquilo que dispendeu no período em que ficou privado da coisa, até o momento do trânsito em julgado.

No que concerne aos danos extrapatrimoniais⁵¹³
514, são eles plenamente reparáveis, ainda que derivem de negócios jurídicos. Destarte, não há que se falar na impossibilidade de dano moral contratual⁵¹⁵.

PONTES DE MIRANDA⁵¹⁶, neste sentido é enfático: "Uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se (sic) distinção entre dano moral derivado de fato ilícito absoluto e dano moral que resulta de fato ilícito relativo. Tanto pode haver dano moral, nas relações entre devedor e credor, quanto entre o caluniador e o caluniado, que em nenhuma relação jurídica se acha, individualmente, com o ofensor"⁵¹⁷.

A fixação dos danos morais deverá levar em conta, entre outros aspectos, a gravidade e a extensão do dano sofrido, em relação às condições sociais, culturais e econômicas da vítima.

513. Espécie interessante de dano extrapatrimonial são os chamados *danni alla vita in relazione*, analisado pela doutrina italiana. A respeito do tema v. POPP, Carlyle. Notas sobre o Dano à Vida de Relação Jornal "O Estado do Paraná". Ed. de 14/11/93, p. 28.

514. No direito brasileiro, sobre o tema v. BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais; REIS, Clayton. Dano Moral e SILVA, Wilson Melo da. O Dano Moral e sua Reparação.

515. Neste sentido v. GALVÃO TELLES. Direito das Obrigações. ps. 375/385. Com opinião contrária, quedando-se ao disposto no art. 2059 do CC Italiano, v. CUPIS, Adriano de. El Daño. ps. 173/181. Também com pensamento contrário, com interpretação restritiva do art. 496 do CC Português, v. VARELA, J. de M. A. Das Obrigações em Geral. Vol. I, ps. 596/602.

516. Tratado... ob. cit. Tomo XXVI, ps. 33/4.

517. No mesmo sentido v. BITTAR, C.A. Reparação... ob. cit. p. 151/156. Com mais ênfase, observar MELO SILVA. O Dano Moral... ob. cit. ps. 637/647.

Não é necessário, por outro lado, a perfeita comprovação do dano moral contratual sofrido, mas somente a demonstração do que consiste o dano extrapatrimonial pleiteado e em quais aspectos ele danificou a esfera jurídica do credor. Tal aspecto visa permitir ao devedor provar a sua inocorrência⁵¹⁸.

Nada impede, além disso, que se utilize a cláusula penal compensatória como substitutiva da indenização das perdas e danos⁵¹⁹.

Por outro lado, possível é, outrossim, a utilização de pedido cominatório, visando incentivar o adimplemento do devedor⁵²⁰.

O mesmo raciocínio aplica-se, destarte, na situação em que a execução específica, reste impossível (b). O único aspecto de destaque é que as perdas e danos serão, neste caso, possivelmente, mas não necessariamente, superiores à hipótese anterior, pois lá visa reparar os prejuízos sofridos em decorrência do atraso na satisfação do interesse do credor e aqui surge como resultado do inadimplemento absoluto.

518. BITTAR. Reparação... ob. cit. p. 204, vai mais além, pois acredita tratar-se de presunção absoluta, ou seja *iuris et de iure*, justificando da seguinte forma: "Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante".

519. Veja-se que a cláusula penal compensatória substitui os danos emergentes e os lucros cessantes, quer patrimoniais, quer extrapatrimoniais. Neste sentido v. MELO SILVA. O Dano Moral e... ob. cit. p. 640.

520. Sobre o tema v. tópico destinado às ações cominatórias, neste capítulo, especialmente a parte final.

Neste aspecto, deve-se levar em conta o fato de que o credor não receberá, efetivamente, o bem prometido. Logo, na indenização considerar-se-á não só a devolução monetária do valor pago⁵²¹, como o valor atual da coisa, na hipótese deste ser superior ao quantum real da satisfação realizada.

É importante frisar que pode optar o credor pelo recebimento das perdas e danos⁵²², ainda que a tutela específica seja possível, conforme autoriza o § 1º do artigo 461 do Código de Processo Civil⁵²³ e o § 1º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor⁵²⁴.

Neste caso, operar-se-á a indenização da mesma forma que na hipótese (b). Não se olvide, porém, que nesta situação as perdas e danos decorrerão do rompimento do vínculo contratual, logo será consequência necessária da resolução do negócio jurídico firmado. Assim, o pedido do credor deverá ser cumulado, sob pena de carecer da ação proposta.

521. Evidentemente, se o negócio jurídico firmado foi oneroso.

522. Percebe-se, destarte, que não se adota o entendimento de MOURA, Mário Aguiar. Promessa de Compra e Venda. p. 340, quando assevera que "o recurso às perdas e danos com fundamento na promessa de compra e venda deve ficar restrito às seguintes hipóteses, em regra: a) por impropriedade da forma adotada (...); b) por força de ilegitimidade (...); c) por força de inidoneidade do objeto, não sanada (...); d) por perecimento ou deterioração do bem, com culpa do promitente vendedor, quando o imóvel tenha permanecido em seu poder; e) por transferência do domínio a terceiro, sem que o contrato de promessa esteja registrado".

523. § 1º, art. 461 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".

524. § 1º, art. 84 do CDC: "A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente".

Exceção a esta afirmativa genérica dar-se-á quando o rompimento contratual já tiver ocorrido extrajudicialmente. Neste caso, possível será o pedido indenizatório autónomo.

Aspecto interessante é saber: a conversão em perdas e danos decorre da mera impossibilidade da tutela específica ou depende de pedido específico? Duas hipóteses se abrem: (a) o pedido da tutela específica substitutiva foi julgado procedente; (b) dita solicitação foi julgada improcedente.

Se houve procedência da tutela específica, porém a sua viabilização prática restou impossível, v.g., pelo fato do imóvel pertencer validamente a terceiro de boa-fé, deve ser aplicado, analogicamente, à situação, o parágrafo único dos artigos 638 e 633 do Código de Processo Civil⁵²⁵.

Assim, a conversão em perdas e danos ocorrerá mediante pedido no processo de execução, independentemente da ocorrência de pedido subsidiário no processo de conhecimento⁵²⁶.

A liquidação das perdas e danos, conforme adverte ARAKEN DE ASSIS⁵²⁷, "será por arbitramento ou artigos, mas substitui-se se houver cláusula penal (artigo 918 do CCB), que pode -----

525. Art. 638: "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".

Parág. 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".

Parág. Único do art. 633: "O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa".

526. Neste sentido é a opinião de MOURA, Mário Aguiar. O Processo de Execução - Segundo do Código de 1973. p. 343.

527. Comentários ao Código... ob. cit. Vol. IX, ps. 111/2.

não depender de acerto no *quantum debeat*.

É de se advertir que não carecem de liquidação em sentido técnico o valor das *astraites* (sic), ou da própria cláusula penal compensatória, porque somente são ilíquidas as obrigações 'que não possam determinar-se por simples operação aritmética' e pedem apenas sejam devidamente enumeradas na petição inicial por quantia certa".

Hipótese diversa é se o pedido de execução específica foi julgado improcedente, pois então, a apuração das perdas e danos nos próprios autos somente será possível se houver sido formulado pedido sucessivo, nos termos do artigo 289 do Código de Processo Civil. Caso contrário, necessária será a propositura de nova demanda.

**VIII. O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E O DE PROCESSO CIVIL COMO
ARTÍFICES DA TUTELA ESPECÍFICA**

VIII.1. O Eventual Conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil. VIII.2. Os Dispositivos Legais de Ambos os Diplomas. a) os arts. 30 e 35, I do CDC. b) o art. 48 do CDC. c) o art. 84 do CDC. d) o art. 461 do CPC; e) o art. 639 do CPC. f) o art. 640 do CPC. g) o art. 641 do CPC.

VIII.1. O Eventual Conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil

Ainda que boa parte da doutrina defenda uma interpretação restritiva ao Código de Defesa do Consumidor por se tratar de regra especial⁵²⁸, tal entendimento é incompatível com a disposição contida no artigo 29 da legislação de consumo.

Como já anates abordado⁵²⁹, especificamente acerca da interpretação que deve ser conferida ao dito dispositivo, a equiparação legal atinge a todos os contratos, ainda que não de consumo, sempre que haja inobservância das regras previstas no artigos 30 a 54 da legislação mencionada.

Assim, sempre que possível, desde que haja violação clara de um dos dispositivos referidos, o CDC terá aplicabilidade nas relações jurídicas civis e comerciais, mesmo que essas

528. Entre estes se encontra MANFREDINI HAPNER. Comentários ao Código... p. 159. É necessário frisar, porém, que dita jurista não olvida o alcance do art. 29 do CDC às relações não tipicamente de consumo. V. ob. cit. p. 153.

529. V. capítulo IV, item IV.5, parte final.

não sejam propriamente de consumo⁵³⁰.

Destarte, levando-se em conta que a tutela negoci-
al específica se encontra disciplinada nos artigos 30; 35, I; 48
e 84 da lei consumerista e pelos dispositivos 461, 639 a 641 do
Código de Processo Civil, qual diploma prevalecerá na hipótese de
conflito?

NELSON NERY JR⁵³¹ entende que a sistemática do
Código de Processo Civil e do Código de Consumo são diversas,
"logo o descumprimento dos pré-contratos e escritos particulares
relativos às relações de consumo enseja execução específica nos
termos do CDC 84 e parágrafos. Isto quer dizer não serem aplicá-
veis às relações de consumo, os regimes do CC (resolução em per-
das e danos) e do CPC (639 e 641), pois o CDC possui sistema pró-
prio relativo à execução específica das relações de consumo. So-
mente subsidiariamente é que pode ser aplicado o CPC"⁵³².

A ótica do dito autor não se encontra equivocada,
levando-se em conta que seu ângulo de visão é de dentro para fo-
ra, ou seja, preocupa-se com a aplicação da legislação comum às
relações de consumo.

530. NERY JR. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos... p. 270/1, citando ALCIDES TOMASSETI JR., admite como elementos da relação de consumo, segundo o CDC: "a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo, serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço 'como destinatário final' (art. 2º, caput, último parte, CDC)".

531. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos... p. 322/3.

532. NERY JR. & ANDRADE NERY. Código de Processo Civil... ob. cit. p. 1222, nota "1" ao art. 48 do CDC.

A situação aqui abordada, porém, é diversa. Ou seja, é aplicável regra geral das disposições de consumo, às hipóteses do direito comum? Sempre que possa haver a incidência do artigo 29 e não haja incompatibilidade entre os referidos ordenamentos, a resposta será positiva. Frise-se, outrossim, que comen- zinhamente tal inconcialibilidade incoorre⁵³³, ainda mais em ra- zão da recente alteração do artigo 461 do Código de Processo Ci- vil, cuja evidente inspiração foi o 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, havendo desarmonia absoluta, às relações próprias de consumo será aplicável as suas normas e às de direito comum, as preconizações genéricas.

VIII.2. Os Dispositivos Legais de Ambos os Diplomas

Como visto acima, oito regras gerais disciplinam os ordenamentos jurídicos em questão. São elas os artigos 30; 35, I; 48 e 84 da lei consumerista⁵³⁴ e os dispositivos 461, 639 a 641 do Código de Processo Civil.

Antes de traçar uma visão ampla dos referidos dis- positivos legais, é curial esclarecer que aspectos atinentes a

533. Na seqüência, algumas questões específicas serão abordadas, esclarecedoras da afirmação realizada.

534. Acerca da exegese dos mencionados artigos legais v., CRETE- LLA JR., DOTTI et alii. Comentários ao Código do Consumidor; AMA- RAL JR., Alberto. Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda; Grinover, Ada Pellegrini et alii. Código Brasileiro de De- fesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto; COE- LHO, Fábio Ulhoa. O Empresário e os Direitos do Consumidor; MUKAI, Toshio et alii. Comentários ao Código de Proteção do Con- sumidor; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários ao Código do Consumidor; e ALVIM, Arruda et alii. Código do Consumi- dor Comentado.

toda obrigação que não sejam as juridicamente infungíveis, especificamente as de firmar negócio jurídico futuro, deixarão de ser abordadas.

a) os arts. 30 e 35 do CDC⁵³⁵: os dois primeiros dispositivos mencionados referem-se ao inadimplemento da oferta⁵³⁶, ou seja, da proposta, estabelecendo a possibilidade de tutela específica. Destarte, nada mais faz do que seguir o princípio genérico de que a proposta vincula o proponente.

A novidade, porém, é que não se trata de proposição realizada nos moldes comuns de Direito Civil ou Comercial, ou seja, de forma individualizada. Trata a situação de vinculação oriunda de proceder genérico, destinada a atingir um número indeterminado de pessoas.

O fornecedor vincula-se por meio da apresentação, informação ou da publicidade⁵³⁷ - todas modalidades de oferta

535. Art. 30 do CDC: Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 35 do CDC: Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade.

536. Sobre o tema v. item IV.3 desta monografia, especialmente a parte final atinente à proposta.

537. Ainda que possam parecer sinônimas, informação e publicidade são figuras diversas. TAVARES GUERREIRO. Comentários ao Código do Consumidor. p. 113, é claro na distinção: "A informação é, pelo menos em princípio, imparcial e objetiva, condenando-se aquela que se afasta dessas linhas centrais. Já a publicidade, em razão de seu caráter indutivo, prepara e condiciona o terreno psicológico dentro do qual será desenvolvida a relação jurídica de consumo". A preocupação do legislador é de proteger o consumidor daquelas informações de cunho veementemente publicitário, como ho-

pública⁵³⁸ - ao cumprimento daquilo que prometido foi, não importante o meio da vinculação.

Necessário, entretanto, que a proposta chegue ao conhecimento do consumidor - trata-se de declaração de vontade receptícia - bem como que ela seja de tal modo precisa que vincule o fornecedor, não o obrigando o simples exagero⁵³⁹.

Estas hipóteses de proposta pública de contratação açambarcam, via de regra, situação de promessa de contrato promessa. Exemplo clássico é a da vinculação em jornal de oferta referente a dado imóvel, construído sob o sistema de incorporação imobiliária. Evidentemente, a proposta é destinada ao firmamento de um contrato preliminar, com a elaboração futura de um contrato definitivo, no caso uma escritura pública de compra e venda. Destarte, trata-se da hipótese que a doutrina italiana chama de pre-

...Continua...

diernamente acontece.

538. Não se olvide que a vinculação, evidentemente, pode ocorrer mediante oferta individualizada, nos moldes do que acontece no âmbito do Código Civil. V. a respeito arts. 1080 a 1086 do CC.

539. VASCONCELLOS E BENJAMIN. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos... ob. cit. p. 162 aduz que "não é qualquer informação que vincula o fornecedor. Tem ela que conter uma qualidade essencial: a precisão. Só que não se trata de precisão absoluta, aquela que não deixa dúvidas. O Código contenta-se com uma precisão suficiente, vale dizer, com um mínimo de concisão. É exatamente por lhe faltar essa precisão mínima que o exagero (*puffing*), geralmente, não tem força vinculante. Claro que a precisão mínima é sempre analisada em relação ao destinatário da oferta. Havendo potencial persuasivo, já não mais estamos diante de simples exagero. O direito evolui no sentido de eliminar, por inteiro, os exageros - sem fundamentação material ou científica - da comunicação mercadológica. São eles, inegavelmente, elementos perturbadores das relações de consumo e aumentam, sem qualquer benefício em contrapartida, os riscos e insegurança do consumidor como destinatário do marketing".

*liminare di preliminare*⁵⁴⁰.

Nada impede a situação prática retro vislumbrada, qual seja a promessa de promessa, desde que, evidentemente, presentes estejam os requisitos legais exigidos. No caso, contudo, não é necessária a ocorrência dos pressupostos para o contrato preliminar, bastando uma perfeita indicação da coisa, com suas peculiaridades e condições mínimas do contrato preliminar a ser elaborado.

Descumprida a oferta, sujeita-se o fornecedor aos efeitos dos incisos I a III do artigo 35. Assim sendo, pode o consumidor:

- exigir o cumprimento forçado da obrigação⁵⁴¹;
- aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- rescindir o contrato, com direito à repetição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada e perdas e danos⁵⁴².

540. Sobre o tema v. GIUSTI & PALADINI. *Il Contratto Preliminare*. ps. 62/67. Especificamente acerca do exemplo referido, GIUSTI assevera: "Non si è mancato, tuttavia, di affermare in senso contrario che il contratto con cui si stabilisce l'obbligo, comune ad entrambe le parti, di un'ulteriore manifestazione di volontà per la stipulazione di un contratto preliminare di compravendita è, nella sua configurazione giuridica, un contratto atipico a contenuto ed effetti obbligati, affatto concepibile in virtù del principio dell'autonomia della volontà negoziale".

541. "Optando por forçar o cumprimento da obrigação, poderá o consumidor promover a execução específica da oferta, apresentação ou publicidade, comparecendo em juízo munido da prova da existência dessas, para requerer a busca e apreensão, no estabelecimento do fornecedor, do produto em referência ou a expedição de mandado judicial de execução do serviço (se, no caso, foi materialmente possível a medida)". COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os...* ob. cit. p. 150.

542. Os requisitos para a obtenção da tutela específica serão abordados no capítulo seguinte.

Nada impede, porém, mediante anuência expressa e escrita do consumidor, segundo as regras dos artigos 46 a 54 do Código de Consumo, que este desvincule o fornecedor, quer mediante compreensão da circunstância fática, quer por ter solucionado a lide de outra forma, quer por ter se desinteressado da pretensão almejada⁵⁴³.

b) o art. 48 do CDC⁵⁴⁴: a aplicação deste dispositivo faz com que os requisitos de forma passem a ser mais tolerantes com o credor da obrigação inadimplida⁵⁴⁵. Assim, toda declaração de vontade constante de escrito particular, seja este unilateral ou bilateral, legitima o pedido da tutela específica. A lei exempli-

543. Com igual opinião, de forma clara e enfática, v. COELHO, F. U.. O Empresário e os... ob. cit. p. 153/4.

544. Art. 48 do CDC: As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e §§.

545. V. Capítulo seguinte sobre os requisitos da tutela específica.

fica a situação, citando recibos⁵⁴⁶ e pré-contratos⁵⁴⁷.

É importante esclarecer que a oferta inadimplida, para gerar esta forma de tutela, deverá ser escrita. Logo, excluída estará a verbal, bem como a decorrente do silêncio⁵⁴⁸.

É indispensável asseverar, no entanto, que a possibilidade de tutela específica, preconizada nos artigos 84 e §§, pode ser de três ordens:

a) decorrente de uma obrigação de dar, entregar ou restituir;

b) oriunda de um fazer fungível ou infungível;

546. Frise-se bem que os recibos e os demais pontos deste dispositivo vinculam o fornecedor. Assim, as regras normalmente impressas no verso desses comprovantes de pagamento não terão nenhuma eficácia se inadimplido o dever de oportunizar. CLÁUDIA MARQUES (Contratos no Código... p. 117) com sapiência elucida a questão: "o recibo, enquanto quitação já fazia prova do pagamento, agora se refere o CDC ao hábito, mais ou menos comum, de aproveitar o verso do recibo para fazer declarações e imprimir condições gerais.

Quer nos parecer uma norma que deve ser bem interpretada ou nem sempre virá ao encontro dos interesses tutelados pelo CDC, interesses dos consumidores, tendo em vista, principalmente o hábito dos fornecedores de aproveitarem o verso dos recibos para imprimir algumas cláusulas limitativas de direito contratuais do consumidor. Nesse sentido, mister esclarecer que a norma refere-se somente à vinculação do fornecedor às declarações prestadas, não menciona a eventual vinculação do consumidor com relação a estas CONDGs impressas no recibo. Isto porque, no sistema de informação montado pelo CDC, o consumidor deve ter oportunidade de conhecimento prévio do conteúdo do contrato. Se as condições gerais são entregues ao consumidor, após o fechamento do contrato, no verso do recibo, só podem ser consideradas incluídas no contrato, se o consumidor teve oportunidade de conhecê-las de maneira prévia".

547. Não se deve confundir pré-contrato (contrato preliminar) com fase pré-contratual (negociações preliminares). Somente aquele está protegido pelo dispositivo em questão. Maiores detalhes sobre o tema v. capítulo IV, item IV.3.

548. Com idêntico pensamento v. HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini. Comentários ao Código do Consumidor. p. 158.

c) gerada por um fazer juridicamente infungível.

Assim, poderá o Estado/Juiz oferecer ao credor da obrigação: a) a própria obrigação inadimplida, quer especificamente, quer sob tutela substitutiva da vontade; b) prestação equivalente.

A existência, pura e simples, dos documentos particulares referidos neste dispositivo basta para a prestação equivalente ou para a obtenção específica da coisa querida. Não, porém para a tutela substitutiva da vontade. Esta, como oriunda de um contrato preliminar inadimplido, dependente de um negócio jurídico dito principal, deverá satisfazer outros requisitos que não os decorrentes da mera promessa de contratar. Evita-se, com isto, que o juiz crie cláusulas contratuais para as partes litigantes, substituindo a autonomia de vontade de ambas.

Acrescente-se, outrossim, que qualquer documento particular, a princípio, pode satisfazer os requisitos específicos para a aplicação do artigo 84 e §§, com a ressalva supra-referida⁵⁴⁹.

Conforme deixa claro NERY JÚNIOR⁵⁵⁰, "a vinculação de que fala a lei é, na verdade, imposição legal do dever de

549. "Neste sentido, quaisquer declarações constantes de recibos, inclusive aquelas que porventura venham a ser estipuladas sob forma de garantia, são suscetíveis de execução específica nos termos do art. 48 do Código de Defesa do Consumidor. Para que se processe a execução específica, é necessário que não paire qualquer dúvida sobre a existência da obrigação. Do mesmo modo, a execução específica pressupõe a determinação exata do seu valor, bem como a exigibilidade decorrente do seu vencimento". AMARAL JR., Alberto do. Comentários ao Código de Proteção... ob. cit. p. 186.

550. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos... ob. cit. p. 323.

prestar, imposição que se faz ao fornecedor que tiver manifestado sua vontade de contratar, por meio de recibos de sinal, pré-contratos, contratos preliminares ou outros escritos particulares diversos⁵⁵¹.

Inobstante, não é só isso, pois a vinculação decorre, sobretudo, da boa-fé que deve nortear as relações contratuais, da qual o sub-princípio da obrigatoriedade da convenção é parte integrante⁵⁵².

À primeira vista poder-se-ia pensar que o dispositivo em referência teria aplicabilidade exclusiva às relações de consumo propriamente ditas, em face de expressão neste sentido constante no seu bojo. Tal raciocínio, porém, além de incompleto, desnaturaria todo o interesse do legislador em proteger as relações jurídicas que não seriam de consumo, mas que se encontrariam ao abrigo da legislação consumerista. Logo, tudo aquilo que foi dito quando da análise do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, no capítulo IV, item 4, aplica-se ao caso em tela⁵⁵³. Ou seja, o dispositivo em comento se aplica a todo e qualquer contrato, mesmo que não diga respeito a uma relação de consumo.

551. NERY JR. ob. cit. p. 323, lembra ainda que "a jurisprudência tem reconhecido, em algumas situações especiais, o direito de pleitear-se usucapião ou adjudicação compulsória de imóvel, conferindo status de justo título a mero recibo de sinal. O código reconhece o direito que deriva desses escritos, dando ao consumidor a oportunidade de pedir execução forçada da obrigação de fazer, assumida neles pelo fornecedor".

552. Sobre o tema v. Capítulo IV, item 5 deste trabalho.

553. V. item VIII.1 deste Capítulo.

c) o art. 84 do CDC⁵⁵⁴: a positivação deste dispositivo é a clara preocupação com a tutela específica. A divisão legal é realizada no caput e em cinco parágrafos, possuindo evidente inspiração aperfeiçoada no artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública⁵⁵⁵.

A aplicabilidade do dispositivo, ainda que se refira, exclusivamente, às obrigações de fazer e não fazer, em face da regra do artigo 83⁵⁵⁶, alcançará, igualmente, as obrigações de dar, entregar e restituir.

O objetivo da presente regra é privilegiar a tute-

554. Art. 84 do CDC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º: A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º: A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º: Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º: O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º: Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial".

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

556. Art. 83 do CDC: Para a defesa dos direitos protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

la específica da obrigação ou o resultado prático equivalente, em detrimento das perdas e danos⁵⁵⁷. Situação esta, aliás, que se coaduna com os princípios mais modernos da tutela do direito violado.

A abordagem atinente às perdas e danos já foi realizada anteriormente⁵⁵⁸, enquanto que a obtenção do resultado prático equivalente foge ao âmbito da presente monografia⁵⁵⁹.

É importante, porém, considerar que o resultado prático equivalente não dependerá de pedido expresso, ainda que alternativamente possa o interessado fazê-lo. Não havendo tal alternatividade, o juiz, antes de decidir, consultará o requerente para saber se é do seu desejo a obtenção da equiparação prática, pois a decisão deve atender, sobretudo aos interesses do credor e não a concessão de um paliativo que não lhe interessa.

Nada impede, por outro lado, que na inicial o requerente aduza, expressamente, que não tem interesse em tal solução alternada. Neste caso, se a inviabilidade for superveniente,

557. Frise-se que as perdas e danos somente serão admissíveis se por elas optar o autor, ou se a tutela específica ou equivalente resultar impossível.

558. V. tópico VII.2.d), supra.

559. Concorde-se com a magistrado PASSOS DE FREITAS. Comentários ao Código do Consumidor. p. 336, quando este, ao tratar do tema, assevera que "alternativamente e na hipótese de não ser possível a tutela específica, poderá o juiz determinar medidas que resultem no mesmo resultado do cumprimento da obrigação. Por exemplo, determinará à empresa de turismo que explora passeios marítimos e que, após receber o pagamento de viagem, venha a cancelar, imotivadamente, a prestação do serviço, que propicie ao consumidor outra semelhante. Neste tipo de medida o juiz deverá ser cauteloso e ouvir o credor antes de decidir, pois o resultado poderá não ser do seu interesse".

a conversão em perdas e danos será daí decorrente⁵⁶⁰.

A cominação da multa já foi abordada quando da ação cominatória⁵⁶¹, enquanto que a tutela de antecipação, via liminar, será abordada futuramente⁵⁶².

d) o art. o 461 do CPC⁵⁶³: A redação deste dispositivo é praticamente idêntica com a do dispositivo anteriormente analisado. De relevo que ele se situa no Código de Processo e não no de Consumo, fato que facilitará a interpretação daqueles avessos a posicionamentos inovadores e destemidos.

Praticamente tudo o que já foi dito, *mutatis mu-*

560. V. Capítulo VII, tópico 2.d.3)

561. v. a respeito Capítulo VII, item VII.2.a).

562. V. a respeito Capítulo XI. Lembre-se, outrossim, que a tutela antecipatória, após a Lei n° 8952/13.12.94, está prevista no CPC no art. 273.

563. Art. 461: 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.

§ 1º: A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º: A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º: 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.

§ 4º: O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º: Para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

tandis, alcança a regra em questão.

A norma do § 5º poderá ter destaque quando se referir a pedido cumulado, como a obtenção da posse do bem prometido à venda e não entregue. Assim, medidas cogentes poderão facilitar o credor na obtenção efetiva do seu direito.

Fundamental, outrossim, é a possibilidade da tutela antecipatória, que será analisada mais à frente⁵⁶⁴.

Lembre-se, igualmente, que o preceito cominatório previsto no § 4º tem total aplicabilidade à tutela substitutiva objeto da presente monografia⁵⁶⁵.

O resultado prático equivalente descrito no dispositivo sob análise tem especial destaque para a substituição volitiva. Pode acontecer, *v.g.*, que determinada pessoa tenha prometido transferir a outra os direitos de uso sobre um terminal telefônico certo. Não obstante, referido terminal já foi alienado a terceiro, não podendo sofrer a incidência da tutela específica. Hipótese será em que o juiz, concederá resultado prático equivalente se substituir a vontade inadimplida do devedor, alcançando a decisão outra terminal de sua propriedade. Idêntico raciocínio pode alcançar outros tipos de bens, especialmente quando passíveis de fungibilidade convencional.

Destarte, o objetivo claro da presente regra, trazendo a modernidade do código de consumo para o de processo, foi a efetividade do direito violado, ou seja, uma busca incessante

564. V. capítulo XI.

565. Maiores detalhes sobre a questão v. análise das ações cominatórias no capítulo VII.

da aproximação do processo com o direito substancial. Sai-se de uma visão autonomista para a da efetividade, a da instrumentalidade⁵⁶⁶, pois "não mais se pode admitir aquelas situações do 'ganha mas não leva', ora porque a tutela não chegou a tempo, ora porque o provimento jurisdicional se apegou à teoria e se esqueceu da prática"⁵⁶⁷.

e) o art. 639 do CPC⁵⁶⁸: o dispositivo em exame, norma mes-tra da tutela específica, estabelece a possibilidade efetiva do atuar estatal, quando a pessoa promete a realização de um contra-to definitivo e não cumpre a sua obrigação. A sanção é evidente: o juiz suprirá a vontade inadimplida. Trata-se, destarte, de ação pessoal, não se confundindo com a de direito real, mais conhecida como adjudicação compulsória⁵⁶⁹.

Não obstante, a regra não é muito simples, pois

566. "A ciência processual tem-se preocupado com a criação de categorias e institutos, cuja elaboração precisa a transformou no ramo do Direito que mais se desenvolveu nos últimos anos. Por outro lado, passaram os processualistas a se dedicar tanto a conceitos, muitos de extrema sutileza, que as discussões sobre temas de direito processual acabaram por representar verdadeiro exercício de filosofia pura do Direito. Quando voltamos os olhos para a realidade, porém, verificamos que o processo se encontra muito distante dela. (...) Não interessa, portanto, uma ciência proces-sual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende". Cf. in BEDAQUE, J. R. dos S. Direito e Proces-sos... pp. 15/6.

567. SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. O Novo Processo Civil. p. 70.

568. Art. 639 do CPC: Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso pos-sível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

569. Sobre a distinção entre adjudicação compulsória e executiva de obrigação de fazer, v. tópico VII.2.b).

propiciadora de diversas dúvidas acerca do tema. O fato é que ela traduz um memorável acerto do legislador, visto que "não se pode proteger a má-fé do devedor, não se pode colaborar com a malícia de alguém que se compromete a cumprir, sabendo que não cumprirá, amparado por lei. Deve-se facilitar e não dificultar a aplicação do direito"⁵⁷⁰.

e.a) alcance da responsabilidade: A primeira afirmação clara que se deve fazer é que a vontade inadimplida pode resultar tanto de negócio jurídico unilateral, como de bilateral⁵⁷¹, mas só vincula aquela que se comprometeu. Assim, em havendo casamento, não obriga o cônjuge que não participou da convenção. Se dependente de ato de terceiro, a eficácia dependerá da anuência deste. A evidência toda é que, ressalvado o alcance da regra do artigo 928 do Código Civil⁵⁷², somente responde pela vontade emanada aquela que a manifestou.

Imprescindível, porém, é asseverar que, em se tratando de pessoa jurídica, não é indispensável que o manifestante tenha poder de deliberar em nome da empresa respectiva, mas, tão-somente, que esteja agindo nos interesses dela, na condição de preposto, agente, representante ou afim. É o caso do sinal de negócio firmado pelo vendedor do imóvel, que se buscava alienar, que vincula a empresa vendedora.

e.b) não cumprimento da obrigação: o inadimplemento do dever

570. NIESS, P.H.T.. Da Sentença Substitutiva... ob. cit.. p. 31.

571. sobre o tema v. Capítulo VI, item VI.1.

572. Art. 928: A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre os seus herdeiros.

prometido deve resultar de um fato imputável ao devedor, pois se inimputável o negócio jurídico será resolvido, importando no retorno das partes à situação em que se encontravam contemporaneamente à celebração do negócio⁵⁷³.

e.c) objetivo da demanda: motivado pelo descumprimento do devedor, frustrado com a impossibilidade de realização prática de seu direito pela via normal, ou seja, através do adimplemento, busca o credor uma decisão que torne efetiva a vontade desconsiderada.

Destarte, através de uma decisão judicial, liminar ou não, obterá o mesmo efeito do contrato que deveria ser firmado pelo devedor. Frise-se que não se trata de contratação a ser realizada pelo Poder Judiciário⁵⁷⁴, mas de *decisum* que suprirá o querer existente, porém não honrado.

Assim, nesta ótica, será desnecessário a realização do contrato principal, pois como tal será considerada a emanção judicial, ao contrário do que acontece no direito alemão⁵⁷⁵.

Não obstante, não há que se falar em contratação por decisão judicial, mas de forma de execução direta, decorrente

573. Sobre a imputabilidade e inimputabilidade do inadimplemento v. Capítulo VI, itens VI.4 e VI.5.

574. É pacífico o posicionamento do STJ, impeditivo do poder de criação judicial. Ademais, "pleiteando a inicial que substitua a vontade da parte, o juiz não poderá dar-lhe conteúdo que importe inclusão de cláusulas de que não cogitou a inicial" (STJ-3ª Turma, REsp 4743/RS, rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, j. 10.12.90, não conheceram, v.u., p. 1035, 1ª col., em.).

575. Sobre o tema v. capítulo VII, item VII.2.c.3).

do absoluto respeito àquilo que se obrigaram as partes⁵⁷⁶. Ou seja, ela é mera decorrência da vontade descumprida pelo devedor. É instrumento para torná-la efetiva, ainda que contra a vontade daquele⁵⁷⁷.

Logo, não há a menor necessidade de instauração de um novo processo de execução. A sentença proferida substitui o contrato principal e passa a ser o próprio título. OVÍDIO é contundente com alguns equívocos cometidos pela doutrina a respeito do tema⁵⁷⁸.

576. A opinião de MENDONÇA LIMA (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VI, Tomo II, p. 852/3) é em sentido contrário: "não é a sentença, por si própria, que produz o mesmo efeito do contrato, qual seja o definitivo. O mesmo efeito é o decorrente da declaração da vontade do réu-vencido a ser inserto no instrumento definitivo, por via da sentença se indispensável (escritura de compra e venda), ou se necessário para qualquer ato, que prescindida de formalidade especial (autorização para entrega de bem imóvel em poder de terceiro adquirido pelo autor do réu)".

577. O Prof. ALTINO PORTUGAL, citado por MOURA ROCHA. Sistemática do Novo Processo de Execução. p. 276, lembra que "a obtenção da sentença, em substituição ao cumprimento voluntário da obrigação é conquista do direito moderno. Embora não se tivessem harmonizado, neste ponto, teóricos como ASCOLI, CARRARA, CHIRONI, CHIOVENDA, CARNELUTTI e tantos outros, ao apreciarem, a decisão da Corte de Roma, que teve FAGGELA como relator; a verdade, é que as necessidades da vida moderna ditaram disposições semelhantes às do artigo citado, como ocorreu na Itália (art. 2932 do CC), e no Uruguai (art. 5º da Lei n. 8733 de 17.6.1931)".

578. "Esta particularidade exibida pela natureza das obrigações de prestar declaração de vontade tem induzido a doutrina, não raro, a cometer equívocos. Talvez o erro mais notório seja o cometido por ANTÔNIO CARLOS COSTA E SILVA (Tratado de Processo de Execução. 2ª Ed., Vol. II, p. 1154), o qual, forçando a analogia entre a solução jurisdicional destinada ao cumprimento desta espécie de obrigação e as demais ações executivas para cumprimento de outras obrigações de fazer, supôs que, também, para aquelas, houvesse uma necessidade de dois processos, o primeiro de conhecimento, destinado à emissão de uma sentença, contendo apenas a condenação do devedor a emitir a declaração de vontade; obtida a condenação, segundo este jurista, teria início o processo propriamente executivo, com nova citação do condenado, a fim de que ele cumprisse o julgado, emitindo a declaração de vontade e firmando o contrato a

e.d) exceções genéricas à sentença substitutiva⁵⁷⁹: o principal efeito do contrato preliminar é a possibilidade de execução específica, ou seja, gerador de uma sentença substitutiva da vontade do devedor. Quando tal demanda tem por objeto um contrato dotado de direito real de aquisição, a ação será denominada de adjudicação compulsória, visando a obtenção coativa do domínio do bem. Porém, quando envolver somente direito pessoal tratar-se-á de demanda executiva⁵⁸⁰, visando a substituição da vontade do devedor.

Para tanto, porém, o que é mais ou menos pacífico na doutrina, é necessário que o contrato preliminar já possua

...Continua...

que se obrigara; finalmente, não adimplindo espontaneamente a obrigação, então ordenaria o juiz a expedição de alvará, contendo a declaração recusada pelo devedor.

A fonte desse equívoco provém, como o próprio jurista indica, das lições de LIEBMAN (Processo de Execução. ps. 344/345) e de AMÍLCAR DE CASTRO (Comentários ao Código de Processo Civil. RT, Vol. VIII, 2ª Ed., 1976, p. 181). LIEBMAN, todavia, ao contrário do que parece ter imaginado COSTA E SILVA, não defende a idéia de que a execução das obrigações de emitir declaração de vontade careça de um processo de conhecimento desligado do processo destinado a produzir a declaração de vontade recusada pelo devedor. O que LIEBMAN não descobre, no caso, é a existência de um 'ato que se quer qualificar de executório', de modo a permitir-lhe classificar a sentença que substitui a vontade do obrigado, como uma sentença executiva. Apenas isso. Não se dá o mesmo com AMÍLCAR DE CASTRO. Quanto a este, o erro é dele próprio, apenas copiado por COSTA E SILVA" (SILVA, O. B. Curso de Processo Civil. Vol. II, p. 96).

579. No Capítulo seguinte serão analisados todos os requisitos necessários à obtenção da tutela específica.

580. Vários autores consideram tal demanda como sendo constitutiva. Ver a respeito, entre outros, NIESS, Pedro Henrique Távora. Da Sentença Substitutiva da Declaração de Vontade. ps. 43/6; YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade. ps. 44/54. Maiores detalhes sobre o tema, bem como o porquê de ser executiva a natureza desta sentença, serão examinados no Capítulo XI desta monografia.

todos os requisitos do contrato definitivo a ser firmado⁵⁸¹.

Assim, devem estar presente os de caráter objetivo, subjetivo e formais.

Tais requisitos são aqueles comuns à teoria geral do contratos. Não obstante, alguns pontos devem ser destacados.

É importante que o objeto do contrato preliminar seja adequado e possibilite o firmamento do principal. Tal situação não ocorrerá quando o objeto do dito contrato for ilícito ou impossível.

Ao nível do elemento subjetivo é fundamental que as partes, que firmaram o contrato preparatório, tenham capacidade específica para o pacto futuro. Tal raciocínio aplica-se à necessidade da vênia conjugal, quando o contrato futuro tiver por objeto geral um título translativo do domínio de bem imóvel, ou uma daquelas situações em que o consentimento do outro cônjuge é indispensável.

Com relação à forma do contrato preliminar⁵⁸² é importante que se diga que o entendimento doutrinário dominante é que a forma deste não se vincula à do contrato futuro. Assim, nada impede que seja sempre firmado por instrumento particular, ainda que haja a necessidade de ser escrito para possibilitar a

581. Maiores detalhes sobre o tema v. capítulo seguinte no item elementos necessários do contrato principal.

582. Maiores detalhes sobre o tema v. capítulo seguinte item forma especial.

execução específica⁵⁸³.

O artigo 639 especificamente se refere a duas exceções: (a) possibilidade efetiva do cumprimento; (b) ausência de exclusão pelo título.

Ditos requisitos parecem, de certa forma, confusos, porém o primeiro reflete preocupação atinente à teoria geral da possibilidade. A não exclusão é situação do pacto negocial, atinente à vontade das partes. Trata-se de aspecto específico. Logo, conforme adverte NIESS⁵⁸⁴, "a não exclusão pelo título é um requisito que só pode ser considerado se o elemento possibilidade, pressuposto necessário, já tiver sido admitido. Isto porque quando o próprio título (o título considerado de per si) repugna a substitutividade estatal na vontade do devedor, esta é impossível. Ex.: a promessa de casamento".

Por outro lado, aspecto conducente à exclusão pelo título é a presença do direito de arrependimento, situação que torna lícito o inadimplemento, arcando o devedor com as consequências decorrentes da espécie⁵⁸⁵.

583. Um dos poucos que raciocina de forma diversa é AMÍLCAR DE CASTRO. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII, p. 182, pois, assevera dito jurista que, "no caso de compromisso de compra e venda de imóvel, se de valor superior à taxa legal, ou sem outorga uxória: nem a sentença poderá suprir a falta da escritura pública, nem poderá o juiz assinar ao devedor prazo para realizar a venda prometida; o credor só terá direito a perdas e danos". Esclareça, todavia, que com relação ao exemplo da vênua conjugal o magistrado mineiro, já saudoso, tinha razão.

584. Da Sentença Substitutiva.... ob. cit.. p. 25.

585. Sobre o direito de arrependimento o capítulo seguinte será mais detalhado, inclusive em razão das alterações oriundas do CDC e do novo CPC.

f) o art. 640 do CPC⁵⁸⁶: o presente dispositivo analisa os casos em que se trata de negócio jurídico que tenha por objetivo a transferência da propriedade. Seu alcance, porém, não é restrito a negócios deste porte, mas a todo aquele que for alcançado pelo artigo 1092 do Código Civil⁵⁸⁷. É caso evidente de aplicabilidade da exceção material dilatória - *exceptio non adimpleti contractus* - ou teoria da bilateralidade das obrigações.

f.a) contratos translativos de domínio: como se sabe o direito brasileiro adotou o sistema alemão. Assim sendo, o contrato por si só não tem o condão de transferir o domínio, ainda que possa gerar um título translativo⁵⁸⁸. Esta é a função da expres-

586. Art. 640 do CPC: 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 sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.

587. "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer a prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la".

588. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de Direito Civil. Vol. III, p. 129) ao se referir à eficácia translativa da compra e venda é claro: "o primeiro efeito da compra e venda é a transferência do domínio (Código Civil, art. 1122). Mas, como este não se opera pelo contrato, porém pela tradição ou pela transcrição, decorre que é dever primário do vendedor efetuar a tradição da res vendita, entrega esta que se fará, acompanhada a coisa e seus acessórios. Em caso de recusa, tem o comprador, contra aquele, direito a imissão de posse. A entrega deverá fazer-se no tempo e no lugar convençionados, cabendo ao vendedor as despesas da tradição, e ao comprador as do transporte até o seu próprio domicílio, salvo convenção ou uso em contrário. A coisa imóvel não se adquire antes da inscrição do título no Registro, datando, pois, desta os efeitos relativamente à coisa, que até esse momento ainda é propriedade do alienante".

são contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade.

Não obstante, não só os contratos geradores de título translativo de domínio são hábeis para gerar dita transferência de propriedade, mas também aqueles reais que tenham por objeto a entrega de coisa fungível (v.g. o mútuo).

f.b) coisa determinada: coisa determinada é o bem perfeitamente descrito e individualizado no mundo jurídico, tratando-se de coisa infungível, ou seja, aquela que não pode se substituir por outra de mesma espécie, qualidade ou quantidade⁵⁸⁹, quer em razão da sua natureza, da convenção ou do ordenamento jurídico.

f.c) não acolhimento da demanda: não acolher a demanda significa que ela não terá seu mérito apreciado. Indica, destarte, a extinção do processo sem julgamento do mérito, aspecto que possibilita a renovação da demanda quando os requisitos legais já tenham sido cumpridos⁵⁹⁰.

f.d) *exceptio non adimpleti contractus*: a exceção do contrato não cumprido é coerção defensiva exercida por aquele que não é obrigado a cumprir a sua obrigação enquanto a outra parte não cumprir a sua⁵⁹¹. Evidentemente que para haver a reciprocidade

589. V. art. 50 do CC.

590. Neste sentido v. LIMA, Alcides de Mendonça. ob. cit. p. 854. Com idêntica opinião v. THEODORO JR., Humberto. Processo de Execução. p. 228.

591. "Justifica-se a recusa do credor a cumprir, alegando a *exceptio non adimpleti contractus*, porque a sua proteção é o correlativo da contraprestação do devedor, porque as respectivas obrigações estão ligadas entre si por um nexó de causalidade - uma é o motivo determinante da outra - ou de correspectividade. Logo, se o devedor não cumpre, não quer cumprir ou não pode cumprir, ainda que não imputavelmente, o credor pode suspender o cumprimento de sua obrigação, dada a ausência de contrapartida e reciprocidade que liga causalmente a prestação devida e a presta-

das obrigações, tem que se estar diante de um contrato sinalagnático, não havendo sua aplicabilidade aos unilaterais e aos bilaterais imperfeitos⁵⁹². Isto porque nestes as obrigações não guardam qualquer correlação entre si, originando-se de causa independente e eventual⁵⁹³.

É necessária a correlação entre as prestações, ou seja, a de uma parte decorre da outra. Ademais, "não é propriamente o valor de cada prestação que define a equivalência justificadora da exceção *non adimpleti contractus*. 'O que importa - segundo PONTES DE MIRANDA - é que cada um tenha a prestação do

...Continua...

ção creditória. Sendo as obrigações interdependentes, com uma a constituir a causa determinante da outra, o não cumprimento de uma (que não tem de ser necessariamente imputável a dolo ou culpa do devedor) faz desaparecer a sua contrapartida - causa e razão de ser da outra -, o que legitima a *exceptio*, meio de conservação do equilíbrio sinalagnático. Pouco importa, por conseguinte, que o devedor não cumpra a sua obrigação por não querer e estar de má fé ou por não poder em virtude, por exemplo, de se encontrar em estado de impotência económica, porquanto aquilo que legitima a *exceptio non adimpleti contractus* é a ausência de correspondência ou de reciprocidade que está na origem das obrigações (sinalagma genético) e que deve continuar a estar presente no seu cumprimento (sinalagma funcional)" Cf. SILVA, João Calvão da. Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória. p. 330.

592. "Por isso, a exceção de não cumprimento do contrato é exclusiva destes contratos e, dentro destes, exclusiva das obrigações - em regra obrigações principais e essenciais - ligadas por um vínculo de reciprocidade e interdependência, não se aplicando sequer, como sublinhado pela doutrina, aos chamados contratos bilaterais imperfeitos". *Apud in* SILVA, J. C. da. ob. cit. p. 333/4.

593. "A distinção entre os bilaterais imperfeitos e os bilaterais está em que, nestes, as obrigações recíprocas existem desde a origem e são correlatas, enquanto que naqueles a obrigação de um dos contratantes advém ulteriormente e não guarda correspectividade com a do outro, originando-se de causação indepedente e eventual" (PEREIRA, C. M. da S. ob. cit. p. 46).

outro figurante como equivalente à sua⁵⁹⁴.

A possibilidade de invocação da *exceptio* ocorre não só nos casos de incumprimento total, como nos de cumprimento imperfeito⁵⁹⁵, desde que tenha recebido a prestação sob protesto ou reserva⁵⁹⁶.

Não obstante, "o credor poderá ter o direito de não cumprir a obrigação que lhe caberia, sendo inócua, assim, a cláusula *non adimpleti contractus* se ocorrer uma das seguintes hipóteses: a) quando, pela convenção, pela natureza do contrato, ou por virtude de lei, a obrigação do executado deva ser cumprida antes da do exeqüente; b) quando o executado tiver obstado a que o exeqüente cumprisse a sua obrigação; c) quando o crédito do executado se achar extinto por qualquer causa legal"⁵⁹⁷.

Ainda que a obrigação exigida pelo credor seja de fazer juridicamente infungível, a por ele devida pode ser de outra natureza, seja de dar, entregar ou restituir, seja de fazer ou não fazer⁵⁹⁸.

Processualmente argüi-se a *exceptio* como prelimi-

594. THEODORO JR., Humberto. O Contrato e seus Princípios. p. 111.

595. "A exceção apresenta, ainda, outro modalidade, que é a *exceptio nin rite adimpleti contractus*, a qual pode ser alegada quando o outro contratante cumpriu as suas obrigações, mas não nas modalidades ou na forma contratualmente estabelecida" (RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Vol. I, p. 95).

596. Com igual opinião v. SILVA, J. C. da. ob. cit. p. 337. No mesmo sentido v. GOMES, Orlando. Contratos p. 100. Com opinião parcialmente contrária v. RIZZARDO, A. ob. cit. p. 95.

597. Apud in NIESS, Pedro Henrique Távora. Da Sentença Substitutiva... p. 39/40.

598. Sobre o tema v. capítulo V, item V.3.

nar da peça contestatória, não havendo a necessidade de reconvenção⁵⁹⁹.

A prova do cumprimento de sua obrigação, com aplicação do artigo 615, IV do Código de Processo Civil⁶⁰⁰ deve dar-se com o ajuizamento da ação, sob pena de indeferimento da inicial⁶⁰¹.

Por fim, resta uma questão: se não alegada na contestação a *exceptio*, pode o juiz conhecê-la *ex officio*? Ainda que a regra geral seja a aplicação do princípio dispositivo⁶⁰², entre outros casos, quando a matéria disser respeito às condições da ação, nos termos do § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil⁶⁰³, poderá o juiz conhecer de ofício a questão.

Como visto acima, o acolhimento da exceção em comento conduzirá à extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto para o desenvolvimento válido e regular

599. Com igual pensamento v. THEODORO JR., H. ob. cit. p. 116.

600. Ainda que o processo que busca a sentença substitutiva de vontade seja obtida mediante o processo de conhecimento, pela sua evidente eficácia executiva, nada impede a aplicabilidade do dispositivo contido na livro atinente à execução.

601. Com idêntica opinião v. BERMUDEZ, Sergio. Direito Processual Civil - Estudos e Pareceres. p. 147.

602. "O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*" (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO. Teoria Geral do Processo. p. 32.

603. Dispõe o § 3º do art. 267 do CPC: "O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI, todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento".

do processo, especificamente por ausência de interesse de agir.

Nem se argumente que deve ser invocada analogicamente a regra prevista no § 5º do artigo 219 do Código⁶⁰⁴, impeditiva do conhecimento de ofício da prescrição, quando se tratar de direitos patrimoniais, pois dela aqui não se trata. Ademais, a prescrição - preliminar de mérito - extingue o processo com julgamento do mérito, retirando toda a exigibilidade do direito invocado. A prescrição é preliminar peremptória, enquanto que a *exceptio* é meramente dilatória.

Assim, ainda que não alegada pela parte interessada, inclusive com invocação analógica do artigo 615, IV do Código de Processo Civil e expressa dos dispositivos 283 e 284 do mesmo instrumento processual, poderá o juiz determinar a emenda da inicial e, não cumprida a exigência, indeferir a inicial.

f.e) forma de oferecimento da contra-prestação: podem acontecer três hipóteses quando o contrato for bilateral: a) o autor da demanda já cumpriu a sua obrigação; b) a obrigação para ele ainda não é exigível; c) a obrigação, a despeito de exigível juntamente com a do devedor, ainda não foi realizada. Nesta hipótese, sob pena de indeferimento da inicial, o requerente deverá efetivá-la, contemporaneamente ao ajuizamento da ação.

Não há a necessidade de utilização de ação própria, procedimento apartado ou medida cautelar de depósito, visto que a nova realidade processual vigente, aliada às determinações do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, fazem com que os

604. § 5º: "Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício conhecer da prescrição e decretá-la de imediato".

procedimentos sejam mais simples, visto que o objetivo básico é a tutela efetiva do direito material violado. Assim, o cumprimento da contra-prestação pode-se dar mediante termo nos autos.

Sendo a obrigação a ser cumprida de fazer ou não fazer, há que se comprovar a ação (fazer) ou a omissão (não fazer) que lhe competia. Evidentemente que a prova negativa dar-se-á por mera afirmação do autor, salvo se possível a comprovação de outra forma.

f.f) **sustação da eficácia da decisão:** o ordenamento vigente não mais contém regra semelhante àquela contida no § 1º do artigo 1006 do Código de Processo Civil de 1939⁶⁰⁵. Diante disso, não tem qualquer aplicabilidade ao ordenamento atual a lição de PONTES DE MIRANDA⁶⁰⁶, equivocadamente endossada por AMÍLCAR DE CASTRO⁶⁰⁷.

Isto é facilmente explicável face à regra explícita que continha a legislação revogada, não reproduzida no código atual. Ademais, nessa hipótese ter-se-ia sentença condicional, o que é vedado pelo artigo 460, parágrafo único do Código de Pro-

605. § 1º: "Os efeitos da declaração de vontade que dependa do cumprimento de contraprestação ficarão em suspenso até o cumprimento desta".

606. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo XIV, 1961, p. 51: "se a entrega da prestação jurisdicional de declaração de vontade depende de cumprimento de contraprestação - portanto, se essa tem de ser entregue antes ou simultaneamente - suspensa é aquela até que se cumpra essa. (...) Isto é: não se expedirá a cópia executiva antes de provar o credor que executou a contra-prestação ou que o devedor está em mora de receber".

607. Comentários ao Código de Processo Civil. p. 182: "vale dizer: os efeitos da declaração de vontade do devedor, que dependa do cumprimento da contraprestação do credor, ficarão sem efeito até que este se desobrigue".

cesso Civil^{608 609}.

Frise-se, ainda que essa regra condicional não tem nenhum destaque, mesmo nas hipóteses de inexigibilidade da obrigação no momento do ajuizamento da ação, pois se assim era é porque foi convencionado que a outra parte deveria cumprir a dele primeiro. Assim, mesmo que supostamente exigível (v.g. se havia data certa para o seu implemento, ainda que posterior ao da outra parte) ela não terá nenhum alcance no sentido de condicionar a eficácia da sentença. O efeito da decisão acontece, sem qualquer condicionante, após o seu trânsito em julgado.

g) o art. 641 do CPC⁶¹⁰: o efeito que se busca com a decisão judicial ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença, independentemente de qualquer medida a ser tomada pelos interessados. A prova, perante terceiros, será realizada mediante a expedição de carta de sentença. Não há, destarte, que se conceder prazo ao devedor para o cumprimento, pois, efetivamente, não se trata de condenação, ainda que, equivocadamente, tenha o legislador utili-

608. "A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional".

609. Conforme anota NEGRÃO, T. Código de Processo Civil... 26ª Ed., p. 344, nota "21" ao art. 460: "nula é a sentença que julga a ação procedente, condicionada esta procedência ao preenchimento de determinados requisitos legais pelo autor (RT 472/150). Neste sentido: JTA 37/177; TFR-6ª Turma, AC 105.421-AL, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 24.11.86, anularam a sentença, v.u., DJU 18.12.86, p. 25.234, 2ª col., em.".

610. Art. 641 do CPC: Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

zado tal expressão⁶¹¹.

A natureza jurídica da sentença é executiva, cuja eficácia é *ex munc*⁶¹².

Não obstante, ainda que substitua a sentença a negócio jurídico, que deveria ser firmado, não substitui alguns efeitos do contrato, como a entrega da coisa. Assim, para que obtenha a posse do bem o interessado deverá fazer pedido cumulativo, de imissão ou reintegração na posse, conforme o caso⁶¹³.

Como a eficácia da decisão depende do trânsito em julgado, não há que se falar em execução provisória⁶¹⁴.

611. "Na realidade o devedor não é condenado a emitir a declaração de vontade, porque a sua recusa, que persistiu até a sentença, presume-se, persistirá após ela, não tendo o legislador a ingenuidade de dar prazo ao devedor para que ganhe tempo, se a final a sentença, com o trânsito em julgado, produzirá os efeitos que a declaração emitida produziria. Não se justificaria este prazo, porque o fim seria obrigatoriamente o mesmo. O que se deve entender, pois, é que, reconhecido o direito e atendido o pedido do credor, o juiz, considerando o devedor condenado a emitir a declaração de vontade, e então a sentença produz aqueles mesmos efeitos que a declaração produziria se tivesse sido emitida" (NIESS, P. H. T. Da Sentença... p. 40/1).

612. Maiores detalhes sobre o tema v. capítulo XI.

613. Em breve síntese, será imissão na posse se o credor nunca teve a posse do bem e de reintegração se já foi possuidor dele.

614. Em igual sentido é a opinião de CASTRO, Amílcar de. ob. cit. p. 183.

IX. REQUISITOS LEGAIS PARA A TUTELA ESPECÍFICA

XI.1. Principais Aspectos de Relevância: a) Inadimplemento; b) Espontaneidade do Ato; c) Registro; d) Vênia Conjugal. e) Elementos Necessários do Contrato Principal; f) Existência de Direito de Arrependimento (exclusão pelo título); g) Forma Especial. **XI.2. Requisitos Legais para a Tutela Específica.**

IX.1. Principais Aspectos de Relevância

A análise que se fará em seguida, conduzirá para o seguinte objetivo: quais são os requisitos legais para que a convenção inadimplida possa dar azo à execução específica, abordada na presente monografia? Assim, selecionou-se alguns tópicos de relevância, visando concluir-se acerca da sua necessidade ou não para propiciar a referida tutela⁶¹⁵.

a) **inadimplemento:** o ato de descumprir um dever obrigacional, sempre, deverá estar presente em toda tutela substitutiva, pois é ele a força motriz, geradora do direito material violado.

Não basta, porém, a pura e simples ocorrência do inadimplemento, pois necessita ser ele imputável ao devedor, bem como estar acompanhado dos requisitos legais para gerar eficácia

615. Lembre-se que a abordagem que se seguirá não afasta aquela já realizada por ocasião do capítulo VII, ou seja, dos limites naturais e políticos da atuação jurisdicional executiva. Nesta análise foi verificado, inclusive, o alcance desses limites para o tema em comento. Ademais, é óbvio enfatizar que a tutela específica jamais poderá ser concedida quando, no caso concreto, houver impedimento legal.

responsabilizante⁶¹⁶.

Entre ditos aspectos, destaca-se o elemento subjetivo, ou seja, a mora⁶¹⁷.

É fundamental para o conhecimento da demanda que referido elemento subjetivo seja cabalmente comprovado. Para tanto, a regra aplicável é a do artigo 960 do Código Civil, ou seja, *dies interpellat pro homine*. Porém, não havendo prazo assinado para o cumprimento da prazo, é imprescindível a constituição em mora, que deve ser feita através de notificação premonitória dirigida ao devedor, via judicial ou por cartório de títulos e documentos, concedendo prazo a ele para cumprir a obrigação, sob pena da execução específica da obrigação. O prazo para o cumprimento não poderá ser inferior a 15 (quinze) dias, mediante aplicação analógica do artigo 1º do DL 745/69⁶¹⁸ ao caso em comento e seu conteúdo deve ser de tal modo claro que o devedor não tenha nenhuma dificuldade nos atos que deve praticar para, querendo, cumprir o dever inadimplido.

Lembre-se, outrossim, que o inadimplemento não conduzirá à tutela específica, quando for caso de aplicação da teoria da bilateralidade das obrigações, prevista no artigo 1092 do Código Civil, ensejadora da *exceptio non adimpleti contrac-*

616. Ditos requisitos foram referidos por ocasião do capítulo VI, item VI.3.

617. Sobre o inadimplemento e a mora v. item VI.2 deste trabalho.

618. Art. 1º: "Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto lei n. 58, de 10 de Dezembro de 1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação judicial, ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com quinze (15) dias de antecedência".

tus⁶¹⁹.

Acrescente-se, ainda, que a execução específica somente é possível se a prestação ainda interessar ao credor e se, ainda, for possível. Isto porque "o direito de pedir o cumprimento só pode estar previsto para a situação de mora ou não cumprimento parcial e nunca para a situação de definitivo incumprimento"⁶²⁰.

b) espontaneidade do ato: existem negócios jurídicos que, quando celebrados, vinculam as partes, pessoalmente, de tal modo que, se entre elas não houver uma perfeita harmonia, impossível será a convivência. São as hipóteses em que se exige uma afeição mútua.

Assim, nestes casos não basta a manifestação volitiva anteriormente realizada através de um preliminar, pois estes vínculos pessoais harmônicos devem continuar presentes quando da elaboração do definitivo, bem como durante toda a relação negoci-
al.

São exemplos desta situação o contrato de sociedade de pessoas e o casamento. Ambos, ainda que possíveis de preliminar, não admitem uma convenção por determinação judicial, quando no momento da celebração a afeição mútua não mais persiste.

Destarte, nestas situações, a atividade coativa é incompatível com a natureza do negócio a ser firmado.

619. Sobre o tema v. a análise do art. 640 do CPC no capítulo anterior.

620. PRATA, Ana. Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual. p. 507. Sobre o não cumprimento em caráter definitivo v. COSTA, M. J. A. Direito das Obrigações. pp. 736/739.

c) registro: a necessidade do registro do negócio jurídico no local competente não é requisito para a tutela substitutiva da vontade prevista no âmbito dos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil, por se tratar de demanda obrigacional, geradora de efeitos somente entre as partes. Tal ato somente é exigido para a chamada ação de adjudicação compulsória⁶²¹. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de dispensar o registro para ambas as demandas.

THEOTÔNIO NEGRÃO⁶²², ao anotar o artigo 16 do DL 58/37 deixa claro tal situação⁶²³.

d) vênia conjugal: ainda que a demanda prevista nos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil, seja uma ação pessoal, pode gerar um negócio jurídico definitivo, que se enquadre entre aqueles que exige para sua validade a vênia conjugal, ou seja, a autorização do outro cônjuge⁶²⁴.

Os principais atos que a exigem são os seguintes:

a) alienar, hipotecar ou gravar de ônus real ou bens imó-

621. Sobre o tema v. item VII.2.b), especialmente acerca das diferenças existentes entre a adjudicação compulsória e a executiva de obrigação de fazer.

622. Ob. cit. 26ª Ed., p. 815.

623. Efetivamente, "a adjudicação compulsória independe de inscrição do compromisso de compra e venda no registro imobiliário" (RSTJ 32/309). Neste sentido: RSTJ 3/1043, 25/465, 29/356, 42/407, STJ 205/61. Deixa claro, outrossim, que o mesmo raciocínio se aplica à ação do art. 639 do CPC: RSTJ 28/419; RTJ 88/908, RT 591/94, 617/82, 619/100, 630/113, RJTJESP 96/60, 103/77, 107/49, 110/68, JTA 104/57, 143/32. Em sentido contrário: RTJ 90/348, 98/1125, 113/919, 114/844, 117/384; RT 628/110, RT 578/203, RJTJESP 144/32.

624. A vênia ou outorga será uxória se for exigida da mulher e marital se couber ao marido.

veis, ou direitos reais sobre imóveis alheios (art. 235, I, CC);

b) pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos (art. 235, II, CC);

c) prestar fiança (art. 235, III, CC);

d) fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns (art. 235, IV, CC);

e) realização de compromissos de compra e venda de imóvel loteado, na qualidade de vendedor (art. 11, § 2º do DL 58/37), bem como nos loteamentos urbanos (art. 18, VII e § 3º da Lei nº 6766/79)⁶²⁵.

Assim, se no contrato preliminar não houver a intervenção de ambos os cônjuges, destinando o definitivo à prática de um ato que dependa da vênua conjugal, inviável será a tutela específica⁶²⁶, ainda que a demanda seja movida em face de ambos os cônjuges, visto que um deles não se obrigou convencionalmente⁶²⁷.

Lembre-se, outrossim, que a recusa do cônjuge que não firmou o contrato preliminar não pode ser suprida pelo juiz,

625. Sobre os direitos e deveres do marido e da mulher com relação à vênua conjugal v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V, pp. 104/112.

626. É a mesma situação que *mutatis mutandis* ocorre nas situações de resguardo da meação de um dos cônjuges quando o outro é executado. Sobre o tema v., por todos, MALACHINI, E. R. Impenhorabilidade da Meação do Cônjuge não Devedor.

627. Frise-se, porém, que não é requisito de validade do contrato preliminar a participação de ambos os cônjuges, pois a participação de um deles gera a promessa de fato de terceiro. Logo, recusando este terceiro ao cumprimento da obrigação, resolve-se em perdas e danos. Neste sentido v. RT 502/161.

como acontece em situações outras⁶²⁸.

Acrescente-se que estas observações acerca da outorga conjugal atingem, igualmente, as hipóteses de promessa de fato de terceiro. Não cumprindo o terceiro a obrigação, impossível será a tutela específica, pois ele não foi parte no negócio jurídico em questão.

Não se aplica a necessidade de intervenção do cônjuge quando a convenção inadimplida foi firmada quando solteiro e, na época da obtenção da sentença substitutiva, já se encontra casado⁶²⁹. Dito contrato será válido e, independentemente da participação do outro cônjuge, poderá gerar a tutela substitutiva⁶³⁰.

e) elementos necessários do contrato principal⁶³¹: efetivamente para que o contrato principal possa ser substituído pela decisão proferida pelo Poder Judiciário, é necessário que as partes já tenham convencionado a respeito de todos os elementos essenciais do contrato principal, bem como sobre os secundários que não puderem ser supridos pela norma legal. A inexistência desses elementos conduzirá à impossibilidade da tutela substitutiva,

628. Estas outras situações são lembradas por SCHMIDT DA SILVA, Agathe Elsa. Compromisso de Compra e Venda no Direito Brasileiro. p. 87: "em caso de haver recusa injustificada ou quando for impossível obter a assinatura do cônjuge (se, ad exemplum, existir separação de fato e o cônjuge se encontrar em lugar ignorado, ou achar-se impossibilitado juridicamente de declarar sua vontade), pode esta ser suprida pelo juiz".

629. Sobre o tema v. MARMITT, A. Adjudicação... pp. 169/170.

630. Sobre a intervenção conjugal no procedimento adjudicatório v. MARMITT, A. Adjudicação... pp. 165/176.

631. Sobre o tema v. item VIII.2.e.d).

pois o juiz não tem o poder de contratar pelas partes, mas, tão-somente, de fazer efetivo o dever inadimplido.

Não obstante, esta necessidade não envolve as hipóteses em que o contrato principal se enquadra entre os ditos regulamentados⁶³². "Tais contratos, muito presentes no contexto de uma sociedade de produção e consumo de massa, e desde que tenham ensejado a ocorrência de pré-contrato, podem vir a dispensar a estipulação convencional quanto ao conteúdo do contrato principal, na medida em que tal determinação decorre da própria lei. Essa constatação deve, em matéria de relação de consumo, ser conjugada à regra contida no artigo 48 da Lei nº 8.038/90 (Código do Consumidor)⁶³³.

f) existência de direito de arrependimento (exclusão pelo título): o direito de arrependimento e a exclusão convencional à possibilidade da execução específica são as hipóteses que merecem exame, a fim de ser respondida a questão fundamental deste tópico: se preliminares com tais disposições propiciam ou não a execução específica.

O primeiro ponto que se põe é o seguinte: é válida cláusula contratual que exclui a possibilidade de execução específica do contrato preliminar?

632. "Contratos ou pactos normativos, que se caracterizam pela definição imperativa de uma disciplina uniforme, geral e abstrata, a que deve submeter-se a contratação individual celebrada no seu âmbito. Não se destinam, portanto, a uma directa regulamentação de relações concretas entre os contraentes, antes a servir de paradigma cogente para futuros acordos que venham a realizar-se" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. p. 186).

633. YARSHELL, Flávio. Tutela Jurisdicional Específica... p. 116.

O legislador português previu expressamente a possibilidade das partes subtraírem os efeitos da execução específica mediante convenção, em fuga à regra prevista no artigo 809 do seu Código Civil⁶³⁴, por disposição contida no n.º 1 do artigo 830⁶³⁵. Referida regra, porém, ainda que originária do Código Civil de 1966, foi alterada e excluída pelo DL 236/80. Porém, em decorrência de nova modificação legislativa (DL 379/86), restaurou-se a possibilidade de convenção em contrário⁶³⁶.

634. Dispõe referido dispositivo legal que "é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800". Dita regra legal diz respeito à responsabilidade pessoal do devedor pelos atos de seus prepostos auxiliares ou representantes legais. Permite assim, mediante exclusão convencional, a existência de dita responsabilidade: "a responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública".

635. Maiores detalhes sobre o direito português v. item VII.2.c.3).

636. ANTUNES VARELA (Sobre o Contrato-Promessa p. 130), em comentários às alterações trazidas pelo DL 379/86, deixa tal situação clara: "de grande relevo se podem também considerar as alterações devidas ao Decreto-Lei n.º 379/86 na área da execução específica do contrato-promessa.

A primeira delas é o regresso ao carácter supletivo do recurso à execução específica (*the specif performance*) na generalidade dos contratos-promessa.

A ressalva da convenção em contrário (à execução específica) voltou ao seio da disposição legal (art. 830.º, n.º 1) que no direito português entronizou essa providência revolucionária. E ao lado dela se manteve a excepção fundada na natureza da obrigação assumida (intrinsecamente refractária à substituição da declaração negocial do faltoso pelo *diktat* da sentença judicial)". Sobre ditas alterações legislativas v., também, CORDEIRO, António Menezes. Estudos de Direito Civil. Vol. 1, pp. 09/94.

Sobre a renúncia ao direito a pedir a execução específica, em trabalho escrito sob a vigência do DL 236/80, v., por todos, PRATA, Ana. Cláusulas de exclusão. pp. 601/614.

No direito pátrio, se já haviam dúvidas acerca de tal possibilidade, após a vigência do Código do Consumidor, a questão ficou, ainda, mais complexa.

Na verdade, ainda que possam haver conflitos acerca do respeito ao princípio da autonomia da vontade, o fato é que a renúncia, a exclusão convencional do direito à execução específica e o direito de arrependimento do fornecedor, não se coadunam com o sistema de proteção ao consumidor.

As regras que identificam tal proibição são os artigos 48, 51, I e § 1º, II da Lei 8078/90⁶³⁷, decorrentes da proteção contratual fornecida ao consumidor, mormente pela proibição de utilizar o fornecedor de cláusulas abusivas⁶³⁸ nos termos contratuais, regras que atingem a todos, ainda que não consumidores,

637. Art. 48: "As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e §§".

Art. 51: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

§ 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual".

638. Sobre cláusulas abusivas no sistema consumerista, v., entre outros, AGUIAR JR., Ruy Rosado. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor e DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Cláusulas Abusivas: a Opção Brasileira.

em face do artigo 29 do código de consumo⁶³⁹.

Ademais, a relação de consumo propriamente dita⁶⁴⁰ é protegida por normas de ordem pública, fato que impede a válida disposição das regras lá preconizadas⁶⁴¹.

Frise-se, ainda, que o direito a obter a própria prestação prometida é princípio moderno que sobrepuja às perdas e danos, alcançado depois de diversas resistências opostas pelos mais conservadores. Como lembra ANA PRATA⁶⁴² tal conquista "teve como motivação determinante o reconhecimento da necessidade de conferir ao credor um instrumento de tutela do seu interesse, cuja eficácia funcional seja tão aproximada quanto possível à do próprio cumprimento".

Ainda que seja recíproca a disposição dos direitos com relação à execução específica, essa cláusula deve ser considerada como nula de pleno direito, pois seria o mesmo que criar um legítimo direito ao devedor de não cumprir, aspecto que afeta

639. AMARAL JR., Alberto. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. p. 195, ao comentar o art. 51 do CDC é enfático: "o objetivo deste inciso foi proibir a inclusão de cláusulas de não indenizar nos contratos concernentes às relações de consumo. (...) São também proibidas as cláusulas pelas quais o consumidor renuncie ou pratique qualquer ato de disposição dos direitos que lhe são assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor".

640. É importante rememorar que o presente trabalho diferencia entre as relações de consumo e aquelas, ainda que não sejam tidas como tais, são atingidas por suas regras a teor do art. 29 do CDC. Esta monografia defende a aplicação deste último dispositivo legal a todos os contratos, ainda que paritários.

641. Neste sentido v. FILOMENO, José Geraldo Brito. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 24; MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no... p. 170 e ALVIM, Arruda. Código do Consumidor Comentado. 2ª Ed., p. 16.

642. Cláusulas de Exclusão... p. 603.

a boa-fé como princípio fundamental do ordenamento jurídico.

Acrescente-se, por outro lado, que a renúncia não pode ser efetivada antes que o direito integre o patrimônio do renunciante⁶⁴³.

Não bastassem todos estes argumentos, o § 1º do artigo 84 da legislação de consumo estabelece que "a conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica", regra esta repetido pelo § 1º do artigo 461 do Código de Processo Civil, fato que deixa claro que o autor, necessariamente, tem que ter a opção entre a tutela substitutiva ou o equivalente monetário. Esta opção é exercida no momento de fazer valer o seu direito à tutela jurisdicional, nunca antes.

Não se pode questionar acerca da aplicabilidade do disposto no artigo 461 às regras de tutela específica previstas nos artigos 639 a 641, todos do Código de Processo Civil. Isto porque o legislador, sensível à nova realidade social, tencionou propiciar ao particular, meios adequados para defesa dos seus interesses. Assim, ditas regras inovadoras têm aplicabilidade quer ao processo de conhecimento, quer ao cautelar, quer ao de execu-

643. "En rigor, ninguna de las partes que celebran un contrato pueden renunciar a nada en ninguna de sus cláusulas, ya que, como el contrato exige para su perfeccionamiento la aceptación de la parte contraria, siempre se trataría de una renuncia o remisión aceptada, o sea que sería un pacto, dentro del contrato, de dejación de un derecho, pero no un acto unilateral de abandono de éste. No obstante, es posible adoptar en una cláusula de un contrato un compromiso de renunciar cuando llegue el caso o el momento. Esto hace que sea objeto del pacto contraído una obligación de hacer, que es renunciar". VELASCO, J. I. Cano Martínez de. La Renuncia a los Derechos. p. 245.

ção⁶⁴⁴ e mencionados dispositivos devem merecer uma interpretação sistemática, a fim de melhor servirem à real razão de existência do processo, qual seja, tornar efetivo o direito material violado.

Diante disso, o intérprete não pode se deter em preciosismos que, com certeza, só terão um condão, o de afastar a aplicação do direito material no caso concreto⁶⁴⁵.

Assim, não deve haver dúvidas de que "a efetividade da tutela jurisdicional depende muito da sensibilidade do jurista, principalmente do estudioso do direito processual, que deve criar soluções visando a tornar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado. O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isto somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência. O processo desenvolve-se sob várias formas, mas deve adequar-se à sua finalidade precípua, a tutela de uma situação concreta"⁶⁴⁶.

644. Com idêntico pensar v. DINAMARCO, C. R. A Reforma do Código de Processo Civil. p. 152.

645. BEDAQUE (Direito e Processo... p. 37) em sua tese de doutoramento, deixa evidente o novo papel do processo: "a tutela jurisdicional será tão mais efetiva quanto mais se aproximar da solução espontânea do conflito. Aquele que tem direito à tutela jurisdicional deve receber exatamente aquilo que receberia se houvesse acatamento voluntário da regra material".

646. BEDAQUE, J. R. dos S. ob. cit. pp. 29 e 55.

Assim, convenções inseridas no preliminar que excluam a tutela específica, seja mediante renúncia, seja em decorrência de exclusão pelo título, são nulas de pleno direito e não podem servir de óbice à tutela substitutiva.

No que concerne ao direito de arrependimento a questão não é tão absoluta, pois existem institutos jurídicos cuja razão de existência é a possibilidade de concessão à parte do direito de se arrepender do convencionado, como é o caso das arras penitenciais. Não obstante, sua possibilidade jurídica deverá ser por demais limitada pelo intérprete.

Inicialmente, frise-se que o direito de arrependimento não se presume, sendo a regra a irretratabilidade da convenção⁶⁴⁷. Destarte, a primeira regra que deve se impor visando admiti-lo é condicionar sua existência jurídica às hipóteses previstas em lei⁶⁴⁸. Logo, a exclusão pelo título, referida no artigo 639 seria mera opção das partes em face de faculdade expressamente prevista em lei.

Dentre as hipóteses previstas em lei, asseguradoras do direito de arrependimento, somente três resistem ao sistema de proteção do consumidor, bem como à realidade contratual

647. "Se não houver cláusula de arrependimento, ou se houver, por superfetação, cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, que deixa o contrato na mesma situação jurídica, a promessa somente poderá ser desconstituída, rescindida, se houver inadimplemento, ou sem inadimplemento, por mútuo acordo, que é o distrato". MOURA, Mário Aguiar. Promessa de Compra e Venda. p. 205.

648. O CC faz referência ao direito de arrependimento e/ou à retratação nos arts. 1514 (promessa de recompensa); 1085 e 1081, IV (proposta); 1088 (contrato preliminar) e 1095 (arras penitenciais).

vigente. São as arras penitenciais, a convenção que dependa de instrumento público para sua validade⁶⁴⁹ e a promessa de recompensa⁶⁵⁰.

A regra do artigo 1088 do Código Civil está excluída do sistema jurídico pátrio nos casos em que lei especial já estabeleceu a inviabilidade do arrependimento, bem como naquelas hipóteses em que o negócio jurídico é realizado com profissional, como v.g. uma construtora⁶⁵¹.

Assim, nas promessas desta ordem, é lícito às partes convencionarem o direito de arrependimento.

Acrescente-se, ainda, que em qualquer hipótese o arrependimento não poderá ser exercitado após o início da execução do convencionado⁶⁵².

Iniciada a execução é impossível o arrependimento, perfeitamente viável será a execução específica.

649. V. art. 134 do CC.

650. A primeira e a terceira hipóteses serão melhor analisadas no capítulo X.

651. Frise-se que a possibilidade de dito dispositivo deverá ser analisada caso-a-caso, em face das regras de proteção ao consumidor.

652. Esta é a lição de MOURA, M. A. Promessa de... p. 209/210 que, *mutatis mutandis*, é perfeitamente aplicável ao caso em comento: "a cláusula de arrependimento deve ser encarada sempre como tendo caráter temporário. Há de ter eficácia durante o espaço que medeia entre a formação da promessa de compra e venda e o tempo *ad quem* para o cumprimento do início de execução do contrato. Deve ser vista como período de espera no qual qualquer das partes avalia a conveniência de usar do direito ou optar pela execução do prometido. Se a despeito do pacto de arrependimento, uma delas inicia a execução, no caso principalmente o promissário comprador que passa a pagar parcelas do preço ou o preço todo, e a outra parte aceita, entende-se ter ocorrido renúncia ao direito de arrepender-se".

Diante disso, como visto, só excepcionalmente a exclusão pelo título expressa no termo negocial impedirá a tutela específica.

g) **Forma Especial:** excluída a forma verbal, que impede a tutela específica, o contrato preliminar não necessita ter a mesma forma do definitivo, ao contrário do direito italiano⁶⁵³, onde esse requisito é exigido, sob pena de nulidade. Assim, se o definitivo demanda instrumento público, não há necessidade do preliminar ser por dita forma.

Em face desta regra, privilegiadora da instrumentalidade das formas, exclui-se, igualmente, como requisito formal obrigatória, estar o pré-contrato subscrito por duas testemunhas. Essa orientação liberal decorre da necessidade de efetividade do direito, bem como de se evitar que, com esta omissão, o consumidor não possa obter sentença substitutiva da obrigação. Ademais, ainda que ausentes as testemunhas instrumentais, "tal documento faz prova contra quem o assina, sobretudo quando não se antevê prejuízo a terceiros, nem falsidade da assinatura"⁶⁵⁴.

Lembre-se que, ressalvada as regras de proteção ao consumidor, que concedem uma maior liberdade de forma⁶⁵⁵, o contrato-promessa necessitará ser elaborado por escrito, não gerando

653. Sobre o tema v. item VII.2.c.4).

654. Apud in MARMITT, A. ob. cit. p. 99. Não obstante, se a intenção for utilizar o contrato como título executivo, para fim outro que não o da obtenção da tutela substitutiva, a presença das testemunhas é requisito inafastável, em face do que dispõe o artigo 585, II do CPC.

655. V. a respeito arts. 30, 35, I e 48 do CDC. Acrescente-se, outrossim, que tais regras, apesar de propiciarem a tutela específica, podem não gerar a tutela negocial substitutiva.

a tutela específica o contrato verbal.

Observe-se que não se considera como contrato verbal a realização de convenção firmada e provada através de recibos, desde que neles conste todos os elementos necessários do contrato definitivo, entre as quais se destacam as condições do preço, o objeto. Ou seja, se as condições mínimas exigidas para possibilitar a tutela substitutiva estiverem presentes no recibo, vale este como contrato⁶⁵⁶

XI.2. Requisitos Legais para a Tutela Específica

Assim, sem se excluir o que já foi dito em outros pontos deste trabalho, pode-se elencar alguns requisitos básicos e essenciais para que o negócio jurídico preparatório possa propiciar a tutela substitutiva da vontade:

a) lei: a inviabilidade da tutela substitutiva da vontade não pode estar prevista no ordenamento jurídico;

b) inadimplemento: é necessário a sua ocorrência, acompanhado do elemento subjetivo culpa, bem como da comprovação de já ter o interessado cumprido a sua obrigação, desde que já exigível;

656. MARMITT, Arnaldo. Adjudicação... p. 105, possui opinião semelhante. Dito autor aduz que "nada impede que a transação seja fundada em contrato verbal, comprovado por recibos especificados minuciosamente. Se a obrigação de fazer, de transmitir o domínio de imóvel, refletir a vontade inequívoca, como a disposição de vender e de comprar o bem, consistente em recibos assinados pelo vendedor onde se identifique o objeto, pago o preço respectivo, satisfeitas as demais formalidades legais, possível se torna substituir a escritura definitiva por sentença judicial, com idêntico valor. Dispensável, *in casu*, o contrato instrumentalizado, desde que ausente qualquer elemento impeditivo da transmissão definitiva, como a faculdade de arrependimento ou a falta de quitação do preço".

c) espontaneidade: o ato a ser exigido o suprimento judicial não pode se enquadrar entre aqueles que possui a espontaneidade como elemento, como ocorre no casamento;

d) efeito exclusivo entre as partes: estando o contrato definitivo enquadrado dentre as hipóteses do artigo 235 do Código Civil, sendo casada a parte que inadimpliu a convenção, é fundamental a intervenção de seu cônjuge no contrato preliminar. Ademais, a parte que não participou do contrato, ressalvadas as hipóteses legais, não pode sofrer a incidência da tutela específica;

e) elementos necessários: o contrato preparatório necessariamente tem que possuir todos os elementos essenciais do contrato definitivo, bem como os acessórios que não possam ser supridos pela lei;

f) exclusão pelo título inviável: não pode o contrato preliminar se enquadrar nas raras hipóteses em que a exclusão pelo título inviabiliza a execução específica;

g) limites naturais e políticos: os lindes naturais e políticos não a podem inviabilizar.

Cumpridos os requisitos retro referidos, a tutela específica será viável.

X. CASUÍSMOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS⁶⁵⁷

X.1) Contratos Gratuitos (Empréstimo e Doação); X.2. Casamento. X.3. Obrigado Como Ente de Direito Público. X.4. Obrigações de Natureza Cambial. X.5. Compromisso de Compra e Venda. X.6. Ações de Preferência: a) Locação e Ação Renovatória; b) Condomínio; c) Locação de Coisa Comum; d) Aquisição de Imóvel Arrendado; e) Preempção. X.7. Acordo de Acionistas. X.8. Obtenção de Quitação. X.9. Liberação, Exoneração e Preservação do Benefício de Ordem na Fiança. X.10. Impossibilidade na Emissão da Declaração de Vontade. X.11. Declaração Unilateral de Vontade. X.12. Hipótese de Transferência de Imóvel Hipotecado. X.13. Efeitos Causa Mortis. X.14. Falência e Concordata. X.15. Arras e Sinal de Negócio. X.16. Suprimento de Consentimento. X.17. Promessa de Cessão da Posição Contratual. X.18. Contratos de Sociedade. X.19. Legislação Antitruste. X.20. Promessa de Depósito. X.21. Promessa de Trabalho. X.22. Promessa de Partilha. X.23. Promessa de Permuta e de Dação em Pagamento.

X.1) Contratos Gratuitos

s657. É evidente que o objetivo do presente capítulo não é traçar uma abordagem profunda de cada situação referendada, mas, tão-somente, fazer uma breve referência acerca da possibilidade ou não da tutela específica e qual o efeito legal de dita situação. Preferiu-se sacrificar o aprofundamento vertical a não fazer qualquer referência ao tema, aspecto que certamente geraria uma omissão imperdoável ao presente trabalho.

Por outro lado, nem todos os casos de tutela específica foram abordados, quer por sua pequena relevância prática atual (situações concernentes à enfiteuse), quer por decorrerem da norma legal e não de um negócio jurídico (suprimento de assentamento) ou ainda por já terem tido referência durante o texto (obrigação natural e negócio jurídico verbal), quer pela impossibilidade de se abordar todas as questões que se somente o caso concreto poderá vislumbrar. Ora, como lembra YARSHELL, F. L. ob. cit. p. 132/3, referindo-se aos casos possíveis de tutela específica, "a doutrina a situa como cabente em casos de recusa ou impossibilidade de ser emitida declaração de vontade que veicule consentimento legalmente exigido para a prática de determinado ato, tendo o julgador de investigar com cuidado as causas determinantes da recusa da pessoa obrigada antes de decidir. Essa parece ser a única regra geral que pode ser formulada a propósito da matéria, dado que a considerável multiplicidade de hipóteses existentes no ordenamento pátrio, em que se coloca a questão, impede o exame pormenorizado de cada uma delas".

Contratos gratuitos ou benéficos são aqueles em que somente uma das partes suporta o encargo e a outra é que auferir as vantagens. Os contratos de tal espécie são unilaterais, pelo fato de não gerar obrigações para ambas as partes.

Não obstante, ditos contratos podem ser modais ou com encargo, enquadrando-se entre aqueles que geram para a parte que se beneficia da vantagem contratual ou ônus que, não obstante, é desproporcional ao benefício auferido. Referidos contratos passam, então, a ser chamados de bilaterais imperfeitos.

Exemplos de contratos gratuitos são a doação e o empréstimo. A questão é saber se podem eles dar azo à tutela específica. Ainda que não traduza opinião unânime a respeito, a resposta é positiva.

Ora, como sempre enfatizou CHIOVENDA⁶⁵⁸, "as partes não estipulam contratos pelo prazer de permutar declarações de vontade, mas em vista de certas finalidades, para cuja consecução estabelecem relação entre si". Aliado a esta situação, que a vontade exteriorizada, se válida, tem que ser respeitada e tornada efetiva, existe um outro aspecto, atinente ao princípio da boa-fé: a confiança depositada pela parte que recebeu a exteriorização volitiva alheia. O direito não pode compactuar com decisões imaturas e inseguras. Vale aqui aquele ditado popular: a pessoa não é obrigada a prometer, mas se prometeu tem que cumprir.

Não pode, por outro lado, servir como argumento

658. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 1, p. 205/6.

ensejador do impedimento da tutela em comento, o fato do contrato ser gratuito, logo tratar-se de uma liberalidade e, ser imoral obrigá-la a cumprir o ato declarado. Ou o ordenamento jurídico opta pela moral ou pelo respeito às declarações de vontade, pela confiança no trato negocial.

Assim, não há que se falar no fato de que a doação⁶⁵⁹ tem que ser espontânea e que o *animus donandi* tem que estar presente no momento do contrato definitivo, pois este mesmo argumento poria por terra todas as conquistas do setor. O Direito respeita a vontade externada, pois no princípio da liberdade contratual não se enquadra a possibilidade de desonra do querer manifestado.

O empréstimo e o mútuo (não feneratício), encontraram outro obstáculo pela doutrina estrangeira⁶⁶⁰, qual seja a impossibilidade do suprimento judicial atingir a entrega do bem prometido, visto tratar-se de contrato real. A questão resolve-se com pedido cumulativo visando, neste caso, a imissão na posse do bem, fungível ou infungível. O mesmo raciocínio, com maior razão por se tratar de contrato oneroso, alcança o mútuo feneratício.

659. Sobre a doação como meio de tutela específica e as limitações encontradas pela doutrina a respeito v., entre outros, VIDIGAL, L. E. B. Da Execução Direta... p. 181; PEREIRA, C. M. S. Instituições... Vol. III, pp. 177/8; YARSHEL, F. L. Tutela Jurisdicional... p. 118; AZEVEDO JR., José Osório. Compromisso de Compra e Venda. pp. 219/226; COSTA, Giuseppe da. Origem e Evolução dos Contratos Preliminares. p. 29/30; PEDRASSI, Cláudio Augusto. Contrato Preliminar: Inadimplemento da Obrigação de Contratar... p. 96.

Lembre-se, ainda, que tanto o direito alemão como o português admitem a promessa de doação.

660. Sobre o tema v. análise dos direitos português e italiano, no capítulo VII.

X.2. Casamento

Por faltar o requisito da espontaneidade a tutela substitutiva específica é inviável na promessa de casamento, ainda que esta valha como negócio jurídico.

Não é, porém, somente o fato da necessidade do consentimento dos cônjuges ser manifestado livremente perante o juiz que impede a execução coativa⁶⁶¹, mas sim, a necessidade da *affectio*. É inconcebível casar com alguém contra sua vontade, pois o inadimplemento da promessa anterior, neste caso, não tem o condão de tornar efetivo o ato, pois como se referia LAFAYETTE⁶⁶², "o casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sobre promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão da vida".

Como poderiam duas pessoas, que não possuem afinidade suficiente para viver juntas cumprir os deveres decorrentes do casamento? O direito não pode viver dissociado da realidade social.

Não obstante, os danos causados pela parte que descumpriu o pacto podem importar em indenização. Não, porém, em razão do descumprimento negocial, puro e simples, mas, sim, em face das expectativas geradas na outra parte e dos prejuízos patrimoniais eventualmente causados.

661. Restritivos a esta primeira parte da justificativa se encontram VIDIGAL, L. E. B. Da Execução Direta... p. 181; PEDRASSI, C. A. Contrato Preliminar... p. 96 e YARSHELL, F. L. Tutela Jurisdicional... p. 118/9.

662. Apud in PEREIRA, C. M. S. Instituições... Vol. V, p. 31. Não seria necessário aduzir que este pronunciamento foi anterior à lei do divórcio.

X.3. Obrigado Como Ente de Direito Público

A principal dificuldade de enquadrar o Estado como sujeito passivo da decisão judicial substitutiva da vontade, é o receio da infração da norma constitucional da autonomia dos poderes. VIDIGAL⁶⁶³, em respeito a esta regra, destrói todo o seu arcabouço teórico.

Este mesmo problema, qual seja, o respeito ao interesse público e à autonomia dos poderes foi encontrado pelos

663. "...quando se tratasse de infungibilidade jurídica, caberia sempre ao juiz substituir-se à pessoa do devedor, porque o Estado, todo poderoso, nessa esfera, pode prescindir da infungibilidade por ele mesmo criada.

Ora, no caso de declaração de vontade a ser prestada pelo Estado, é, sem dúvida, de infungibilidade jurídica que se trata. A assinatura do decreto de nomeação de um embaixador, por exemplo, não exige aptidões especiais da pessoa que o faz. Essa assinatura é, entretanto, privativa do Presidente da República. É, pois, um caso típico de infungibilidade jurídica. Deveria, portanto, segundo os princípios que expusemos, poder resultar de uma sentença do Poder Judiciário.

Um exame um pouco mais atento logo mostra o desacerto dessa conclusão. A infungibilidade jurídica pode desaparecer, em virtude do princípio de que o Estado, que a criou, pode, igualmente, suprimi-la. Não se encontra, porém, fundamento para atribuir ao Poder Judiciário a supremacia sobre outro poder, no ajuizar da infungibilidade da prestação. Na execução contra a Fazenda Pública, ao Poder Judiciário opõe-se outro poder do Estado. Diante dessa situação, é forçoso aceitar a divisão e a delimitação das atribuições dos órgãos do Poder Público e deixar ao critério do representante da pessoa jurídica obrigada prestar a declaração da vontade ou sujeitas essa pessoa à responsabilidade por perdas e danos". Ob. cit. p. 190.

Com opinião semelhante v. GRECO FILHO, Vicente. Da Execução contra a Fazenda Pública. pp. 34/41.

juristas italianos⁶⁶⁴. Não obstante, chegou-se à conclusão que a discricionariedade administrativa é exercitada no momento da elaboração do preliminar, logo, em sendo sendo válido o termo contratual, não há que se falar em prejuízo do interesse público. Ademais, o cumprimento de convenção inadimplida pela administração pública não pode conduzir a uma suposta invasão do poder judiciário no poder executivo⁶⁶⁵.

A solução deve ser a mesma para o direito brasileiro⁶⁶⁶, havendo inclusive precente jurisprudencial acerca da não incidência dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, quando se tratar de execução de obrigação de fazer⁶⁶⁷.

Assim, regra geral, não há qualquer óbice legal ou

664. "Fino agli inizi degli anni '80, l'orientamento giurisprudenziale consolidato escludeva la possibilità di ottenere dal giudice una sentenza costitutiva, che tenesse luogo degli effetti di un contratto definitivo, alla cui stipulazione si fosse obbligato un soggetto di diritto pubblico. (...) Nonostante alcune anticipazioni contenute in isolate pronunce di merito (...), la prima decisione della Suprema Corte, favorevole all'esecuzione in forma specifica di un preliminare concluso da una Pubblica Amministrazione, è del 1983, in un caso relativo ad un trasferimento di immobile di edilizia economica e popolare" (GIUSTI & PALADINI. ob. cit. pp. 265 e 267).

665. Neste sentido v. GIUSTI & PALADINI. ob. cit. p. 273.

666. YARSHELL, F. ob. cit. p. 122, chegou à mesma conclusão: "mas, a tutela sob exame, como visto, rigorosamente não ser qualificada como ato de execução, não se operando nela qualquer invasão da esfera patrimonial ou atividades nesse sentido por ordem do juiz. Por sua eficácia constitutiva, ela tem o condão, de que a tutela condenatória não dispõe, de produzir imediatamente o resultado prático perseguido pelo demandante, independentemente da tomada de qualquer outra providência de cunho jurisdicional".

667. "Os arts. 730 e 731 somente se aplicam à hipótese de execução por quantia certa; a execução de obrigação de fazer obedece aos arts. 738-IV e 632 a 641 (RT 509/94). Neste sentido: RF 265/227". NEGRÃO, T. ob. cit. 26ª Ed., p. 528, nota "5" ao art. 730 do CPC. No mesmo sentido v. ASSIS, Araken de. Comentários ao Código... p. 490.

constitucional na execução específica contra a Fazenda Pública.

X.4. Obrigações de Natureza Cambial

A questão atinente é colocada por VIDIGAL⁶⁶⁸: "freqüentíssima essa promessa, especialmente no comércio bancário. No crédito bancário confirmado, por exemplo, o creditor assume, perante o comprador de determinada mercadoria, a obrigação de aceitar saques contra ele feitos pelo vendedor. Por essa forma, fornece crédito ao comprador.

Pode o juiz, no caso de recusa da pessoa obrigada, proferir sentença que valha pelo título cambial não aceito?"

Os obstáculos referidos pela doutrina⁶⁶⁹ como impeditivos seriam a formalidade da cambial, bem como o seu caráter abstrato. Todos sem procedência.

A questão da formalidade pode ser totalmente vencida, como foi a questão já superada de que o preliminar deveria ter a mesma forma do definitivo⁶⁷⁰.

Quanto ao caráter abstrato, nem sempre a cambial tem tal característica como acontece com a duplicata, verdadeiro título causal. Ademais, quando se está diante da promessa de emissão de cambial, não existe ainda um título de crédito, mas, tão-somente, a obrigação de emití-la. Por outro lado, muitos tí-

668. Ob. cit. p. 182.

669. Trata-se de VIDIGAL (ob. cit. p. 182) e PONTES DE MIRANDA (Letra de Câmbio, p. 18, apud in VIDIGAL. ob. cit. p. 182/3).

670. YARSHEL, F. ob. cit. p. 122/3, refere-se à possibilidade jurídica de dita situação em face da existência de demanda substitutiva expressa prevista nos arts. 907 a 911 do CPC, ou seja, a anulação e substituição de títulos ao portador.

tulos abstratos como a nota promissória e a letra de câmbio, são ligados à convenções, nem por isso são destituídos de eficácia legal. A forma não pode sacrificar o direito violado⁶⁷¹.

X.5. Compromisso de Compra e Venda

A tutela substitutiva envolvendo contrato preliminar de coisa imóvel ou móvel não encontra nenhum obstáculo de ordem legal, doutrinária ou jurisprudencial, ressalvado os requisitos legais do contrato preliminar.

Inclusive com relação aos imóveis existem regras próprias que propiciam tal tutela, ou seja, o DL 58/37; Decreto 3.079/38; Lei nº 649/79 e nº 6.766/79⁶⁷².

X.6. Ações de Preferência

As ações de preferência visam possibilitar à parte detentora de tal privilégio legal o privilégio para o exercício de determinado direito, em condições iguais com terceiros.

As situações que aqui interessam, dizem respeito à locação; ao condomínio tradicional (art. 1139 CC); à locação de coisa comum (art. 636 CC); à aquisição de imóvel arrendado (art.

671. YARSHEL, F. ob. cit. p. 122/3, possui opinião semelhante, tecendo considerações, inclusive, sobre o interesse de se obter a sentença substitutiva, que visa dar nascimento a uma cambial, quando, muitas vezes, o crédito poderá ser obtido por maneiras mais simples.

672. Sobre o tema v., entre outros, AZEVEDO JR., José Osório. Compromisso de Compra e Venda; MOURA, Mário Aguiar. Promessa de Compra e Venda; BESSONE, Darcy. Da Compra e Venda...; SILVA, Agathe Elsa Schmidt da. Compromisso de Compra e Venda no Direito Brasileiro e RIZZARDO, Arnaldo. Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano.

92, § 3º e 4º da Lei 4.504/64); a questões atinentes à enfiteuse e à preempção (art. 1149/1157 do CC).

Estas hipóteses aqui configuradas para propiciar a tutela específica, em sua grande gama, necessariamente dependem da existência de um direito real.

a) **locação e ação renovatória**: a tutela substitutiva da vontade encontra-se prevista, no âmbito da locação predial, no artigo 33 da Lei nº 8.245/91 e depende de averbação do contrato de locação no registro de imóveis. É hipótese de adjudicação compulsória⁶⁷³.

A ação renovatória é possível nos casos de locação empresarial, que se enquadre dentre os requisitos previstos na lei do inquilinato, especialmente dos artigos 51, 52 e 71 a 75 e se qualifica como uma renovação compulsória do contrato, independentemente da vontade do locador, desde que este não exerça a contento o direito de recusa e/ou de retomada. A substituição da vontade do locador pela decisão judicial, substitutiva do contrato a renovar, é evidente⁶⁷⁴;

b) **condomínio** (art. 1139 CC): regra semelhante à adjudicação do imóvel locado é a preferência do condômino para a aquisição da coisa comum. A diferença é que no âmbito de locação a preferência nasce de um direito pessoal, enquanto este é decorrente de um direito real, ou seja, a propriedade comum.

Assim, preterido o condômino no exercício de sua

673. Sobre o tema v. POPP, Carlyle. Comentários à Nova Lei do Inquilinato. pp. 116/130.

674. Sobre o tema v. POPP, Carlyle. Comentários à Nova Lei e POPP & VALENTE. Ação Renovatória de Locação.

preferência legal e cumpridos os requisitos legais, poderá ele adjudicar para si a coisa alienada indevidamente a terceiros;

c) **locação de coisa comum (art. 636 CC):** situação semelhante à referida no item anterior é a preferência do condômino para a locação de coisa comum, em igualdade de condições com terceiros, preterido ele no exercício desse direito. Neste caso, conforme anota YARSHELL⁶⁷⁵, "o provimento é substitutivo de declaração conducente à formação do contrato de locação com o condômino preterido, sendo o conteúdo desse contrato fixado a partir das condições estipuladas junto ao terceiro".

Como sofrerá os efeitos desta decisão, o terceiro ocupará o pólo passivo da demanda na condição de litisconsorte necessário;

d) **aquisição de imóvel arrendado:** os regramentos jurídicos que disciplinam tal situação, ou seja, o artigo 92, §§ 3º e 4º da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), trazem requisitos semelhantes aos contidos na lei do inquilinato. Assim, cumpridos os requisitos legais e preterido o arrendatário no exercício de sua preferência legal, possível será a adjudicação do imóvel arrendado;

e) **Preempção:** a matéria é regulada nos artigos 1.149 a 1.157 do Código Civil e trata-se do "pacto, adjeto à compra e venda, em virtude do qual o comprador de uma coisa, móvel ou imóvel, fica com a obrigação de oferecê-la a quem lha vendeu, para que este use do seu direito de prelação em igualdade de condições, no caso de pretender vendê-la ou dá-la em pagamento"⁶⁷⁶.

675. Ob. cit. p. 127.

676. PEREIRA, C. M. S. Instituições... Vol. IIII, p. 147.

Descumprido tal dever por parte do vendedor, terá o prejudicado a possibilidade de buscar a tutela específica, ainda que o artigo 1.156 do Código Civil faça referência exclusiva às perdas e danos.

X.7. Acordo de Acionistas

O descumprimento do acordo de acionistas⁶⁷⁷, cujo campo de incidência é por demais amplo, alcançando todos as obrigações de dar coisa certa, de fazer e de não fazer, tem sua regulamentação jurídica na lei das sociedades anônimas, especificamente nos artigos 118 e Art. 32, § 1º, "c".

Os acordos inadimplidos que podem dar azo à tutela específica são os de bloqueio e os de voto. "Acordos de bloqueio são contratos preliminares que encerram obrigação de fazer juridicamente infungível no que se refere à compra e venda de ações e preferência para adquiri-las. Sua execução específica guarda semelhança com a das conhecidas promessas de compra e venda"⁶⁷⁸, enquanto que "os acordos de voto são contratos preliminares que encerram obrigação de fazer juridicamente infungível correspondente à declaração de vontade consubstanciada em voto em assembleia".

A sentença judicial que conceder a tutela suprirá os efeitos da declaração não emitida.

677. Sobre o tema v. BARBI FILHO, Celso. Acordo de Acionistas. pp. 147/188 e CARVALHOSA, Modesto. Acordo de Acionistas. pp. 247/269.

678. BARBI Fº, Celso. Acordo... p. 186.

X.8. Obtenção de Quitação

Obter a quitação é figura de relevo no âmbito obrigacional, pois através dela o devedor é liberado da dívida. Assim, tem a ela o devedor justo direito.

Destarte, recusando o credor a fornecê-la poderá o devedor obter uma sentença que produza os efeitos da declaração não emitida. É o que dispõe textualmente o artigo 941 do Código Civil⁶⁷⁹. Referida sentença produzirá a tutela específica necessitada pelo devedor, liberando-o do débito.

X.9. Liberação, Exoneração e Preservação do Benefício de Ordem na Fiança

O presente tópico envolve três questões atinentes à fiança: a) liberação (art. 1499 do CC); b) exoneração (art. 1550 do CC); c) preservação do benefício de ordem (art. 1491 do CC)⁶⁸⁰.

As duas primeiras hipóteses estabelecem direito do fiador de ser liberado ou exonerado da fiança. Não obtendo dito

679. "Recusando o credor a quitação, ou não a dando na devida forma (art. 940), pode o devedor citá-lo para esse fim, e ficará quitado pela sentença, que condenar o credor".

680. NERY JUNIOR, Nelso. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor... p. 342, refere importante pensamento sobre a nulidade da renúncia ao dito benefício de ordem: "a renúncia ao benefício de ordem, derivado do contrato de fiança (art. 1.491, caput, do Código Civil), será nula se constar de cláusula de contrato de consumo, pois implica disposição daquele direito. Em se tratando de contrato de locação que se caracterize como relação jurídica de consumo, é irrita a cláusula de renúncia do fiador ao benefício de excussão porque ofende a norma ora analisada. A proibição dessa cláusula alcança todo contrato de consumo no qual exista garantia de fiança, seja locação ou não".

benefício necessitará demandar em juízo, visando obter uma sentença que o libere ou o exonere, conforme o caso, da garantia fidejussória prestada. Para a hipótese de exoneração isto é possível, o mesmo não acontecendo com a segunda hipótese⁶⁸¹.

Com relação ao terceiro caso levantado, igualmente inviável é a tutela específica, visto que caberia ao fiador eventual demanda condenatória (ação cominatória) contra o credor, visando compeli-lo a acionar o devedor. Efetivamente a demanda não teria o caráter vislumbrado pela demanda inserida nos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil⁶⁸².

Não obstante, possível será a tutela específica visando compelir o obrigado em contrato preliminar a firmar fiança ou aval, desde que haja participação no pacto preparatório do beneficiado com a garantia, situação que o conduzirá a participar da demanda na condição de litisconsorte ativo. Caso contrário, tendo em vista que impossível será para a demanda substituir os efeitos do adimplemento, a obrigação será resolvida em perdas e danos.

681. YARSHELL, F. ob. cit. p. 131, explica o porquê do descabimento: "o descabimento da tutela específica, neste caso, resulta da própria natureza do direito material porque a exoneração a que alude se passa exclusivamente entre fiador e afiançado, não atingindo ou prejudicando o credor, de sorte que dita exoneração aí não se coloca como declaração de vontade passível de suprimento, mas como o resultado da atividade do devedor perante o credor, seja pagando o débito, seja providenciando válida e eficazmente outro fiador. Por outro lado, de nada adiantaria obter os efeitos da declaração de exoneração prestada tão-somente pelo devedor porque, como examinado, tal 'exoneração' seria vazia de conteúdo, visto continuar sendo perfeitamente possível ao credor acionar o fiador".

682. Sobre o tema v. YARSHELL, F. L. ob. cit. p. 132.

X.10. Impossibilidade na Emissão da Declaração de Vontade

Ainda que firmado o contrato preliminar e produzido todos os seus efeitos no mundo jurídico, pode ocorrer situações que, por impossibilidade superveniente, ocorrida entre o firmamento do preparatório e o do definitivo, aquele não possa ser lavrado. Entre tais hipóteses pode-se situar a incapacidade superveniente.

Efetivamente, não seria justo nem jurídico que o credor ficasse impossibilitado de receber o seu bem de vida pelo fato de ser impossível ao devedor firmar o contrato definitivo. Viável, assim, em hipóteses caso esta, que o credor obtenha uma sentença, que produza todos os efeitos da declaração não emitida. Evidentemente que, no exemplo dado, será indispensável a atuação de curador nomeado.

X.11. Declaração Unilateral de Vontade

A tutela substitutiva da vontade será possível, igualmente, quando tiver por escopo um negócio jurídico unilateral⁶⁸³.

A peculiaridade de cada caso deverá amoldar-se aos requisitos legais necessários.

O principal exemplo de tal hipótese é a situação concebida no artigo 1513 do Código Civil⁶⁸⁴, atinente à promessa

683. Sobre o tema v. item VI.1.

684. "Quem quer que, nos termos do artigo antecedente, fizer o dito serviço, ou satisfizer a dita condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada".

de recompensa.

X.12. Hipótese de Transferência de Imóvel Hipotecado

Muito comum são as hipóteses em que determinado mutuário realiza contrato de cessão de direitos com terceiro, tendo por objeto imóvel hipotecado junto ao sistema financeiro da habitação.

Nesse contrato presente estava a obrigação do cessionário em realizar a transferência do financiamento para seu nome junto ao agente financeiro competente. O inadimplemento de tal obrigação não implica na possibilidade de tutela específica, pois o contrato a ser firmado é com terceiro e não há nenhuma certeza de que o cessionário preencherá todos os requisitos exigidos pela instituição financeira para realizar a assunção do débito. A ação específica será a cominatória.

Por outro lado, possível será hipótese inversa, qual seja cedente e cessionário desejam realizar a transferência do financiamento junto ao agente, mas este, para tanto exige ônus financeiro de elevada monta. Em sendo ilícita a exigência, poderão cedente e cessionário, demonstrado o cumprimento de todos os requisitos necessários para a transferência do financiamento, obter sentença judicial que substitua o contrato a ser firmado.

X.13. Efeitos *Causa Mortis*

A morte daquele que assumiu o compromisso de firmar o contrato definitivo não impede a incidência da execução específica, ressalvada a hipótese de obrigação personalíssima - como é o caso da preempção - nos termos do artigo 928 do Código

Civil.

Assim, a exigibilidade dar-se-á contra o espólio, legitimado para o pólo passivo da demanda.

Da mesma forma o inadimplemento da promessa de cessão de direitos hereditários realizada por um dos herdeiros terá a proteção da tutela substitutiva⁶⁸⁵.

Mais complexa é a situação de cessão de direitos hereditários realizada pela inventariante, condicionada ao suprimento judicial, tendo em vista a existência de herdeiros menores. Não obtido o suprimento ou descumprida a convenção pela inventariante, impossível será a tutela específica, aplicando-se o artigo 929 do Código Civil⁶⁸⁶.

X.14. Falência e Concordata

O ocorrência da falência, ainda que não impossibilite por completo a tutela específica, criará inúmeros empecilhos para a sua viabilidade prática⁶⁸⁷.

Evidentemente, o ato poderá sofrer os efeitos da ação revocatória e o credor passar a possuir mero crédito quirografário, se se enquadrar dentro das hipóteses dos incisos do artigo 52 da lei própria.

A regra que incidirá sobre o caso é a prevista no

685. Sobre o tema v. MARMITT, A. ob. cit. pp. 106/7.

686. "Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar".

687. Os mesmos problemas sofre o direito italiano acerca da falência do devedor com relação à execução em forma específica. Sobre o tema v. GIUSTI & PALADINI. ob. cit. pp. 330/338.

artigo 43, parágrafo único da lei de falências. Destarte, notificado o síndico e não cumprindo o contrato ou permanecendo em silêncio, fará com o que o contrato seja resolvido em perdas e danos. Referido valor dependerá de ação ordinária, constituindo o resultado econômico, crédito quirografário.

Logo, sem que ocorra a notificação prévia não haverá interesse processual para a demanda substitutiva. Por outro lado, respondendo o síndico no sentido de que cumprirá o contrato esta declaração passa a ser irrevogável, sujeitando o contrato à execução específica.

Não obstante, tal regra não será aplicável se o contrato preliminar firmado se enquadrar dentre as hipóteses do artigo 44 e incisos⁶⁸⁸.

No que concerne à concordata ela não resolve os contratos bilaterais, que permanecerão submetidos às regras do direito comum, logo suscetíveis de execução específica, conforme estabelece o artigo 165 da lei de falências. Não obstante, se o contrato firmado puder se enquadrar entre os atos de falência, o comissário validamente poderá não cumpri-lo, requerendo ao juiz que decrete a falência do concordatário. Ocorrida tal situação, o contrato será regido pelas regras atinentes à quebra.

X.15. Arras e Sinal de Negócio.

É muito comum no meio imobiliário a figura do cha-

688. Entre as previsões do art. 44 da lei de falências se encontra o inciso VI. Este dispõe que "na promessa de compra e venda de imóveis, aplicar-se-á a legislação respectiva". Este aspecto torna mais fácil a execução específica.

mado "recibo de sinal de negócio", o qual é vinculado "à lei de arras".

No entanto, o que muitos não sabem, inclusive aqueles que militam no setor, é que inexiste a chamada lei de arras e que o sinal de negócio nada mais é do que a ocorrência prática do instituto das arras, regido nos artigos 1.094 a 1.097 do Código Civil vigente.

Outro mito comum é no sentido de se acreditar como regra geral a perda do sinal dado se o arrependimento for do comprador ou a devolução dele em dobro se advir do vendedor. Porém, esta realidade está longe de ser absoluta.

Conforme prescreve o artigo 1.094 do mencionado instrumento legislativo, "o sinal, ou arras, dado por um dos contraentes firma a presunção de acordo final, e torna obrigatório o contrato". Percebe-se, portanto, que a presunção que resulta do chamado sinal de negócio é que ele procura tornar obrigatório o vínculo assumido entre as partes, ou seja, é meio de prova para confirmar a vontade delas no sentido de se vincularem nos termos do convencionado. Por este motivo, a regra geral preconizada no ordenamento jurídico pátrio é das chamadas arras confirmatórias.

Assim sendo, se nada vier em sentido contrário no contrato, o sinal faz com que fique patente a irretratabilidade e irrevogabilidade da convenção. Por este motivo, conforme menciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁶⁸⁹, "a parte prejudicada pelo inadimplemento pode pedir a resolução ou o cumprimento do contrato, e em ambos os casos é devido o ressarcimento inteiro das perdas e -----

689. Instituições de Direito Civil. Vol. III, p. 68.

danos". Essas perdas e danos compreendem os danos emergentes (prejuízos oriundos do negócio), os lucros cessantes (tudo aquilo que uma das partes, razoavelmente, deixou de ganhar com o ocorrido), bem como os danos extrapatrimoniais. Tal raciocínio se aplica com maior razão quando o inadimplemento é absoluto. Porém, se o cumprimento foi defeituoso, v.g. decorrente de uma sentença substitutiva, é evidente que os prejuízos sofridos pelo credor da obrigação em razão da demora de vir a efetivar seu direito devem ser indenizados.

Podem, todavia, as partes assegurar no contrato o direito ao arrependimento. Nesta hipótese, e exclusivamente aí, aplicar-se-á a regra do artigo 1.095 do Código Civil que estabelece as chamadas arras penitenciais, pois "se o arrependido for o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restitui-las-á em dobro"⁶⁹⁰.

Percebe-se, destarte, a necessidade de expressa cominação no contrato preliminar (sinal de negócio) do interesse das partes no sentido da aplicação dessa espécie de arras. Mera adução ao fato de estar vinculado o contrato "à lei de arras" gera a presunção da regra geral do artigo 1.094 do Código Civil, ou seja, de que se tratam de arras confirmatórias.

O prejudicado com o inadimplemento na hipótese de arras penitenciais, jamais poderá executar coativamente o contrato, pois o arrependimento era lícito. Caberá a ele, tão-somente,

690. Referida possibilidade jurídica, como já observado anteriormente, sofre as restrições do CDC.

demandar perdas e danos⁶⁹¹.

Com relação a este tema prevê a Súmula 412 do Supremo Tribunal Federal: "no compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização maior, a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo".

Este entendimento jurisprudencial gera a conclusão simples de que o caráter penitencial das arras é bastante para indenizar os prejuízos sofridos daquele prejudicado com o inadimplemento da outra parte. A prática, porém, tem demonstrado que, em não raras vezes, o prejuízo sofrido é em muito superior ao valor resultante da devolução em dobro ou da perda do sinal dado. Por esse motivo que o projeto do novo Código Civil, em seu artigo 419, estabelece que "a parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização".

Sem a menor sombra de dúvidas, o entendimento projetado é mais coerente com a realidade atual, mormente no âmbito da responsabilidade civil, que estabelece a necessidade da reparação ser a mais completa possível.

Diante disso, é sempre importante reiterar a necessidade do contratante observar se o contrato preliminar está

691. Evidentemente, se previsão do direito de arrependimento se enquadrar como nula, a tutela específica será possível.

nos termos de seu real interesse para a hipótese de inadimplemento, pois a presunção, em sendo omissa o acordo de vontades, é da aplicabilidade das arras confirmatórias.

X.16. Suprimento de Consentimento

O suprimento do consentimento, neste aspecto, exclusivamente, no que tange às autorizações negadas entre os cônjuges para a prática de atos, poderão ser objeto da tutela específica.

Assim, provada a recusa injusta ou a impossibilidade do consentimento, sem vincular os bens próprios do outro cônjuge, o juiz poderá suprir a vênua conjugal.

Obtido este consentimento judicial pelo cônjuge que firmou o negócio jurídico, a tutela específica poderá ser deferida mesmo que ausente a participação do outro no contrato preparatório.

X.17. Promessa de Cessão da Posição Contratual

Plenamente viável é a promessa de cessão da posição contratual. Não obstante dita promessa somente poderá ser viabilizada se a outra parte - o terceiro - aceitar o cessionário no contrato. Em algumas hipóteses esta recusa é justa; neste caso a tutela substitutiva é inviável. Em não sendo, poderão, cedente e cessionário, em litisconsórcio ativo, propor uma demanda visando suprir os efeitos da negativa do terceiro em efetivar a promessa de cessão.

Descumprida, porém, pelo cedente o compromisso de ceder posição contratual, a questão resolver-se-á em perdas e

danos.

X.18. Contratos de Sociedade

A tutela específica quando envolver contratos preliminares, que digam respeito a promessa de realizar sociedade nova; de cessão de parte das cotas ou ação de sociedade já constituída ou de cessão de todas cotas sociais, deverão ser analisados de forma diversa.

Primeiramente, existe uma distinção necessária entre sociedade de pessoas e de capital. Naquelas, a pessoa do sócio é importante, pois os integrantes da sociedade se unem por afeição, compatibilidade de interesses, ou seja, há a chamada *affectio societatis*. Desrespeitar tal elemento é transgredir a necessária espontaneidade, que deve estar presente nos contratos de sociedade.

Assim, impossível é decisão judicial visando suprir contrato-promessa, que vise a constituição de sociedade de pessoas.

Destarte, quando se tratar de sociedade de capital, limitação alguma⁶⁹² haverá para a tutela específica⁶⁹³.

Com relação à promessa de cessão de todas as cotas sociais, respeitada a preferência dos sócios remanescentes, é possível a obtenção de decisão que transfira a propriedade destas cotas. Não obstante, o credor não poderá ingressar na sociedade

692. Evidentemente, sempre com a ressalva dos requisitos legais genéricos.

693. A respeito v. supra item Acordo de Acionistas.

se os remanescentes não autorizarem. Não obtida dita autorização, nasce para o adquirente a possibilidade de obter a dissolução parcial da sociedade⁶⁹⁴.

Quando, porém, a promessa for de parte das cotas sociais, inviabilizado o contrato definitivo, a questão resolver-se-á em perdas e danos.

X.19. Legislação Antitruste

A recente lei antitruste estabelece a possibilidade de execução específica da obrigação de fazer juridicamente infungível, mais ou menos de forma semelhante ao artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil⁶⁹⁵.

Logo, a execução pode se dar por expropriação ou mediante tutela específica. A forma de satisfação dessas espécies é diversa, pois a primeira se dá mediante a entrega de dinheiro, quer por pagamento realizado pelo devedor, quer pelo produto dos bens penhorados. Na chamada tutela específica o que se visa é o cumprimento da obrigação inadimplida (fazer ou não fa-

694. Já se tomou posição semelhante em trabalho anterior. V. a respeito SILVA, Jorge Vicente & POPP, Carlyle. A Arrematação ou Adjudicação das Cotas Sociais Penhoradas e suas Consequências Jurídicas.

695. Art. 62: "Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º: A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º: A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas.

zer) ou a entrega da coisa prometida (entrega de coisa certa ou incerta), ainda que, muitas vezes, a satisfação do credor ocorra mediante resolução em perdas e danos.

O procedimento da matéria é regulado pelos artigos 632 a 645 do Código de Processo Civil.

O objetivo do provimento jurisdicional é o de conceder a tutela específica, ou seja, exatamente aquilo a que se obrigou o interessado ou resultado equivalente.

Assim, mais um caso claro que a tutela substitutiva poderá atuar com eficácia.

X.20. Promessa de Depósito

O depósito, assim como o empréstimo, é um contrato real, logo somente se aperfeiçoa pela entrega efetiva da coisa. Dita figura contratual, na vox de BARROS MONTEIRO⁶⁹⁶, "define-se como o contrato pelo qual uma das partes, recebendo de outra uma coisa móvel, se obriga a guardá-la, temporária e gratuitamente, para restituí-la na ocasião aprezada ou quando lhe for exigida".

Ao contrário da opinião de COSTA⁶⁹⁷, é perfeitamente possível a promessa de depósito, pelo menos o convencional, e seu inadimplemento pode comportar, conforme o caso, a tutela específica ou perdas e danos⁶⁹⁸.

696. Apud in COSTA, Giuseppe da. Origem e Evolução dos Contratos Preliminares. p. 30.

697. Origem e Evolução... p. 30.

698. Acerca das justificativas do caráter coativa às promessas que visam formar um contrato gratuito v. item Contratos Gratuitos.

X.21. Promessa de Trabalho

A promessa de contrato de trabalho é perfeitamente possível. Não obstante, o seu inadimplemento não conduz à execução específica.

Efetivamente, assim como ocorre na promessa de sociedade e de casamento, a relação de trabalho, seja do direito laborativo ou do comum, envolve um caráter de confiança, de afeição. Inocorrentes estes elementos, não é lícito exigir do promitente a contratação coativa de pessoa não merecedora de sua confiança.

Assim, o inadimplemento do firmamento de relação de trabalho futura implica, tão-somente, na responsabilidade por perdas e danos do inadimplente.

X.22. Promessa de Partilha

Quando todos os interessados forem maiores e capazes é possível a realização de partilha extrajudicial, encaminhando-se para tal fito somente a vontade dos interessados. Logo, viável, também, é a promessa de partilha, desde que não se trate de herança de pessoa viva.

Assim, se as partes acordam a elaboração da partilha de bens, com determinado conteúdo, em forma de contrato preliminar, o inadimplemento poderá propiciar a tutela específica.

Porém, "se o contrato prevê expressamente o direito de arrependimento, ou se das circunstâncias do caso se percebe que a manifestação de vontade não se esgotou no primeiro momento e que as partes estão apenas procurando amadurecer a partilha e

superar por etapas suas dificuldades, exigindo o negócio definitivo uma nova manifestação de vontade, a promessa, ainda assim, é válida e eficaz. Não para compelir os demais herdeiros a cumprir especificamente a obrigação, na forma dos arts. 639 e seguintes do CPC, mas para resolver-se em perdas e danos, como previsto no art. 1.088 do CC⁶⁹⁹.

Mesmo nas hipóteses em que a partilha realizada dependa de homologação judicial, não previsto o contrário, ela é irretratável⁷⁰⁰. Nesse caso, mesmo que ocorra o arrependimento de uma das partes, isso não será óbice à homologação judicial. É evidente que de nada adiantará a concordância de todos se não houver a decisão homologatória.

X.23. Promessa de Permuta e de Dação em Pagamento

A promessa de permuta é perfeitamente possível e segue as regras previstas para a promessa de compra e venda.

Com relação à promessa de dação em pagamento, desde que não seja utilizado como meio para fraudar o artigo 765 do Código Civil⁷⁰¹, ela é perfeitamente viável⁷⁰².

Logo, perfeitamente cabível a execução específica em tais espécies de pacto preliminar.

699. AZEVEDO JR., J. O. Compromisso de Compra e Venda. p. 229.

700. Posição contrária posição PONTES DE MIRANDA. *Apud in* AZEVEDO JR., J. O. ob. cit. p. 230.

701. Dispõe referido artigo que "é nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário, a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento".

702. Sobre o tema v. AZEVEDO JR., J. O. ob. cit. pp. 219/220.

XI. QUESTÕES PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS⁷⁰³

XI.1. Aspectos Procedimentais. XI.2 Relação Jurídica Processual. XI.3 Sentença e seus Efeitos. XI.4. A Execução Imprópria. XI.5. Recursos e Coisa Julgada. XI.6. Tutela Cautelar, Antecipatória e Satisfativa.

XI.1. Aspectos Procedimentais

A demanda, que vise substituir a vontade não declarada, tramitará sob o procedimento comum ordinário, salvo em se tratando de adjudicação compulsória ou que disserem respeito à matéria específica ou, ainda, possuírem valor compatível com o procedimento sumário, tramitarão sob este procedimento.

A competência será estabelecida, regra geral, pela disposição do artigo 94 do Código de Processo Civil, ou seja, tramitará a demanda no domicílio do réu. Nada obstante, poderá ser afastada por convenção comercial válida (foro de eleição)⁷⁰⁴, bem como pela regra do artigo 100, IV, d, ou seja, do local em que a obrigação deveria ser cumprida. Em havendo conflito, não

703. Frise-se que durante toda a exposição diversas considerações foram realizadas acerca de aspectos processuais diversos, situações essas que não serão aqui reprisadas.

704. Diz-se convenção válida pelo fato de que é bastante comum que a cláusula de eleição seja instrumento de dificultar o acesso do consumidor a juízo. Assim, sempre que ela implicar em dificuldade ao acesso do Judiciário, ou dificultar o exercício do direito de defesa, será tida como inválida, ressalvado o fato de coincidir com o local da celebração do contrato, ainda que diverso do domicílio do consumidor.

ocorrendo a prorrogação da competência, prevalecerá esta em detrimento daquela. Em se tratando de adjudicação compulsória, demanda real pois imprescindível o registro imobiliário, a regra será a prevista no artigo 95 da mesmo estatuto processual.

Independentemente do rito procedimental, terá sempre aplicabilidade a regra prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil.

Quando, além do pedido de substituição da vontade, desejar o interessado aspecto adicional, deverá realizar pedido cumulativo, pois, v.g., a posse do bem não lhe poderá ser conferida, exclusivamente, pela execução específica.

Ademais, sempre que desejar cumular a tutela executiva da obrigação de fazer juridicamente fungível com perdas e danos, em razão do atraso no cumprimento, bem como com a multa cominatória, visando apressar o devedor, tal será possível⁷⁰⁵.

Nada impede, outrossim, que, em se tratando a demanda de tutela cuja objeto mediato seja um bem imóvel, seja efetuada comunicação ao Registro de Imóveis para, nos termos do artigo 167, 21 da Lei nº 6.015/73, proceder o competente registro acerca da demanda.

XI.2 Relação Jurídica Processual

Os sujeitos que comporão a demanda que, objective a tutela específica, regra geral, serão as partes, que participaram

705. A respeito destes aspectos v. capítulo VII.

da tratativa preliminar⁷⁰⁶.

Não obstante, em situações especiais, ditas partes poderão estar no mesmo pólo da relação jurídica processual, litigando com um terceiro no pólo passivo⁷⁰⁷.

Como a demanda é pessoal, no pólo ativo não há a necessidade de participação de ambos os cônjuges, mas, tão-somente, daquele que participou do contrato, não havendo aplicabilidade do artigo 10 do Código de Processo Civil⁷⁰⁸.

A assistência será possível desde que preenchidos os requisitos legais.

Tanto a oposição como a denunciação à lide são cabíveis, esta especialmente nas hipóteses de cessão de direitos a terceiros, visando-se eventual direito de regresso⁷⁰⁹.

A intervenção do Ministério Público ocorrerá nas hipóteses previstas em lei, especialmente quando envolver interesse de menores. Não se faz necessária dita participação, porém, somente pelo fato de visar a obtenção de domínio de bem imóvel, ainda que de forma indireta.

Os requisitos legais para a demanda, além dos já

706. Sobre legitimidade passiva na ação de adjudicação compulsória, inclusive com considerações sobre a legitimidade do cessionário v. MARMITT, Arnaldo Adjudicação Compulsória. pp. 53/57.

707. É a hipótese referida no capítulo X, quando da análise da transferência de imóvel hipotecado vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação ou na situação de promessa de cessão da posição contratual.

708. Em idêntico sentido v. YARSHEL, F. L. Tutela Jurisdicional Específica... p. 145.

709. Com opinião idêntico v. YARCHELL, F. L. ob. cit. p. 149 e CREDIE, Ricardo Arcoverde. Adjudicação Compulsória. p. 76.

abordados no decorrer deste trabalho, são aqueles contidos no artigo 282 do Código de Processo Civil.

A defesa ocorrerá em audiência ou no prazo de 15 (quinze) dias, nada impedindo a propositura de reconvenção ou ação declaratória incidental, desde que o procedimento da demanda assim permita.

A audiência de saneamento prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil é obrigatória, quando houver a necessidade de saneamento e o feito tramitar sob o procedimento ordinário, gerando nulidade a sua não realização⁷¹⁰.

XI.3. Sentença e seus Efeitos

710. DINAMARCO, C. R. A Reforma... pp. 123/5 a respeito é claro: "como ato integrante do procedimento ordinário brasileiro vigente, a audiência preliminar é de realização tão obrigatória quanto os demais atos essenciais do procedimento. Um dos significados da remodelação do art. 331 do Código de Processo Civil foi a modificação no modo como se saneia o processo. Saneá-lo ainda agora por escrito nos autos, como antes se fazia, seria violar essa regra de ordem pública instituidora da audiência preliminar. Inexiste, no direito positivo brasileiro vigente, o saneamento mediante pronunciamento escrito nos autos, fora de audiência. Mercê do preceito que a lei n. 8.952 inseriu no novo art. 331, o velho art. 331 ficou derogado. Sempre que for o caso de sanear, será indispensável a audiência preliminar. A audiência preliminar é tão indispensável no procedimento ordinário (e nos que ao ordinário se convertem) quanto o é o saneamento do processo. (...)

No processo civil brasileiro, em que tradicionalmente o saneamento é ato essencial e indispensável, omitir a audiência preliminar significaria omitir um ato indispensável do procedimento. Inexistem, na ordem jurídica brasileira, as razões de ordem sistemática, ou mesmo as históricas, que no plano geral da América Latina desaconselharam a obrigatoriedade plena.

Daí a nulidade do processo em que se omitir a audiência preliminar. Trata-se de nulidade absoluta, porque se resolve na violação de norma destinada ao bom e correto exercício da jurisdição, função estatal. Permitir sua violação seria afrouxar a imperatividade das leis de ordem pública e, especificamente, frustrar os desígnios modernizadores de que é portadora a legislação reformista".

A sentença, ou seja, o ato do juiz que põe fim ao processo, com ou sem o julgamento do mérito, é resultado do cumprimento de diversas etapas processuais. A queima de fase que é essencial pode macular todo o feito, conduzindo à invalidade da sentença ou mesmo à própria inexistência da sentença⁷¹¹. É evidente, diante disso, que os requisitos preconizados no artigo do Código de Processo Civil devem ser severamente observados, sobretudo no que tange à necessidade de fundamentação clara e precisa das decisões, sejam terminativas, definitivas ou interlocutórias⁷¹².

Como já anteriormente observado⁷¹³, adota-se a classificação quinária como a que melhor explica os tipos de provimento jurisdicional existentes.

Assim, fiel à idéia de PONTES DE MIRANDA⁷¹⁴, as

711. Sobre invalidade e inexistência das sentenças v., por todos, PINTO, Teressa Arruda Alvim. Nulidades da Sentença. Dita autora exemplifica a hipótese de sentença inexistente: "tendo sido movida uma ação, estando ausentes uma (ou mais) de suas condições, terá sido exercido direito de petição, e não direito de ação. Ora, inexistente a ação, o mesmo se poderá dizer do processo e, por conseguinte, da sentença" (p. 245).

Acerca das nulidades em geral no processo civil v. MALACHINI, E. R. Das Nulidades no Processo Civil.

712. Sobre o instrumento próprio de recorribilidade das decisões interlocutórias v., por todos, PINTO, T. A. A. Agravo de Instrumento.

713. V. tópico execução direta e indireta no tópico VII.1 desta monografia.

714. Logo, adota-se a classificação de acordo com a eficácia preponderante do provimento jurisdicional, pois como adverte PONTES DE MIRANDA (Comentários... Tomo I, p. 140), "a qualidade de cada uma resulta, apenas, da quantidade ou intensidade de um dos elementos (declaratividade, constitutividade, condenatoriedade, mandamentalidade, execução)". Em outra obra (Tratado... Tomo I, p. 124) o festejado autor assevera: "Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma ~~é~~ somente declarativa. Nenhuma é

ações são classificadas em declaratória, condenatória, constitutiva, executiva e mandamental⁷¹⁵. Isto porque somente através desta concepção teórica consegue-se explicar a real eficácia de alguns provimentos jurisdicionais.

Como já referido em diversas oportunidades neste trabalho⁷¹⁶, a sentença proferida nos termos dos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil possui eficácia executiva⁷¹⁷.

O porquê de tal classificação é deixado claro por Ovídio⁷¹⁸: "...tratando-se de obrigação de fazer consistente em emitir declaração de vontade, o obrigado não será condenado em processo prévio de conhecimento, destinado à formação do correspondente título executivo, e sim haverá de ser citado em processo de conhecimento, de que resultará, sendo procedente a ação, a execução imediata da pretensão posta em causa pelo autor. Vale dizer, nas hipóteses dos arts. 639 e 640, não se promove um processo de conhecimento e um processo de execução subsequente, baseado na sentença condenatória emanada do primeiro processo. Aqui, condena-se e executa-se na mesma relação processual".

...Continua...

somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva".

715. Maiores detalhes sobre os efeitos de cada um destes tipos de provimento jurisdicional v. ASSIS, Araken de. Cumulação... pp. 79/85.

716. V. especialmente capítulos VII.2.b e VII.2.c.

717. Com idêntica opinião v. MIRANDA, Pontes. Tratado das Ações. Tomo VIII, pp. 281/298; ASSIS, Araken de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IX, pp. 142/3; SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. II, pp. 98/100; THEODORO JR., Humberto. Processo de Execução. pp. 231/2.

718. Curso de Processo... Vol. II, p. 98.

Não obstante, ainda que incorreta, a doutrina dominante assevera o caráter constitutivo de referidas demandas⁷¹⁹, na maioria das vezes por não conseguir vislumbrar outras categorias de sentenças que não aquelas inseridas na classificação tri-nária clássica.

Toda decisão judicial possui mais de um efeito, sendo ela classificada pelo seu efeito preponderante, no caso específica da ação substitutiva de vontade não se objetiva, como quer crer DINAMARCO⁷²⁰, uma transformação jurídico-substancial. O efeito constitutivo não é o essencial. O que se busca é uma decisão judicial, que produza o mesmo efeito do contrato não realizado. Que não só condene o devedor à prática do ato, mas que substitua a eficácia do ato. Esse efeito somente é obtida pela ação executiva.

Por outro lado, não há que se falar de direito potestativo originador da demanda em comento, pois ele se caracteriza na existência de uma relação jurídica pré-existente que, por características próprias, coloca as partes em posição de subordinação uma em relação a outra. Assim, ao direito potestativo de uma parte corresponde um estado de sujeição da outra. Logo, para ser eficaz o direito potestativo, independe de qualquer con-

719. Enquadram-se em tal pensamento CREDIE, Ricardo A. Adjudicação Compulsória. pp. 77/9; YARSHEL, F. L. Tutela Jurisdicional... pp. 44/55; NIESS, P. H. T. Da Sentença Substitutiva... pp. 43/46; DINAMARCO, C. R. Execução Civil. pp. 103/105; LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código... VI Vol., Tomo II, p. 856; VIDIGAL, L. E. B. Da Execução Direta... pp. 168/175; MARMITT, Arnaldo. Adjudicação Compulsória. pp. 213/4.

720. Execução Civil. p. 104.

duta da outra parte, não se cogita de inadimplemento. Logo, a vinculação inicial que desembocará na sentença executiva, decorre de mero direito subjetivo violado⁷²¹.

O efeito da sentença é *ex nunc*, produzindo efeitos a partir do trânsito em julgado dela. Não há que se cogitar de eficácia retroativa, salvo, evidentemente, a hipótese de tutela antecipatória⁷²².

XI.4. A Execução Imprópria

Ressalvada a execução por título judicial do aspecto condenatório da sentença proferida decorrente de pedido cumulado ou da condenação nas verbas da sucumbência, a sentença não comportará execução, visto o seu efeito executivo.

A eficácia da decisão judicial ocorrerá pelo mero trânsito em julgado da decisão, não havendo necessidade da expedição de nenhum documental especial para tanto. Uma mera certidão será suficiente para comprovação dos efeitos perante terceiros. Havendo alguma repartição pública envolvida, mero ofício dirigido a ela, acompanhado da decisão será suficiente para os fins que se deseja⁷²³.

721. A respeito do tema v. SILVA, Ovídio B. Curso... Vol. II, pp. 97/8.

722. Sobre o item v. item XI.6 a seguir.

723. "Tratando-se de declaração apta a concluir contrato (artigo 639 do Código de Processo Civil) também é certa a desnecessidade da lavratura, após a prolação da sentença, de qualquer instrumento para que os efeitos dali resultantes se produzam; nem mesmo se tal contrato, por força de lei, estiver sujeito à forma de instrumento público, pois que a sentença é identicamente revestida dessa característica" (YARSHALL, F. L. ob. cit. p. 142). Com idêntica opinião v. SANCHES, Sydney. Execução Específica. p. 36.

Em face destas peculiaridades a execução é imprópria, dependendo da realização de apenas alguns atos administrativos, de maior ou menor intensidade, dependendo da hipótese e da situação concreta.

Lembre-se, destarte, que o ato judicial não se traduz em um mandamento para que o servidor administrativo - se for o caso - cumpra a decisão, pois a efetivação da decisão, como acontece nos casos em que a sentença é levada a registro imobiliário, pode resultar inviável quando a coisa não mais, validamente, pertence ao devedor.

XI.5. Recursos e Coisa Julgada

Com relação aos recursos⁷²⁴, não existe peculiaridade alguma que mereça comentários mais aprofundados, visto que no âmbito da tutela específica os aspectos recursais são equivalentes às demais demandas.

A apelação eventualmente interposta deverá ser recebida em ambos os efeitos por não ocorrer quaisquer das hipóteses prevista no artigo 520 do Código de Processo Civil. Diante de tal situação, inviável será a execução provisória.

A eficácia da sentença que julga procedente o pedido inaugural somente produzirá efeitos a partir do trânsito em julgado, conforme prevê o artigo 641 do Código de Processo Ci-

724. Sobre o tema v., por todos, NERY JÚNIOR, N. Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos.

vil⁷²⁵, ressalvado o caso, como já referido, de tutela antecipatória.

XI.6. Tutela Cautelar, Antecipatória e Satisfativa

A grande inovação trazida pela alteração do Código de Processo Civil ocorrida no final de 1994, foi a previsão legal da tutela antecipatória, "embora isto não seja novidade no direito pátrio, como demonstram a ação popular, ação civil pública, defesa do consumidor⁷²⁶, mandado de segurança, reintegração de posse e nunciação de obra nova"⁷²⁷. Não obstante, a sua positivação no Código já era necessária em face do excessivo uso da medi-

725. V. a respeito as considerações realizadas acerca de tal dispositivo no capítulo VIII.

726. NELSON NERY JR (Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. p. 206/7) ao se referir à tutela antecipatória prevista no artigo 84 § 3º do CDC deixa claro a sua aplicabilidade a qualquer tipo de demanda por ele alcançável: "nada obstante a autorização legal para a antecipação da tutela jurisdicional definitiva esteja colocada topicamente como parágrafo do dispositivo que trata da execução específica da obrigação de fazer, evidentemente se aplica a toda e qualquer pretensão que seja deduzida em juízo como fundamento no Código de Defesa do Consumidor. isto porque o sistema do Código não é infenso a esse novo instituto, de sorte que, aliando essa autorização com o disposto no art. 83 do Código, que permite todo e qualquer tipo de pretensão para a tutela efetiva do consumidor, chega-se à conclusão de que a antecipação da tutela definitiva pode ser pleiteada em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC".

Após o advento da reforma processual, com o advento do nova redação do art. 273 do CPC, NERY JR (Código de Processo Civil... suplemento de atualização. p. 12) deixa claro que "a regra do CDC 84 § 3º agora se estende a todo o processo civil, de sorte que o juiz poderá conceder o adinamento da tutela definitiva de mérito, sob a forma de liminar, quando verificados os pressupostos legais. A norma admite pedido liminar em toda e qualquer ação. A possibilidade de serem concedidas cautelares satisfativas está expressamente admitida pela norma sob comentário".

727. SCHIMIDT JR., Roberto Eurico. O Novo Processo Civil. p. 52.

das cautelares⁷²⁸.

A regulação da matéria, assim, está prevista no artigo 273 e §§ do Código de Processo Civil⁷²⁹ 730.

O primeiro aspecto de relevo é a distinção entre

728. "Deveras, o processo cautelar, não só no Brasil, mas também na França, como revela Roger Perrot e na Itália, como sugere La China, transformou-se em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário. A utilização indiscriminada da tutela cautelar surgiu, portanto, como uma consequência da superação da ordinariedade e da tendência, daí decorrente, à busca de tutelas sumárias, entendidas estas como aptas à obtenção de uma sentença rápida e capaz de tornar efetivo o direito material.

A tutela cautelar, pois, passou a ser o veículo de todas as formas de manifestação da tutela sumária urgente. Tanto a tutela que satisfaz por antecipação, dita sumária antecipatória, como aquela que visa apenas regular uma situação de fato ligada à lide, por nós denominada de tutela interinal, foram tratadas como tutela cautelar" (MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil. pp. 79/80).

729. 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 da alegação e;

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na medida que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento".

730. Sobre as alterações ocorridas no CPC, especialmente atinente à matéria em comento v. DINAMARCO, C. R. A Reforma... 2ª Ed., pp. 138/148; SCHIMIDT JR., R. E. O Novo Processo Civil. pp. 52/58; BERNUDES, Sergio. A Reforma... pp. 34/38; ALVIM, J. E. Carreira. Código de Processo Civil Reformado. pp. 94/125; PASSOS, J. J. Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. pp. 05/38.

a tutela cautelar e a antecipatória⁷³¹. Como anota MARINONI⁷³², "a provisoriedade não é nota que atribui características à tutela cautelar. A execução provisória fundada em *periculum in mora* é provisória e nem por isso é cautelar. A tutela cautelar não pode satisfazer, ainda que provisoriamente, o direito acautelado. Com efeito, a tutela cautelar não deve assumir uma configuração que desnature a sua função, pois de outra forma restará como simples tutela de cognição sumária (...). A tutela cautelar visa tão-somente assegurar a viabilidade da realização de uma pretensão. É marcada, por esta razão, pelo caráter da referibilidade. Deveres, na tutela cautelar deve sempre existir referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é objeto de proteção, ou de cautela. Se inexistente referibilidade, ou referência a um direito, não há proteção cautelar. Há satisfatividade; nunca tutela cautelar"⁷³³. Logo, "a tutela sumária antecipatória constitui espécie do gênero tutela urgente, tendo por fim, mediante cognição sumária da lide, realizar de imediato a pretensão"⁷³⁴.

Assim, percebe-se que a diferença básica está no fato de que a tutela cautelar visa proporcionar medidas para as-

731. Sobre a natureza e os limites da tutela antecipatória v. CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A Lide Cautelar no Processo Civil. pp. 144/158.

732. Novas Linhas... pp. 80/1. Sobre o tema v., também, MARINONI, L. G. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência.

733. Não obstante, ainda que não se partilhe de tal entendimento, ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA (A Lide Cautelar... p. 146) concebe a tutela antecipatória como sendo "de natureza cautelar".

734. MARINONI, L. G. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. p. 141. Sobre a distinção abordada v., também, SANTOS, Antônio Jeová da Silva. pp. 17/20.

segurar a pretensão, enquanto que a tutela antecipatória concede a própria pretensão. Evidente, destarte, o caráter satisfativo da tutela antecipatória que não significa a geração de um caráter irreversível⁷³⁵ ou de difícil reversibilidade⁷³⁶.

A tutela cautelar antecipatória pode ser aplicada a toda e qualquer demanda, mesmo àquelas regidas por leis especiais que tenham no Código de Processo Civil a sua disciplina subsidiária.

A sua possibilidade jurídica depende da ocorrência dos requisitos legais, previstos no aludido artigo 273. Existe, destarte, um requisito obrigatório e dois alternativos:

a) direito verossímil, aliado à prova segura. A expressão inequívoca deve ser interpretada neste sentido, sob pena de se limitar em muito a concessão da tutela antecipatória;

b) alternativamente, (1) o abuso no direito de defesa do réu ou a sua intenção meramente protelatória; (2) a presença de dano irreparável ou de difícil reparação, que recomenda a antecipação.

Aliada a esta situação, mesmo presentes os requi-

735. "As medidas inerentes à tutela antecipada têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.

Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo" (DINAMARCO, C. R. A Reforma... 2ª Ed., p. 146).

Sobre os conceitos aqui discutidos v., também, SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. III, pp. 20/50.

736. É o que SCHMIDT (O Novo Processo... p. 56) concebe ao interpretar o conteúdo da expressão perigo de irreversibilidade.

sitos supra referidos, não se concederá a tutela quando ela puder ser irreversível ou de difícil reversibilidade, nem quando incidirem os incisos II e III do artigo 588 do Código de Processo Civil⁷³⁷.

Com base nas regras supra descritas, ocorrendo a situação que permita a antecipação dos efeitos da tutela e havendo requerimento do interessado⁷³⁸, é dever do magistrado a sua concessão, pois se assim não fosse o convencionamento judicial não seria decorrência da discricionariedade, mas sim em função de um ato arbitrário⁷³⁹.

Segundo a regra do § 1º do artigo 273 na decisão de antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. Não, porém, somente na que conceder, mas também na que denegar, revogar ou realizar modificações na já concedida. A necessidade da perfeita fundamentação decorre de mandamento constitucional (art. 93, IX), da regra prevista nos artigos 165 e 458, II do Código de Processo Civil, bem como na transparência que devem ter as decisões judiciais, inclusive para efeito de possibilitar o recurso.

Deve-se, por outro lado, ter como não fundamentada

737. Art. 588: "A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

II - não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;

III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule o que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior".

738. Este interessado poderá ser, inclusive, o réu que poderá solicitá-la nas ações dúplices ou através da reconvenção.

739. No mesmo sentido v. SCHMIDT JR., R. E. ob. cit. p. 53.

decisão que utiliza chavões próprias, mas que não permite à parte atingida pela decisão saber, efetivamente, o porque da concessão ou denegação. Ora, dizer-se "pela prova produzida nos autos", "preenchidos os requisitos legais" e outras do gênero é nada dizer⁷⁴⁰.

Acrescente-se, ademais que não é incomum, como assevera NERY JR⁷⁴¹, "os juizes indeferirem pretensões das partes argumentando com o jargão de que o fazem 'por falta de amparo legal'. Esse tipo de decisão é exemplo clássico de ausência de fundamentação da decisão judicial (jurisdicional ou administrativa), quer a torna irrita e ineficaz. O juiz deverá indicar o porquê do indeferimento, já que se não houver vedação expressa na lei, o juiz não poderá deixar de apreciar o pedido, preenchendo eventual lacuna pelos mecanismos indicados no art. 4º da LICC, art. 126, do CPC e art. 7º do CDC. Sua conclusão poderá até ser pelo indeferimento, mas deverá dizer quais as razões pelas quais -----

740. CALMON DE PASSOS (Inovações no Código... pp. 14/5) ao se referir à necessidade de prova inequívoca dos requisitos legais para a concessão da tutela antecipatória, traduz, de modo claro, talvez até com algum exagero, toda a insatisfação dos jurisdicionados com algumas decisões judiciais: "assim, entendo que prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado. Ela é convincente, inequívoca, isto, prova que não permite equívoco, engano, quando a fundamentação que nela assenta é dessa natureza. Estamos todos acostumados, entretanto, neste nosso país que não cobra responsabilidade de ninguém, ao dizer de magistrados levianos, que fundamentam seus julgados com expressões criminosas como estas: 'atendendo a quanto nos autos está fartamente provado...', à robusta prova dos autos, 'ao que disseram as testemunhas...' e outras levandades dessa natureza que, se fôssemos apurar devidamente, seriam, antes de levandades, prevaricações, crimes, irresponsabilidade e arbítrio, desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, cusparada na cara dos falsos cidadãos que somos quase todos nós".

741. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. p. 157.

assim decidiu".

Logo, o descumprimento de tal regra ou a fundamentação deficiente gera a invalidade da decisão⁷⁴², passível de ser cassada inclusive via mandado de segurança⁷⁴³.

O deferimento de pedido de antecipação de tutela poderá ocorrer em qualquer momento, desde que preenchidos os requisitos legais, mesmo após sentença proferida nos autos⁷⁴⁴.

742. "Apesar de o § 1º do art. 273 não determinar expressamente a nulidade, não resta dúvida de que a decisão desfundamentada é nula. Para quem, como Lopes da Costa, entende que a motivação é de ordem pública (op. cit. p. 297), da sua inobservância resultaria nulidade absoluta, cuja consequência é poder ser conhecida de ofício pelo juiz; para quem sustenta tratar-se de nulidade relativa, a sua decretação decorreria de requerimento da parte" (ALVIM, J. E. C. Código de Processo Civil... p. 119). Referido autor é enfático acerca da importância da fundamentação v. ob. cit. pp. 117/119).

743. Acerca da técnica própria para a impetração da segurança ou remédio jurídico equivalente v., ALVIM & ALVIM PINTO. Mandado de Segurança contra Ato Judicial e, principalmente, PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial.

744. Com opinião semelhante v. ALVIM, J. E. C. ob. cit. p. 112. CALMOS DE PASSOS (Inovações no Código... pp. 11, 12 e 13/4), porém, entende que a "antecipação da tutela, ora disciplinada, reclama, para que seja deferida, já seja possível decisão de mérito no processo em que ela é postula, a ser concomitantemente proferida, ou já exista decisão de mérito, à qual se deseja acrescentar o benefício da antecipação, para que se torne, de logo, provisoriamente exequível". (...) "Se ainda há provas a produzir e são elas relevantes e pertinentes, inexistente prova inequívoca autorizadora da antecipação". (...) "Em suma, para ficar bem claro o meu pensamento: não se criou um momento novo para apreciação do mérito da causa, que não aquele em que ele pode e deve ser apreciado. A antecipação pede a mesma prova inequívoca que pede a decisão definitiva. Onde esta não é ainda possível, não será possível a antecipação. A antecipação é apenas o poder deferido ao magistrado de emprestar eficácia executiva provisória imediata a sua decisão, e será impossível a existência no processo, de duas 'provas inequívocas', uma que autoriza a antecipação, mas não permite decisão de mérito, e outra que autoriza a decisão definitiva. Puro engano. Uma coisa e outra estão casadas indissolivelmente".

Ainda que inteligente a sua oposição, há evidente equívoco,

Por outro lado, excluída a hipótese de levantamento de numerário, não poderá o juiz determinar a prestação de caução, pois inexistindo previsão legal que a autorize, "seria o mesmo que criar-se (sic) uma limitação. Estaria o juiz impondo um limite não autorizado pela lei. Desta sorte, presentes os requisitos e independentemente da prestação de qualquer caução, deve a antecipação ser deferida"⁷⁴⁵.

Uma última característica da antecipação da tutela é sua provisoriedade, pois pode ser revogada a qualquer tempo, convencendo-se o juiz da sua necessidade ou não, quer por novos elementos trazidos aos autos, quer pela modificação da situação fática, concedendo-a ou revogando-a; aumentando sua abrangência ou diminuindo-a.

Os requisitos previstos no artigo 273 são aplicáveis, igualmente, às situações descritas no artigo 461 do Código de Processo Civil, com as particularidades lá contidas. Não há conflito entre tais regras, devendo-se interpretá-las de modo a conciliar a tutela antecipatória (art. 273 do CPC) com a execução específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do CPC),

...Continua...

pois tal interpretação resultaria em praticamente obstaculizar toda a incidência prática do instituto. Se a tutela antecipatória somente fosse possível nos casos defendido pelo professor baiano por que motivo falaria em pedido inicial no caput do art. 273? Por que, também, estabeleceria os requisitos legais para a concessão, dando a entender o legislador que a hipótese do inciso I poderia ocorrer mesmo antes da apresentação da defesa? Tal exegese é matar a inovação legislativa, é sepultar todos os esforços para a efetividade do processo, bem como pela celeridade processual.

745. SCHMIDT JR., R. E. ob. cit. p. 58.

regra aplicável, igualmente, a outras demandas.

Lembre-se que o pedido de antecipação da tutela é realizado nos próprios autos da ação principal, ou seja, independentemente de petição própria ou autos apartado⁷⁴⁶. Ademais, a antecipação da tutela poderá ocorrer sem ouvida da parte contrária, quando tal providência possa dificultar a efetividade do provimento jurisdicional antecipatória. Não obstante, marcando audiência de justificação prévia, a citação da parte contrária para acompanhá-la ou sua intimação para tanto, conforme o caso, deverá necessariamente ocorrer, aplicando-se, aqui, analogicamente, a regra do § 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil. Por outro lado, a ouvida da parte contrária, se incidental a concessão, será providência que poderá ser adotada pelo juiz da causa, ainda que não obrigatória⁷⁴⁷.

Lembre-se que a antecipação da tutela não sofre nenhuma limitação nas hipóteses em que a sentença a ser proferida dependa de reexame necessária (art. 475 do CPC), pois, se assim fosse, estar-se-ia excluindo a sua possibilidade, especialmente, contra as pessoas jurídicas de direito público. Pergunta-se: hipótese semelhante não acontece nas ações de mandado de segurança em que a sentença proferida não suspende os efeitos de liminar já concedida? E esta liminar não possui efeitos eminentemente

746. Com opinião contrária v. CALMON DE PASSOS. Inovações no Código... p. 20.

747. CALMON DE PASSO, novamente, diverge. Diz ele: "entendo que deva ser obedecido, no procedimento em que se postula a antecipação, o princípio do contraditório. Não é possível sua concessão sem audiência da parte contrária, que deve responder no prazo que se prevê para a cautelar, que me parece o mais indicado" (ob. cit. p. 26).

antecipatórios^{748?}

Se o pedido for de natureza cautelar, ainda que inominado, a questão será resolvida, não pelas regras da antecipação de tutela, mas sim pelo Processo Cautelar, mediante ação própria, prevista nos artigos 796 a 889 do Código de Processo Civil⁷⁴⁹.

Assim, põe-se a seguinte questão: é possível a tutela cautelar ou a antecipatória nas hipóteses de tutela específica? É evidente que sim, desde que preenchidos os pressupostos legais. Observe-se, contudo, que não será possível a obtenção do domínio da coisa que se busca em juízo, em face da regra do artigo 588, II do Código de Processo Civil, o mesmo não acontecendo com a posse.

748. Raciocínio contrário é desenvolvido por CALMON DE PASSOS. ob. cit. p. 30.

749. Sobre o processo cautelar v., por todos, SILVA, Ovídio B. da. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. XI.

XII. CONCLUSÕES

Todo o conteúdo desenvolvido teve um escopo único: demonstrar que o processo deve propiciar à tutela efetiva do direito lesado, proporcionando àquele que teve sua obrigação inadimplida, exatamente aquilo que obteria se, voluntariamente, o devedor a adimplisse.

Para tanto é fundamental liberar as amarras que impedem, por interpretação restritiva, uma tutela processual mais efetiva.

Demonstrou-se que a tendência mais moderna do processo civil é colocar as perdas e danos em segundo plano e, através de meios de execução indireta, se necessário, obter o direito inadimplido. Para tal mister o juiz deverá se utilizar de todos os meios possíveis, não sendo a timidez no comportamento compatível com a modernidade processual.

A nova visão contratual, inclusive com a aplicação ampla do Código do Consumidor a todos os contratos, desde que seja possível a incidência do artigo 29 do mencionado diploma legal, proporciona uma redução sensível nos entraves da tutela negocial substitutiva. As situações de existência, validade e eficácia dos contratos auxiliam na efetivação da manifestação de vontade prometida, pois impedem a incidência de cláusulas restritivas de direito como, por exemplo, o direito de arrependimento.

É através de visão ampla do mundo obrigacional que

se conclui que a tutela abordada é própria das obrigações de fazer juridicamente infungíveis, podendo alcançar tanto as obrigações pessoais como as reais, mas estando afastadas das naturais.

A tutela substitutiva não se restringe aos negócios jurídicos bilaterais, alcançando igualmente os unilaterais.

Como visto, a finalidade da execução é tornar efetivo o direito material violado. Assim, em face da necessidade da tutela específica ser a mais ampla possível, o alcance dos limites naturais e políticos deve ser, na mesma proporção, restrito.

Dentre as ações específicas para a busca do direito violado, o gênero executiva de obrigação de fazer, é a que melhor atende os reclamos do tutela negocial substitutiva. Não obstante, a efetividade poderá ser ainda maior se instrumentos coligados puderem ser também utilizados. Por isto é que se destaca a possível de cumulação, em dita demanda, de pedido cominatória e de perdas e danos, sem prejuízo da multa convencional.

No direito comparado, aquele que possui sistema mais semelhante ao pátrio é o italiano. Não obstante, os direitos português e alemão também se preocupam com a tutela substitutiva.

É por intermédio, essencialmente, das regras do Código de Processo Civil e do Código de Defesa e Proteção do Consumidor que, mais facilmente, se obtém a execução específica. Os diplomas analisados não são excludentes entre si, podendo o intérprete utilizá-los, de forma mais ou menos livre, para obter o resultado esperado.

Após análise das tendências modernas acerca do tema e do entendimento doutrinária e jurisprudencial, buscando limitar no máximo possível os requisitos para a tutela

específica, conclui-se que são eles os seguintes: a) a inviabilidade da tutela substitutiva não pode estar prevista no ordenamento jurídico, fato que a impede; b) é necessário o inadimplemento, acompanhado do elemento subjetivo culpa; c) o ato a ser exigido o substituição da vontade não pode se enquadrar entre aqueles que tenham a espontaneidade como requisito essencial, como se dá no casamento; d) a convenção inadimplida não alcança terceiros que dela não participaram, logo estes não podem ser alcançados pela decisão judicial substitutiva; e) o pré-contrato deve estar, desde a sua elaboração, dotado de todos os elementos necessários do contrato principal a ser formado; f) o título não pode obstaculizar a execução específica, como acontece nos casos em que possível é o direito de arrependimento; g) por fim, os limites naturais e políticos da execução não podem inviabilizar a incidência da tutela em questão.

A grande maioria das convenções inadimplidas permitem a tutela específica, desde que ela não se enquadra entre os requisitos obstativos retro referidos.

Entre as questões processuais merece destaque a eficácia executiva predominante da sentença que concede a tutela substitutiva, bem como a importância da tutela antecipatória como forma de se abreviar o tempo que demoraria para o credor efetivar o seu direito violado.

Enfim, é preciso que os instrumentalizadores do direito, principalmente os advogados e os juizes, acordem para a importância, inclusive social, do processo atender, de forma mais célere e perfeita possível, os reclamos das partes. Para tanto, como atrás referido, a timidez deve ser deixada de lado, quer no

pedir, pelo advogado, quer no exame da questão, pelo juiz.

Assim, é fundamental concluir que a tutela negoci-
al substitutiva, espécie do gênero tutela específica, não só deve
"proporcionar a quem tem um direito tudo e exatamente aquilo que,
foro do âmbito jurisdicional, poderia conseguir"⁷⁵⁰, mas sim le-
var em consideração a época em que tal direito violado foi defi-
nitivamente obtido, visando impedir que a demora em obter o di-
reito material se traduza em espúria e lamentável vantagem do
devedor sobre o credor.

750. YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional Específica... p.
14.

XIII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS⁷⁵¹

- ABDALA, Edson Vieira & POPP, Carlyle. *Comentários à Nova Lei Antitruste*. 1ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1994, 208 pp.
- ABREU, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1988, 342 pp.
- AGNOL JÚNIOR_____. *Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. in MARQUES, Cláudia Lima (Coordenadora). *A Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Livraria do Advogado Ed., Porto Alegre, 1994, pp. 13-32.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*. 1ª Ed., Ed. AIDE, Rio de Janeiro, 1991, 288 pp.
- _____ . *Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. in MARQUES, Cláudia Lima (Coordenadora). *A Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Livraria do Advogado Ed., Porto Alegre, 1994, pp. 13-32.
- AICARDI, Hector J. Cerruti. *La Promesa de Contratar*. 1ª Ed., *Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo*, Montevideo, 1952, 430 pp.
- ALABISO, Aldo. *Il Contratto Preliminare*. 1ª Ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1966, 308 pp.
- ALMEIRA, Carlos Ferreira de. *Os Direitos dos Consumidores*. 1ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1982, 364 pp.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. II, 2ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1972, 512 pp.
- _____ . *Direito Romano*. Vol. I, 7ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991, 458 pp.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 4ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1972, 406 pp.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil*

751. Bibliografia citada e consultada.

Reformado. 1ª Ed., Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995, 292 pp.

- **ALVIM, José Manoel de Arruda et alii. Código do Consumidor Comentado. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1991, 328 pp.**

- _____ **. et alii. Código do Consumidor Comentado. 2ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1995, 578 pp.**

- _____ **. & PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Mandado de Segurança contra Ato Judicial. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1989, 280 pp.**

- **AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1993, 310 pp.**

- _____ **et alii. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, 404 pp.**

- **AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Direito Civil Brasileiro - Introdução. 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991, 688 pp.**

- **ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol. II, 7ª Reimpressão, Ed. Coimbra, Coimbra, 1987, 480 pp.**

- **ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Efetividade do Processo de Execução. in O Processo De Execução - Estudos em Homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima. 1ª Ed., Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1995, pp. 127-141.**

- **ASSIS, Araken de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IX. Lejur Ed., 1ª Ed., São Paulo, 1985, 570 pp.**

- _____ **. Resolução do Contrato por Inadimplemento. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1991, 160 pp.**

- _____ **. Cumulação de Ações. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1989, 280 pp.**

- _____ **. Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor. 2ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1993, 176 pp.**

- **AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de Preferência em Arrendamento Rural. Revista de Direito Civil nº 22, pp. 183-193, Ed. RT, Ano 06, São Paulo, 1982.**

- **AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia. 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, 194 pp.**

- **AZEVEDO, Nydia Fischer Lacerda de. Da Adjudicação. 2ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986, 154 pp.**

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Limites e Justificação do Poder do Estado**. 1ª Ed., Ed. Vozes, Petrópolis, 1979, 196 pp.

- _____ . **Justiça Distributiva e Aplicação do Direito**. 1ª Ed., Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1983, 160 pp.

- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de Compra e Venda**. 3ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1992, 302 pp.

- BARBERO, Domenico. **Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano**. Vol. II, 4ª Ed., Ed. UTET, Torino, 1955, 1088 pp.

- BARROS, Hamilton de Moraes e. **A Proteção Jurisdicional do Credor das Obrigações de Fazer e de Não Fazer**. Anagis nº 02, pp. 60-75, Belo Horizonte.

- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito Intertemporal**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980.

- BAUR, Fritz. **Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares**. 1ª Ed. brasileira, Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1985, 190 pp.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo**. 1ª Ed., Malheiros Eds., São Paulo, 1995, 142 pp.

- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O Conceito Jurídico de Consumidor**. Revista dos Tribunais nº 628, pp. 68-79, Ed. RT, São Paulo, 1988.

- BERMUDEZ, Sergio. **Direito Processual Civil - Estudos e Pareceres**. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1983, 306 pp.

- _____ . **A Reforma do Código de Processo Civil**. 1ª Ed., Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995, 126 pp.

- BESSONE, Darcy. **Da Compra e Venda - Promessa & Reserva de Domínio**. 3ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1988, 268 pp.

- _____ . **Do Contrato - Teoria Geral**. 3ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, 342 pp.

- _____ . **Renovação de Locação**. 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, 284 pp.

- BITTAR, Carlos Alberto. GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa & FERNANDES NETO, Guilherme. **Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas**. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, 124 pp.

- _____ **et alii**. **Contornos Atuais da Teoria dos Contratos**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1993, 160 pp.

- _____ . **Contratos Cíveis**. 2ª Ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991, 262 pp.

- _____ . **Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais**. 1ª Ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1990, 198 pp.

- _____ . **Direitos do Consumidor**. 3ª Ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991, 160 pp.

- _____ & BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1993, 200 pp.

- _____ . **Reparação Civil por Danos Morais**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1993, 256 pp.

- BOURGUIGNON, Álvaro Manoel. **Adjudicação Compulsória**. Revista de Processo nº 36, pp. 241-276, Ano 09, Ed. RT, São Paulo, 1984.

- BULGARELLI, Waldirio. **Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor**. 1ª Ed., Ed. Atlas, São Paulo, 1993, 128 pp.

- _____ . **Obrigação de Contratar por Decisão Judicial**. Revista dos Tribunais nº 561, pp. 36-42, Ed. RT. São Paulo, 1982.

- BUSNELLI, Francesco D.; GERI, Lina Bigliuzzi & FERRUCCI, Romeo. **Commentario del Codice Civile. Libro VI - Tomo Quarta. Della Tutela Dei Diritti**. 1ª Ed., Ed. UTET, Torino, 1964, 564 pp.

- BUZAID, Alfredo. **Ação Declaratória no Direito Brasileiro**. 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, 424 pp.

- CAENEGEM, R.C. Van. **An Historical Introduction to Private Law**. 1ª Ed. americana, Cambridge University Press. Cambridge, 1992, 216 pp.

- CALIXTO, Negi. **A Abolição Aparente das Ações Cominatórias no Novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais nº 460, pp. 65-71, Ed. RT, São Paulo, 1974.

- CALVETE, Victor J. de Vasconcelos Raposo R.. **A Forma do Contrato-Promessa e as Conseqüências da sua Inobservância**. 1ª Ed., Ed. Coimbra, Coimbra, 1990, 152 pp.

- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1ª Ed. brasileira, Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1988, 168 pp.

- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Das 'Astreintes' nas Obrigações de Fazer Fungíveis**. Revista AJURIS nº 14, pp. 125-129, Porto Alegre, 1978.

- CARPI, Frederico. **Flashes sulla Tutela Giurisdizionale**

- COSTA, Judith Martins. **As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico**. Revista dos Tribunais nº 680, pp. 47-58, Ed. RT, São Paulo, 1992.

- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Contrato-Promessa - Uma Síntese do Regime Actual**. 2ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1993, 68 pp.

- _____ . **Noções de Direito Civil**. 2ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1985, 580 pp.

- _____ . **Direito das Obrigações**. 4ª Ed., Coimbra Ed., 1984, 812 pp.

- COSTANTINO, Giorgio. **Note sulle Tecniche di Attuazione dei Diritti di Credito nei Processi di Espropriazione Forzata**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. pp. 123-178, Ed. Giuffrè, Milano, nº 01, Março/1988.

- CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Adjudicação Compulsória**. 5ª d., Ed. RT, São Paulo, 1991, 124 pp.

- _____ . **Notas Sobre a Adjudicação Compulsória**. Revista dos Tribunais nº 601, pp. 15-18, Ed. RT, São Paulo, 1985.

- CRETELLA JÚNIOR, José., DOTTI, René Ariel et alii. **Comentários ao Código do Consumidor**. 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1992, 500 pp.

- CRIBARI, Giovanni. **Execução Específica - Obrigações de Fazer, de Não Fazer e de Prestar Declaração de Vontade: Cominação e Ação de Preceito Cominatório**. Revista de Processo nº 10, pp. 47-61, Ed. RT, São Paulo, 1978.

- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A Lide Cautelar no Processo Civil**. 1ª Ed., Ed. Juruá, Curitiba, 1992, 174 pp.

- CUNHA, J. S. Fagundes. **Bem de Família - Comentários à Lei 8009/90**. 2ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1992, 96 pp.

- CUPIS, Adriano de. **El Daño - Teoría General de la Responsabilidad Civil**. 1ª Ed. espanhola, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, 852 pp.

- CZAJKOWSKI, Rainer. **A Impenhorabilidade do Bem de Família - Comentários à Lei 8009/90**. 1ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1992, 130 pp.

- DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Cláusulas Abusivas: a Opção Brasileira**. in MARQUES, Cláudia Lima (Coordenadora). **A Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul**. Livraria do Advogado Ed., Porto Alegre, 1994, pp. 33-46.

- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **A Execução Específica e**

os Interesses Metaindividuais. in Revista dos Tribunais. Vol. 712, pp. 25-32, São Paulo, 1995.

- DELGADO, Abel. **Do Contrato-Promessa. 3ª Ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1985, 357 pp.**

- DENTI, Vittorio. **L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica. 1ª Ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1953, 298 pp.**

- DIAS, Maria Berenice. **Das Obrigações de Declarar a Verdade. Revista AJURIS nº 51, pp. 31-38, Porto Alegre, 1991.**

- _____. **Observações sobre o Conceito de Pretensão. Revista Ajuris nº 35, pp. 84-96, Porto Alegre, 1985.**

- Díez-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I, 2ª Ed., Tecnos Ed., 1988, 896 pp.**

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo. 1ª Ed., Ed., RT, São Paulo, 1987, 472 pp.**

- _____. **Execução Civil. Vol. 2. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1989, 458 pp.**

- _____. **Execução Civil. Vol. 1. 2ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1987, 348 pp.**

- _____. **Execução Civil. 3ª Ed., Malheiros Ed., São Paulo, 1993, 586 pp.**

- _____. **Escopos Políticos do Processo. in Participação e Processo. Coordenação de GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 416 pp.**

- _____. **A Reforma do Código de Processo Civil. 1ª Ed., Malheiros Eds., São Paulo, 1995, 274 pp.**

- _____, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo & GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo. 5ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1985, 330 pp.**

- _____. **A Reforma do Código de Processo Civil. 2ª Ed., Malheiros Eds., São Paulo, 1995, 294 pp.**

- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral das Obrigações. 2º Vol., 6ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, 360 pp.**

- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil. 7ª Vol., 6ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1992, 462 pp.**

- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 3ª Vol,**

Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, 530 pp.

- DIZ, Manoel Nascimento. *A Ação Cominatória e a Pena Pecuniária nas Obrigações de Fazer e Não Fazer no Novo Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais n° 461, pp. 27-30, Ed. RT, São Paulo, 1974.

- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor*. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1994, 298 pp.

- DOTTI, René Ariel., CRETELLA JÚNIOR, José. et alii. *Comentários ao Código do Consumidor*. 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1992, 500 pp.

- DUBY, Georges. *Idade Média, Idade dos Homens*. 1ª Ed. brasileira, Ed. Schwarcz, São Paulo, 1989, 216 pp.

- ERPEN, Décio Antônio. *Da Execução de Pré-Contrato e da Sentença Substitutiva da Declaração de Vontade*. Revista AJURIS n° 41, pp. 43-52, Porto Alegre, 1987.

- FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. 1ª Ed.. Ed. USP, São Paulo, 1988, 192 pp.

- FARIA, Werter R.. *Mora do Devedor*. 1ª Ed., Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1981, 144 pp.

- FAZZALARI, Elio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Vol. II, 1ª Ed., Ed. CEDAM, Padova, 1986, 156 pp.

- FELTRIN, Sebastião Oscar. *As Ansiedades do Juiz*. Revista dos Tribunais n° 628, Ed. RT, São Paulo, 1988, pp. 275-278.

- FERIANI, Luiz Arlindo. *Breves Anotações às Recentes Alterações do Código de Processo Civil*. 3ª Ed., E. V. Editora, Campinas, 1995, 112 pp.

- FILOMENO, José Geraldo Brito et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 2ª Ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, 714 pp.

- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*. 1ª Ed., Ed. Coimbra, Coimbra, 1994, 296 pp.

- FREITAS, Vladimir Passos de.; DOTTI, René Ariel.; CRETELLA JÚNIOR, José. et alii. *Comentários ao Código do Consumidor*. 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1992, 500 pp.

- FRIGNANI, Aldo. *Le Penalià di Mora e Le Astreintes nei Diritti che si Ispirano al Modello Francese*. Rivista di Diritto Civile. Ano XXVIII, n° 05, pp. 506-536, Ed. CEDAM, Padova, Set/Out 1981.

- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Amércio. *Resumo de Processo Civil*. 10ª Ed., Malheiros Eds., São Paulo, 1995, 160 pp.

- FURTADO, Paulo. *Execução*. 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, 388 pp.

- GABRIELLI, Giovanni. *Contratto Preliminare*. *Rivista di Diritto Civile*. Ano XXXIX, nº 02, pp. 225-249, Ed. CEDAM, Padova, Mar/Abr 1993.

- GANGI, Calogero. *Le Obligationi*. 1ª Ed., Dott. A. Giuffrè Ed., Milano, 1951, 398 pp.

- GARCÍA, J. A. Doral. *Reparación y Sanción - El Cumplimiento de las Obligaciones en Forma Específica*. *Anuario de Derecho Civil*. Ministério da Justiça, Tomo XLVI, Fascículo II, pp. 589-598, Madrid, 1993.

- GERI, Lina Bigliuzzi; BUSNELLI, Francesco D. & FERRUCCI, Romeo. *Commentario del Codice Civile. Libro VI - Tomo Quarta. Della Tuela Dei Diritti*. 1ª Ed., Ed. UTET, Torino, 1964, 564 pp.

- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 1ª Ed. portuguesa, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, 816 pp.

- GIUSTI, Alberto & PALADINI, Mauro. *Il Contrato Preliminare*. 1ª Ed., Giuffrè Ed., Milano, 1992, 390 pp.

- GOMES, Orlando. *Contratos*. 10ª Ed.. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, 585 pp.

- _____ . *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1980, 204 pp.

- _____ . *Obrigações*, 8ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, 432 pp.

- _____ . *Introdução ao Direito Civil*. 9ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, 476 pp.

- GRECO FILHO, Vicente. *Execução contra a Fazenda Pública*. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, 140 pp.

- GRINBERG, Rosana. *Da Ação Civil Pública: Interpretação dos Artigos 12 e 14 da Lei 734/85*. *Revista Direito do Consumidor* nº 05, pp. 50-53, Ed. RT, São Paulo, 1993.

- GRINOVER, Ada Pelegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 2ª Ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, 714 pp.

- _____ , CINTRA, Antonio Carlos de Araújo & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 5ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1985, 330 pp.

- GRISARD FILHO, Waldyr. *Contrato Preliminar e Compromisso*

de Compra e Venda. 1ª Ed., JM&MPA Ed., Curitiba, 1993, 242 pp.

- HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini; DOTTI, René Ariel.; CRETELLA JÚNIOR, José. et alii. **Comentários ao Código do Consumidor. 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1992, 500 pp.**

- HEDEMANN, J. W.. **Tratado de Derecho Civil. Vol. III, 1ª Ed. espanhola, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, 614 pp.**

- HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil. 1ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1992, 612 pp.**

- JOSSE RAND, Louis. **Derecho Civil. Tomo II, Vol. I, 1ª Ed. argentina, Bosch y Cia. Ed., Buenos Aires, 1950. 772 pp.**

- KFOURI NETO, Miguel. **Execução das Obrigações de Fazer e Não Fazer e Outros Meios de Coerção. Revista Jurisprudência Brasileira nº 161,, pp. 52-62, Juruá Ed., Curitiba.**

- KROETZ, Tarcísio Araújo. **Efetividade da Tutela Jurídica Processual no Código do Consumidor. in Direito do Consumidor Vol. 6, Ed. RT, São Paulo, pp. 167-185, 1993.**

- LARA, Betina Rizzato. **Liminares no Processo Civil. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1993, 256 pp.**

- LARENZ, Karl. **Derecho Civil - Parte General. 1ª Ed. espanhola, EDERSA, Madrid, 1978, 872 pp.**

- LENT, Friedrich. **Diritto Processuale Civile Tedesco. 1ª Ed., Morano Ed., Napoli, 1962, 392 pp.**

- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil. Vol. I, 2ª Ed. brasileira, tradução e notas da 4ª Ed. italiana por DINAMARCO, Cândido Rangel, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1985, 322 pp.**

- LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil. VI Vol., Tomos I e II, 3ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979, 930 pp.**

- LIMA, Pires de & VARELA, João de Mattos Antunes. **Código Civil Anotado. Vol. I, 4ª Ed., Ed. Coimbra, Coimbra, 1987, 796 pp.**

- LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O Contrato - Exigências e Concepções Atuais. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, 96 pp.**

- _____ . **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1991. 240 pp.**

- LONGO, Giovanni Elio. **Esecuzione Forzata (diritto intermedio). in Novissimo Gigesto Italiano. VI. Turim, UTET, 1960.**

- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1992, 152 pp.

- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Vol. III. 4ª Ed., Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1991, 404 pp.

- _____ . **Curso de Direito Civil**. Vol. I, 6ª Ed., Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1988, 580 pp.

- MACHADO. João Baptista. **João Baptista Machado - Obra Dispersa**. Vol. I, 1ª Ed., Scientia Iuridica Ed., Braga, 1991, 868 pp.

- MAJO, Adolfo di. **La Tutela Civile dei Diritti**. 2ª Ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1993, 396 pp.

- MALACHINI, Edson Ribas. **Questões sobre a Execução e os Embargos do Devedor**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1980, 218 pp.

- _____ . **Ato Administrativo**. 1ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1990, 146 pp.

- _____ . **Das Nulidades no Processo Civil**. in *Revista de Processo* nº 09, Ed. RT, São Paulo, pp. 57-70, 1978.

- _____ . **Impenhorabilidade da Meação do Cônjuge não Devedor**. in *Revista de Processo* nº 45, Ed. RT, São Paulo, pp. 23-34, 1987.

- MANDRIOLLI, Crisanto. **L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica**. 1ª Ed., Giuffrè Ed., Milano, 1953, 112 pp.

- _____ . **Condanna a Esequire un Contratto Preliminare?**. in *Rivista di Diritto Civile*, Cedam Ed., Padova, v. 05, ano 10, pp. 487-496, 1964.

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1993, 182 pp.

- _____ . **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1992, 154 pp.

- _____ . **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. 1ª Ed., Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1994, 94 pp.

- MARMITT, Arnaldo. **Adjudicação Compulsória**. 1ª Ed., Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1995, 280 pp.

- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1992, 246 pp.

- _____ *et alii*. **A Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul**. 1ª Ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1994, 312 pp.

- MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 5ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, 210 pp.

- MARTELOZZO, Antônio. **O Interdito Proibitório no Direito Brasileiro**. 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1992, 164 pp.

- MARTÍNEZ, J. Ignacio Cano. **La Obligación Natural**. 1ª Ed., Bosch Ed., Barcelona, 1990, 90 pp.

- MARTINEZ, Pedro Romano. **O Subcontrato**. 1ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1989, 215 pp.

- MATTIA, Fabio Maria de. **O Compromisso de Compra e Venda, as Súmulas do Supremo Tribunal Federal de números 166, 167 e 412 e Jurisprudência da Suprema Corte. Apud in Estudos em Homenagem do Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO**. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1982, 354 pp.

- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. 3ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1988, 228 pp.

- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial**. Vol. VI, 4ª Ed., Rio de Janeiro, 1947, 656 pp.

- MICHELLI, Gian Antonio. **Tutela Dei Diritti**. in SCIALOJA, Antonio & BRANCA, Giuseppe. **Commentario del Codice Civile. Libro 6º**. 1ª Ed., Zanichelli Ed., Roma, 1957, 728 pp.

- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1989, 236 pp.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo VII. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1978, 468 pp.

- _____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXVI, 3ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1984, 460 pp.

- _____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXII, 3ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1984, 470 pp.

- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I, 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1974 518 pp.

- _____. **Tratado das Ações**. Tomo I, 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1970, 372 pp.

- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo XIV, 2ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1961, (???) pp.

- MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. 1ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1990, 800 pp.
- MONTEIRO, Washingtons de Barros. *Curso de Direito Civil*. 1ª Vol., 23ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1984, 324 pp.
- MONTESANO, Luigi. *Obbligo a Contrarre*. in *Enciclopedia Del Diritto*. Vol. XXIX, 1ª Ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1979, pp. 508-529.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 10ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989, 460 pp.
- _____ . *Temas de Direito Processual*. 3ª Série, 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1984, 236 pp.
- _____ . *Tendências em Matéria de Execução de Sentenças e Ordens Judiciais*. Revista de Processo nº 41, pp. 151-168, Ed. RT, São Paulo, 1986.
- _____ . *A Influência do Direito Processual Civil Alemão em Portugal e no Brasil*. Revista de Processo nº 56, pp. 100-109, Ed. RT, São Paulo, 1989.
- _____ . *A Tutela Específica do Credor nas Obrigações Negativas*. Revista Brasileira de Direito Processual nº 20, pp. 61-79, Ed. Forense, Rio de Janeiro.
- _____ . *Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil*. Revista de Processo nº 31, pp. 199-209, Ed. RT, São Paulo, 1983.
- MOURA, Mário Aguiar. *O Processo de Execução*. Vols. I e II. 1ª Ed., Ed. Emma, Porto Alegre, 1975, 596 pp.
- _____ . *Promessa de Compra e Venda*. 1ª Ed.. Rio de Janeiro, Ed. Aide, 1985, 428 pp.
- _____ . *Adjudicação Compulsória com Fundamento em Promessa de Compra e Venda não Registrada*. Revista de Processo nº 44, pp. 264-272, Ed. RT, São Paulo, 1986.
- MUNIZ, Severino. *Ações Cominatórias à Luz do Art. 287 do Código de Processo Civil*. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1983, 104 pp.
- MUSIL, Robert. *O Homem sem Qualidades*. 2ª Ed., Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1989, 872 pp.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. 3ª Ed., Ed. AIDE, Rio de Janeiro, 1991, 192 pp.
- NAVARRO, Hélio Rubens Pereira. *Adjudicação Compulsória*. Revista de Processo nº 40, pp. 40-56, Ed. RT, São Paulo, 1985.

- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 24ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1993, 1409 pp.

- _____ . *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. 12ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1993, 944 pp.

- _____ . *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 26ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1995, 1502 pp.

- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1992, 216 pp.

- _____ et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 2ª Ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, 714 pp.

- _____ . *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1990, 264 pp.

- _____ . *Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*. in *Direito do Consumidor*. Vol. 1, Ed. RT, São Paulo, pp. 200-221, 1992.

- _____ & NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1994, 2006 pp.

- NIESS, Pedro Henrique Távora. *Da Sentença Substitutiva da Declaração de Vontade*. 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1982, 76 pp.

- _____ . *A Questão do Registro do Compromisso de Compra e Venda*. *Revista dos Tribunais* nª 636, pp. 46-57, Ed. RT, São Paulo, 1988.

- NÓBREGA, Vandick Londres da. *História e Sistema do Direito Privado Romano*. 3ª Ed., Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1961, 676 pp.

- NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1994, 266 pp.

- OLIVEIRA, Juarez (Coordenador). Mukai, Toshio et alii. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, 404 pp.

- PACCHIONI, Giovanni. *Diritto Civile Italiano - Diritto Dalle Obligazioni. Dei Contratti in Generale*. Vol. II, 3ª Ed., Ed. CEDAM, Padova, 1939, 332 pp.

- PASQUALOTTO, Adalberto. *Defesa do Consumidor*. *Revista dos*

Tribunais n° 658, pp. 52-72, Ed. RT, São Paulo, 1990.

- PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo.** in **Participação e Processo.** Coordenação de GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ragel & WATANABE, Kazuo. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 416 pp.

- _____ . **Inovações no Código de Processo Civil.** 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995, 148 pp.

- PAULA, Alexandre de. **O Processo Civil à Luz da Jurisprudência.** Vol. VI, 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, 542 pp.

- _____ . **O Processo Civil à Luz da Jurisprudência.** Vol. XIV, 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1990, 616 pp.

- PEDRASSI, Cláudio Augusto. **Contrato Preliminar: Inadimplemento da Obrigação de Contratar - Soluções para a Questão.** Revista Jurídica da Faculdade de Direito da PUC-Campinas n° 07, pp. 82-117, Campinas, 1989.

- PEREIRA, Altino Portugal Soares. **A Promessa de Compra e Venda de Imóveis no Direito Brasileiro.** 1ª Ed., Ed. Oficinas de Aprendizagem do SENAI, Curitiba, 1957, 92 pp.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol. III, 7ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986, 412 pp.

- _____ . **Instituições de Direito Civil.** Vol. IV, 9ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1990, 332 pp.

- _____ . **Instituições de Direito Civil.** Vol. I, 12ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991, 500 pp.

- _____ . **Instituições de Direito Civil.** Vol. II, 10ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1990, 320 pp.

- _____ . **Instituições de Direito Civil.** Vol. V, 7ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991, 294 pp.

- PERROT, Roger. *L'Effettività dei Provvedimenti Giudiziari nel Diritto Civile, Commerciale e del Lavoro in Francia.* *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* pp. 845-863, Ed. Giuffrè, Milano, n° 04, Dezembro/1985.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3ª Ed., Ed. Coimbra, Coimbra, 1991, 662 pp.

- PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. **Medida Cautelar, mandado de Segurança e Ato Judicial.** 1ª Ed., Malheiros Eds., São Paulo, 1992, 184 pp.

- _____ . **Agravo de Instrumento.** 1ª Ed., Ed.

RT, São Paulo, 1991, 296 pp.

- _____ . **Nulidades da Sentença**. 3ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1993, 320 pp.

- _____ . & ALVIM, José Manoel de Arruda. **Mandado de Segurança contra Ato Judicial**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1989, 280 pp.

- PISANI, Andrea Proto. **Chiovenda e la Tutela Cautelare**. *Rivista di Diritto Processuale*, Ed. CEDAM, Padova, pp. 16-34, Jan/Março, 1988.

- _____ . **Appunti sulla Tutela di Condanna**. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. pp. 1104-1210, Ed. Giuffrè, Milano, 1978.

- POPP, Carlyle. **Comentários à Nova Lei do Inquilinato**. 3ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1992, 290 pp.

- _____ . **A AIDS e a Tutela Constitucional da Intimidade**. *Revista de Informação Legislativa*. nº 115, pp. 139/150, Julho/Setembro 1992, Ed. Senado Federal, Brasília.

- _____ . **A AIDS e a Proteção da Intimidade**. *Jornal "O Estado do Paraná"*. Curitiba/PR, Ed. de 30/01/94, p. 27.

- _____ . **A Máfia das Empresas de Cobranças**. *Jornal "O Estado do Paraná"*. Curitiba/PR, Ed. de 03/04/94, p. 24.

- _____ . **Novamente a AIDS e a Tutela da Privacidade**. *Jornal "O Estado do Paraná"*. Curitiba/PR, Ed. de 21/08/94, p. 23.

- _____ . **Notas sobre o Dano à Vida de Relação**. *Jornal "O Estado do Paraná"*. Curitiba/PR, Ed. de 14/11/93, p. 28.

- _____ . **Código do Consumidor e Desconsideração da Personalidade Societária**. *Jornal "O Estado do Paraná"*. Curitiba/PR, Ed. de 17/07/94, p. 27.

- _____ & ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à Nova Lei Antitruste**. 1ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1994, 208 pp.

- _____ & VALENTE, Carlos B.. **Ação Renovatória de Locação**. 1ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1992, 190 pp.

- _____ & SILVA, Jorge Vicente. **A Arrematação ou Adjudicação das Cotas Sociais Penhoradas e suas Consequências Jurídicas**. *Jurisprudência Brasileira* nº 146, Juruá Ed., Curitiba, 1989, pp. 13-19.

- POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**.

Yale University. Ed.. New Haven and London,. 1982, 202 pp.

- PRATA, Ana. **Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual**. 1ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1985, 822 pp.

- _____ . **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. 1ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1982, 232 pp.

- PRATA, Edson. **As Astreintes no Direito Brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Processual nº 22, pp. 15-50, Ed. Forense, Rio de Janeiro.

- PROENÇA, José Carlos Brandão. **Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral. A Dualidade Execução Específica-Resolução**. 1ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1987, 168 pp.

- PUGLIATTI, Salvatore. **Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale**. 1ª Ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1935, 454 pp.

- RÃO, Vicente. **Ato Jurídico**. 3ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1994, 408 pp.

- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6ª Ed., Armênio Amado Ed., Coimbra, 1979, 432 pp.

- RAGAZZINI, Luigi. **Contratto Preliminare di Società ed Esecuzione in Forma Specifica**. *Rivista di Diritto Civile*. Ano XXXVI, nº 01, pp. 61-69, Ed. CEDAM, Padova, Jan/Fev 1990.

- RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. **Os Princípios Gerais do Direito Civil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR nº 22, pp. 272-284, Ano 22, Curitiba, 1985.

- RAPISARDA, Cristina. **Profili della Tutela Civile Inibitoria**. 1ª Ed., CEDAM, Milano, 1987, 290 pp.

- REIS, Clayton. **Dano Moral**. 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991, 126 pp.

- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato**. Ed. Coimbra, Coimbra, 1990, 254 pp.

- RIPERT, Georges & BOULANGER, Jean. **Tratado de Derecho Civil**. Tomo V, *Obligaciones* 2ª parte, 1ª Ed. argentina, La Ley Ed., Buenos Aires, 1965, 672 pp.

- RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano**. 3ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1987, 204 pp.

- _____ . **Contratos**. Vol. I, 1ª Ed., Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1988, 488 pp.

- ROCHA, José de Moura. **Sistemática do Novo Processo de Execução**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1978, 526 pp.

- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do Produto no Direito Brasileiro**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1992, 152 pp.

- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Vol. 5, 12ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1983, 420 pp.

- RODYCZ, Wilson Carlos. **A Obrigatoriedade do Ofertante Cumprir a Oferta Publicitária à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. in MARQUES, Cláudia Lima et alii. **A Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul**. 1ª Ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1994, 312 pp.

- _____ . **O Regime de Publicidade Abusiva no Código de Defesa do Consumidor**. in MARQUES, Cláudia Lima et alii. **A Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul**. 1ª Ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1994, 312 pp.

- ROPPO, Enzo. **O Contrato**. 1ª Ed. portuguesa, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, 372 pp.

- _____ . **Contratti Standard - Autonomia e Controlli nella Disciplina delle Attività Negoziale di Impresa**. 2ª Ed., Dott. A. Giuffrè Edit., Milano, 1989, 400 pp.

- ROSA, Silvana Naves de Oliveira Silva. **Execução Específica das Obrigações de Fazer**. Revista de Processo nº 57, Ed. RT, São Paulo, 1990.

- _____ . **Direito Civil**. Vol. 1, 12ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1981, 362 pp.

- ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tomo III, 1ª Ed. argentina, Ed. EJE, Buenos Aires, 1955, 428 pp.

- SANCHES, Sidney. **Execução Específica**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1978, 64 pp.

- _____ . **Compromisso de Compra e Venda**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1987, 30 pp.

- SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **A Tutela Antecipada e Execução Específica**. 1ª Ed., Copola Ed., Campinas, 1995, 88 pp.

- SANTOS, Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Vol. XVI, Carvino Filho Ed., Rio de Janeiro, 1936, (???)pp.

- SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações Cominatórias no Direito Brasileiro**. 1ª e 2ª Tomos. 3ª Ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1962, 794 pp.

- SANTOS, Ulderico Pires dos. **Ação Cominatória e Outras Peculiares**. 1ª Ed., Ed. Paunape, São Paulo, 1989, 352 pp.

- SATTI, Salvatore. **Direito Processual Civil. 1ª e 2ª Vols., 1ª Ed. brasileira, tradução da 7ª Ed. italiana, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1973, 804 pp.**

- SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **O Novo Processo Civil. 1ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1995, 192 pp.**

- SCHWAB, Dieter. **Validade e Controle das 'Condições Gerais de Negócios'**. Revista AJURIS nº 41, pp. 07-20, Porto Alegre, 1987.

- SILVA, Agathe Elsa Schmidt da. **Compromisso de Compra e Venda no Direito Brasileiro. 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, 306 pp.**

- SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo. 1ª Ed., Ed. José Bushatsky, São Paulo, 1976, 228 pp.**

- SILVA, Enio Moraes da. **Considerações Críticas sobre o Novo Bem de Família.. 1ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1993, 100 pp.**

- SILVA, João Calvão da. **Sinal e Contrato-Promessa. Livraria Almedina, Coimbra, 1988, 200 pp.**

- _____ . **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória. 1ª Ed., Ed. Coimbra, Coimbra, 1987, 552 pp.**

- & SILVA, Jorge Vicente & POPP, Carlyle. **A Arrematação ou Adjudicação das Cotas Sociais Penhoradas e suas Consequências Jurídicas. Jurisprudência Brasileira nº 146, Juruá Ed., Curitiba, 1989, pp. 13-19.**

- SILVA, Ovídio Batista da. **Democracia Moderna e Processo Civil. in Participação e Processo. Coordenação de GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ragel & WATANABE, Kazuo. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 416 pp.**

- _____ . **Curso de Processo Civil. Vol. I, 1ª Ed., Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1987, 464 pp.**

- _____ . **Curso de Processo Civil. Vol. II, 1ª Ed., Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1990, 360 pp.**

- _____ . **Curso de Processo Civil. Vol. III, 1ª Ed., Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1993, 344 pp.**

- _____ . **Sentença e Coisa Julgada. 2ª Ed., Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1988, 272 pp.**

- _____ . **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro. 3ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991, 466 pp.**

- _____ . **Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. XI - arts. 796-889, 2ª Ed., Ed. Lejur, Porto Alegre,**

1986, 732 pp.

- SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. 3ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, 728 pp.

- SILVESTRI, Elisabetta. *Problemi e Prospettive di Evoluzione nell'Esecuzione degli Oblighi di Fare e di Non Fare*. *Rivista di Diritto Processuale*. pp. 41-70, Ed. CEDAM, Padova, nº 01, Jan-Março/1981.

- _____ . *Rilievi Comparatistici in Tema di Esecuzione Forzata degli Oblighi di Fare e di Non Fare*. *Rivista di Diritto Civile*. Ano XXXIV, nº 04, pp. 533-552, Ed. CEDAM, Padova, Jul/Ago 1988.

- SIMÃO, Regis Elias. *Inquilinato: Questões Fundamentais*. *Revista de Direito Civil* nº 25, Ed. RT, São Paulo, 1983, pp. 54/74.

- SOUZA, Ernani Vieira de. *Execução Específica da Obrigação de Emitir Declaração de Vontade*. *Revista de Direito Civil* nº 09, pp. 79-88, Ed. RT, São Paulo, 1979.

- SPECIALE, Renato. *Il Vorvertrag nell'Ambito delle Nuove Tendenze in Materia di Formazione Progressiva del Contratto*. *Rivista di Diritto Civile*. Ano XXXII, nº 01, pp. 45-90, Ed. CEDAM, Padova, Jan/Fev 1986.

- STIGLITZ, Gabriel A.. *Protección Jurídica del Consumidor*. 2ª Ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, 182 pp.

- SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do Processo Civil Romano*. 1ª Ed., Ed. Livros é Cultura, Curitiba, 1990, 157 pp.

- SZANIAWSKI, Eliamar. *Direitos de Personalidade e Sua Tutela*. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1993, 370 pp.

- TAMBURRINO, Giuseppe. *I Vincoli Unilaterali nella Formazione Progressiva del Contratto*. 1ª Ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1991, 324 pp.

- TELLES, Gil Trotta. *Jurisprudência sobre o Código de Processo Civil e Leis Processuais Extravagantes*. 4ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1994, 614 pp.

- TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*. 6ª Ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1989, 492 pp.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Condições de Procedibilidade para a Execução Específica do Compromisso de Compra e Venda de Imóveis*. in *Saneamento do Processo - Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. 1ª Ed.. Porto Alegre, Ed. Sergio A. Fabris, 1989, 295 pp., 243/260.

- _____ . *O Contrato e seus Princípios*. 1ª

Ed., Ed. AIDE, Rio de Janeiro, 1993, 216 pp.

- _____ . **Execução - Direito Processual Civil ao Vivo**. Vol. 3, 1ª Ed., Ed. AIDE, Rio de Janeiro, 1991, 536 pp.

- _____ . **Processo de Execução**. 13ª Ed., Ed. EUD, São Paulo, 1989, 534 pp.

- _____ . **A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal**. 1ª Ed., Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1987, 285 pp.

- _____ . **Processo Cautelar**. 12ª Ed., EUD Ed., São Paulo, 1990, 480 pp.

- _____ . **O Processo de Execução e as Garantias Constitucionais da Tutela Jurisdicional**. in **O Processo De Execução - Estudos em Homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima**. 1ª Ed., Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1995, pp. 143-173.

- VALENTE, Carlos B. & POPP, Carlyle. **Ação Renovatória de Locação**. 1ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1992, 190 pp.

- VARELA, João de Matos Antunes. **Sobre o Contrato-Promessa**. 2ª Ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1989, 188 pp.

- _____ . **Das Obrigações em Geral**. Vol. I. 7ª Ed., Ed. Almedina, Coimbra, 1991, 962 pp.

- _____ . **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 5ª Ed., Ed. Almedina, Coimbra, 1992, 612 pp.

- _____ . **Direito das Obrigações**, v. II, 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978, 440 pp.

- _____ & LIMA, Pires de. **Código Civil Anotado**. Vol. I, 4ª Ed., Ed. Coimbra, Coimbra, 1987, 796 pp.

- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações**. 1ª Ed., Ed. Atlas, São Paulo, 1988, 328 pp.

- _____ . **Teoria Geral dos Contratos**. 1ª Ed.. Ed. Atlas, São Paulo, 1992, 174 pp.

- _____ . **Direito Civil - Teoria Geral**. 2ª Ed., Ed. Atlas, São Paulo, 1987, 476 pp.

- VERDE, Giovanni. **L'Attuazione della Tutela D'Urgenza**. *Rivista di Diritto Processuale*. pp. 725-757, Ed. CEDAM, Padova, nª 04, Out-Dez/1985.

- VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. **Direito Processual Civil**. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1965, 318 pp.

- WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Introdução e Parte Geral**. 6ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1989, 292 pp.

- WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. in Participação e Processo**. Coordenação de GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ragel & WATANABE, Kazuo. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 416 pp.

- _____ . GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 2ª Ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, 714 pp.

- _____ . **Da Cognição no Processo Civil**. 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1987, 136 pp.

- WESTERMANN, Harn Peter. **Código Civil Alemão - Direito das Obrigações (Parte Geral)**. 1ª Ed., Sergio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1983, 216 pp.

- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª Ed. portuguesa. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993, 770 pp.

- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 1ª Ed., Ed. Alfa-Ômega. São Paulo, 1994, 350 pp.

- YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade**. 1ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1993, 166 pp.