

MÁJEDA DENISE MOHD POPP

A AÇÃO COMINATÓRIA COMO MEIO PARA
A EFETIVIDADE DO DIREITO

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 Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni, como requisito inicial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Curitiba
1995

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Odilia e Naji, pela dedicação de uma vida.

Ao meu marido, Carlyle, pelo companheirismo, apoio e cumplicidade, nos melhores momentos da minha existência.

Ao meu orientador, Dr. Luiz Guilherme Marinoni, pelo exemplo de uma vida voltada para o Direito.

Ao Dr. Edson Ribas Malachini, sempre pronto a ajudar.

A todos os companheiros de escritório, pela amizade e por toda dedicação.

Aos meus alunos, especialmente à memória de Milena Bonfim que, prematuramente, retirada de nosso convívio, deixou registrado sua ternura.

Ao CAPS, pelo prestimoso auxílio.

A Zulmeia Figueiredo, pela determinação.

Ao Dr. Amintas de Alencar Cunha Borges, pela correção ortográfica.

A todos os funcionários da Universidade Federal do Paraná, departamento de Direito, na biblioteca,

à Loiri sempre tão gentil, quero lembrar aqui um agradecimento especial à Rosa e à Roseli, que tão carinhosamente me acolheram na Secretaria do Mestrado, orientando nos primeiros passos e mostrando o verdadeiro valor do ser humano.

*Para Naji Abdelmajed Mohd
pelo maior ensinamento, o amor.*

*" Eis o meu segredo. É muito
simples: só se vê bem com o coração.
O essencial é invisível para os olhos."*¹

1. SAINT-EXUPÉRY, Antoine. O pequeno príncipe. p.70.

S U M Á R I O

I.	Introdução.....	p.008
II.	Efetividade do processo como corolário do direito.....	p.012
III.	A Execução indireta como forma de obtenção da tutela específica	
	a. Execução direta e indireta.....	p.024
	b. Formas de Execução indireta	
	b1. <i>Contempt of Court</i> na <i>Common Law</i>	p.030
	b2. O remédio alemão.....	p.034
	b3. A ação inibitória do direito italiano....	p.037
	b4. A sanção pecuniária compulsória do Direito Português.....	p.041
	b5. As astreintes no Direito Francês.....	p.045
	b6. Interdito proibitório.....	p.049
	b7. As ações cominatórias.....	p.054
	b71. Noções gerais e diferenças das figuras anteriores.....	p.070
IV.	As ações cominatórias e sua amplitude genérica e específica	
	a. Obrigações de dar, restituir e de entregar.....	p.074
	b. Obrigações de fazer, fungíveis e infungíveis...	p.078
	c. Obrigações de não fazer.....	p.085
V.	O Código do Consumidor como instrumento protetivo	
	a. Lineamentos gerais e alcance da proteção.....	p.090
VI.	Aspectos processuais	
	a. Sujeição Ativa e Passiva.....	p.094
	b. Requisitos da inicial e condições da ação.....	p.095
	c. Aspectos de cumulação da ação.....	p.099
	c1. Cláusula penal.....	p.099
	c2. Perdas e danos.....	p.102
	c3. Execução específica.....	p.105
	d. Fixação liminar.....	p.108
	d1. <i>Quantum</i>	p.112
	d2. Exigibilidade.....	p.117
	d3. Fixação <i>ex-officio</i>	p.119
	e. Competência e rito processual.....	p.121

f. A resposta do réu.....	p.125
g. Intervenção de terceiros.....	p.126
h. Sentença, natureza jurídica e efeitos.....	p.131
i. Execução provisória e definitiva.....	p.137
j. Recurso e Coisa julgada.....	p.140
VII. Conclusão.....	p.142
VIII.Referências bibliográficas.....	p.145

I. INTRODUÇÃO

Sempre que a pretensão da parte deixa de ser satisfeita, verifica-se, de alguma forma, uma espécie de revolta interna pelo não alcance daquela tutela pretendida.

Quando isso acontece, é chegado o momento de se buscar a *justiça*, através dos meios próprios, legalmente admitidos, com a finalidade de alcançar aquela solução tão desejada.

Ocorre que, muitas vezes, a tão almejada *justiça*, e porque não dizer solução para um impasse, não se faz possível por uma razão ou por outra, aqui o problema há que se agravar, porque a parte foi duplamente frustrada, primeiro, porque não foi capaz de sozinha solucionar seus conflitos e, segundo, porque, para ela, a *justiça*, também, não resolveu.

Desta forma, é por demais comum ouvir-se das pessoas, frustradas nas suas tentativas de busca à tutela jurisdicional, que não existe *justiça* e que a melhor solução é tentar fazê-la com as *próprias mãos*, a auto-tutela vocacionada por PONTES DE MIRANDA em várias de suas obras.

Os problemas relacionados à efetividade do processo são vários e, não cabe aqui, discorrê-los todos, porém, um dos maiores obstáculos para o alcance da tutela, sem sombra de dúvidas, foi a dificuldade decorrente da universalização do procedimento ordinário de conhecimento, com a criação

desse procedimento padrão para todas as situações, generalizando-as e prejudicando assim, a efetividade².

Decorre daí, que a parte devedora de uma obrigação, tendo conhecimento da demora nas soluções de conflitos processuais, de má-fé, prefere optar pela defesa no processo, correndo o tempo a seu favor, do que buscar um meio de efetuar o pagamento.

Quem se sente pressionado aqui, não é o devedor, mas sim, o credor, porque, ele sabe que a busca através do judiciário pode lhe custar ônus muito maior que aquele decorrente do não cumprimento da obrigação.

Numa importante tentativa de reverter esse quadro é que juristas e doutrinadores vêm estudando, com afinco, todas as questões relacionadas com uma melhora na efetividade do Direito.

Para que o devedor de obrigação, não se sinta privilegiado e nem tão confortável, quando, contra ele recai o ônus do cumprimento de uma obrigação é que se buscou, através da aplicação de pena, ora pecuniária, ora de prisão, coagi-lo ao cumprimento de uma ordem judicial, pondo fim assim, ao desrespeito em massa que tem existido pelas decisões.

O presente trabalho visa contribuir para uma melhora no que diz respeito à efetividade do Direito, mesmo que, para isso, seja necessário se usar de algum meio de coação e aqui se justifica o tema do trabalho, a ação cominatória

2.Conferência realizada pelo Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, na Faculdade de Direito de Curitiba, acerca da alteração do Código de Processo Civil, no primeiro trimestre de 1995.

como meio para a efetividade do Direito.

Na primeira parte do trabalho, foi abordado a coação como forma indireta de execução, uma vez que visa obrigar o devedor ao cumprimento.

Daí, a análise dos meios de execução indireta decorrentes do Direito inglês, alemão, italiano, português, francês e brasileiro.

Após, passou-se a verificar a amplitude genérica e específica das ações cominatórias, dentro da possibilidade jurídica nacional.

Importante foi ressaltar, também, um aspecto, relacionando o tema com o Código de Defesa do Consumidor, assunto obrigatório em todo trabalho de direito, que visa buscar a efetividade.

Por fim, procurou-se observar, ainda, os aspectos processuais de cabimento dentro das ações cominatórias.

A metodologia utilizada foi de caráter teórico, limitando-se à pesquisa de leis, doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira.

Com a leitura de obras específicas sobre a matéria, buscou-se uma maior familiaridade com o tema, após, passando-se a fichar e sistematizar os tópicos julgados mais importantes.

No decorrer do trabalho foi necessário a organização das idéias principais, culminando em um índice provisório bem como no início da redação.

Passou-se, então, para a discussão

do tema, primeiramente, com o orientador, depois com especialistas, alunos e até mesmo com aquelas pessoas leigas na técnica, mas insatisfeitas com o desrespeito ao acatamento de decisões judiciais.

Neste ponto, seguiu-se para a redação final e as devidas correções.

De modo que, concluído o trabalho, objetivou-se acrescentar uma contribuição para a tão desejada efetividade do processo, afinal "as preocupações se voltam ao encontro de um processo mais efetivo, através de uma lente que focaliza de forma nítida toda uma problemática inserida num contexto sócio-jurídico. Trata-se de uma tendência da ciência processual civil contemporânea, que passa a enxergar o processo através de um novo ângulo, centrando suas indagações em torno das questões que surgem ao pensarmos o processo que verdadeiramente possa realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordene"³.

3. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. p.15.

II. EFETIVIDADE DO PROCESSO COMO COROLÁRIO DO DIREITO

A efetividade do processo é tema obrigatório em todo trabalho dedicado a ela, como pronunciou Cappelletti, " o conceito de 'efetividade' é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa 'igualdade' de armas"⁴.

" Aí se pode ver, aliás, um reflexo, no plano processual, do princípio da isonomia ou igualdade perante a lei" ⁵.

Ocorre que, na verdade, tal situação dita de igualdade entre as partes , ou melhor, de total igualdade entre elas é irrealizável para o mundo verdadeiro⁶.

4.CAPPELLETTI, Mauro. Bryant, Garth. Acesso à Justiça p.15.

5.MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. Revista de Processo. 37 p.141

6." A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.

A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial."

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo p.54

"As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas"⁷.

Como não é possível visualizar as partes através de um ângulo de total igualdade para demandarem em juízo, se faz necessário que a elas seja conferido o maior número possível de instrumentos processuais no sentido de desburocratizar determinadas tendências, ora de distribuição, ora de elevados custos a serem despendidos por elas no momento da urgência da tutela, tornar os instrumentos o mais útil possível, buscando, assim, a celeridade do processo.

Importa, realmente, saber qual o melhor caminho a percorrer para o escopo da efetividade, desde a aquisição, o chamamento dos instrumentos que melhor se adaptem às necessidades verídicas até a tentativa da diminuição referente à desigualdade entre as partes litigantes.

Juristas renomados preocupam-se com questões das mais relevantes para a efetividade do processo⁸.

7. CAPPELLETTI, M. Bryant, Garth. ob. cit. p. 15

8. " Uma das questões que emerge quando tratamos do tema da efetividade do processo, e que é o ponto fundamental a inspirar a razão de ser deste trabalho, é a da equação do problema rapidez-segurança. É que " se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo desempenha ele idêntico papel; não somente porque, como diz Carnellutti, processo é vida, mas também porque, tendendo o processo a atingir seu fim moral com a máxima presteza, a demora na sua conclusão é sempre detrimental, máxime quando se cuida de evitar os empecos à sua própria eficácia na atuação do direito objetivo".

E se o processo não é um mal social, como observa o ilustre Prof. Donaldo Armelin, mas o remédio para esse mal- que é o conflito de interesses-, será ele tanto mais eficaz quanto mais rápido for seu resultado."

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Antecipatória. p. 15

De modo que à parte interessa, fundamentalmente, a celeridade processual e aos juristas cabe formular maneiras para que essa celeridade se torne real.

A questão da igualdade hoje está diretamente ligada à questão da liberdade econômica do indivíduo⁹.

Ela é, ainda, hoje tema da maior relevância até mesmo para o direito material, no que diz respeito aos princípios contratuais salientados por NORONHA ¹⁰.

9." A temática do acesso à justiça , sem dúvida, está intimamente ligada à noção de justiça social. Poderíamos até dizer que o acesso à justiça é o -tema ponte- a interligar o processo civil com a justiça social...

No desenvolvimento do conceito de igualdade, se nos fixarmos na época do surgimento das consituições liberais, temos que o legislador não podia estabelecer distinções, a menos que suportadas por razões de ordem biológica. Tratava-se do direito à igualdade formal, que tantas discriminações e injustiças concretas produziu

Na ótica dos estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, o direito à jurisdição significava apenas o direito formal de propor ou contestar uma ação. Estaria em juízo quem pudesse suportar os ônus de uma demanda. A pobreza, ou seja, a desigualdade econômica ou social, não era objeto das preocupações do Estado...

Com os novos direitos sociais busca-se salvaguardar a liberdade do cidadão não mais da opressão política, mas sim da opressão econômica".

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. p.22

10." Fundamentalmente, até onde poderá ir a liberdade das pessoas, a fim de que os fortes não explorem os fracos, que a liberdade contratual do direito não se converta em escravidão contratual na sociedade, como enfatizava Radbruch?

Vale a pena transcrever aquele Mestre: 'Limitações legais à liberdade contratual mostraram-se sempre necessárias, por isso que é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se e por vezes se anula. Em todos os tempos lhe foram postos limites resultantes do meio social, ou do 'milieu contractuel' , em que ela se move (...) Além disso, só numa sociedade onde todos tivessem uma igual força social, numa sociedade de pequenos proprietários, é que a liberdade contratual poderia, como é óbvio, ser uma igual liberdade para todos. Desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não-proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se

Assim, não há que se falar em igualdade entre as partes sem antes se verificar a verdadeira realidade econômica dos indivíduos, sua relação direta com a liberdade de poder optar por litigar ou não, em juízo.

A liberdade econômica agrada por não submeter o cidadão às regras pré-estipuladas no jogo da realidade jurídica fazendo com que ele possa distinguir aquilo que, efetivamente, interessa.

Questão relevante para a efetividade do processo é, também, aquela que diz respeito à distribuição propriamente dita, uma vez, necessitando de distribuição por urgência, como é o caso das tutelas de urgência, é costumeiro o defrontar com empecilhos como os de ausência de funcionário ou, até mesmo, de demora no trâmite, que é meramente burocrático.

Importante, ainda, é a questão dos custos processuais, que por diversas vezes faz com que a parte des-

...Continua...

transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de a aceitar. À proporção pois em que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo domínio econômico dos grupos...'

Portanto, concluía Radbruch, 'a liberdade contratual do direito converte-se(...) em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, volve-se, na ordem dos fatos sociais, em servidão'.

Muitos são os juristas ilustres, que enfatizam a mesma idéia. Lembremos, só a título de exemplo, Orlando Gomes, entre nós, e, lá fora Ripert e aquele famoso juiz inglês que é Lord Denning.

Orlando Gomes: 'O Direito das Obrigações elaborado no século XIX, calcado no Direito Romano e aperfeiçoado, principalmente na Alemanha, pela Escola das Pandectas, concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes'."

NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais. p.12

confie da efetividade processual na interação que realiza entre montantes elevados que, notoriamente, são despendidos e a paralisação ou "suspensão" do processo por falta de preparo, tudo contribui para o desgaste da efetividade.

Diversas são as situações de protelação processual por parte daquele que não detém interesse no desenvolvimento célere do processo, fato que pode ser notado no preparo de recurso quando, propositadamente, deixado para última data possível, com o escopo único de desvirtuar a seqüência natural do processo.

Ademais, o problema agrava-se quando houver necessidade de pagamentos relacionados com a prova necessária para determinadas questões, como nos casos de perícia onde a prova é fundamental para o deslinde e a obtenção da tutela.

Uma vez tratando-se de entendimento técnico, que não é do conhecimento do leigo, na maioria dos casos torna-se inviável o julgamento sem um prévio esclarecimento específico e o problema evolui quando se percebe que os técnicos, sabedores da situação, sem aqui generalizar, não se preocupam em atender à justiça mas, antes de tudo, em receber seus honorários, o que fazem sem nenhuma facilidade para as partes, dificultando sobremaneira o desvendar do processo.

CAPPELLETTI, relacionou importante detalhe no que tange a imposição ao vencido do ônus da sucumbência ¹¹.

11. "O alto custo para as partes é particularmente óbvio sob o 'Sistema Americano', que não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado. Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência

Quanto às custas, MARINONI salienta que, " esse problema atinge principalmente as camadas de baixa renda da população, que em nosso país, infelizmente, constituem imensa maioria...O custo do processo, como é absolutamente intuitivo, aliado a fatores de ordem social e cultural , que serão vistos adiante, desestimula os cidadãos a recorrer ao Poder Judiciário...A solução, ao que parece, é a indicada por Cândido Rangel Dinamarco. De acordo com o ilustre processualista, " não seria difícil ao Estado a instituição de um fundo, alimentado por parcela das próprias custas recolhidas em todos os processos: seria essa generosa ação social, escorada firmemente na garantia constitucional da assistência judiciária, tão mal cumprida"¹².

Dentro do raciocínio da efetividade do processo ocorre o problema mais abrangente da celeridade proces-

...Continua...

(12). Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer- o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo- ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior - ele pagará os custos de ambas as partes. Além disso, em alguns países, como a Grã-Bretanha, o demandante muitas vezes não pode estimar o tamanho do risco- quanto lhe custará perder- uma vez que os honorários advocatícios podem variar muito (13)... de qualquer forma, torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça".

CAPPELLETTI, M. ob. cit. p. 17

12.MARINONI, Luiz Guilherme. ob. cit. p.26
17

sual¹³.

Dito problema faz-se mais sério quanto maior for a dificuldade da parte em alcançar a tutela pretendida num espaço de tempo pequeno para que a mesma não desista em razão desse obstáculo, que é grave.

Ocorre em determinadas situações o total descrédito no Judiciário de forma geral, por parte daquele que busca a solução para a lide, em razão da demora, por diversas vezes noticia-se a pretensão de justiça realizada "com as próprias mãos", tão condenada pelos juristas, já que esse fato, costumeiramente, acaba por resultar em gravíssima injustiça social. Não há aqui, sequer, o direito de defesa por parte de quem antes réu ou quase réu se torna vítima do própria sorte.

Chega-se, muitas vezes, à utilização da auto-tutela visando maior celeridade no alcance do direito pois, para a parte, interessa mais a justiça rápida feita "pelas próprias mãos" que a espera sem fim por uma solução jurídica.

Assim, a celeridade, como se encontra em descrédito, principalmente no que concerne às camadas economicamente inferiores da população e, via de regra, mal escl-

13." Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão executável (21). Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de "um prazo razoável" (22) é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível."

CAPPELLETTI, M. Bryant, Garth. ob. cit. p.20

recidas naquilo que tange ao direito, comum é a situação de não se buscar a tutela jurisdicional, deixando de lado suas razões, por entender que de nada adiantará a busca através do judiciário, já que ela pode ser infinita ou até mesmo insatisfeita.

Para a parte é mais fácil perder aquilo que ela entende de direito seu, do que buscar tal direito através de um tempo indeterminado e que, muitas vezes, se torna impossível pelas dificuldades naturais do lapso temporal¹⁴.

Juristas buscam soluções para o fato. MARINONI, enfatiza que "a dificuldade de harmonização da questão rapidez-segurança, advinda do repúdio às formas de tutela sumária, ocorrido já no direito medieval, e da conseqüente tentativa de universalização do procedimento ordinário (...), foi, sem ressaibos de dúvida, a força geradora da propulsão assustadora que tomou conta do recém-criado processo cautelar."

Citado por Roger Perrot e La China, o processo cautelar, " não só no Brasil, mas também na França e na Itália, transformou-se em técnica de sumarização, e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário..." , e continua dizendo que "a proliferação das medidas cautelares nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências

14." Passou-se a acreditar e a vivenciar o infeliz axioma de que é preferível um péssimo acordo a uma boa demanda. Já foi afirmado que em países que adotam sistema jurídico diferente do romano-germânico, quando alguém tem o direito e diz que vai ao Judiciário, atemoriza seu adversário. No Brasil é o cometedor de ilícitos, é o renitente devedor quem diz: 'Vá procurar seus direitos', numa clara alusão a que a máquina judiciária desencorajará o mais combativo dos litigantes".

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. A Tutela Antecipada e Execução Específica. p.14.

tutela¹⁵".

Assim, através de uma visão mais moderna do processo, por meio das "tutelas jurisdicionais diferenciadas", caminha-se para um melhor destino no que concerne à celeridade processual.

Pelo aduzido, através de um raciocínio lógico, faz-se necessário comentar a respeito do acesso à Justiça para a efetividade do processo.

Raciocínio lógico, porque um eficiente acesso ocorrerá na mesma proporção da maior igualdade entre as partes, dos custos baixos, da celeridade processual e de tantos outros fatores decorrentes ou não dos ora elencados, dos quais se pode citar a pena pecuniária como contribuição de valor estimado.

DINAMARCO muito bem pronunciou a questão, agrupando os vários fatores de importância para o acesso à Justiça¹⁶.

15. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e Tutela Antecipatória. p.17

16. "As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais) são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto-de-vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico. Existe um leque mais ou menos aberto de custas dessa lamentada estreiteza. Situam-se no campo econômico (pobreza, alto custo do processo), no psicossocial (desinformação, descrença) e no jurídico (legitimidade ativa individual). Como se vê, o tema do acesso ao processo não equivale, em extensão, à 'questão social'. Além disso, falar do acesso ao processo não significa somente cuidar da possibilidade de valer-se dele como demandante, mas igualmente da defesa, a qual também sofre limitações de ordem psicossocial e econômica (...). A justiça é cara e

A questão da efetividade faz-se presente, e, porque não dizer necessária, para a obtenção do direito material, sendo o processo instrumento fundamental para tal realização.

Entre outros instrumentos de destaque, para o estudo desenvolvido, é fundamental a *astreinte*, resultado legislativo do arrojo e criatividade dos tribunais franceses que, cientes da necessidade de efetivação do cumprimento das obrigações, ainda que carente de lei específica, procuraram resolver a questão de forma jurisprudencial¹⁷.

...Continua...

da brasileira pode-se dizer o que da inglesa com sarcástico humor britânico fora dito: *'is open to all, like the Ritz Hotel'*. Não só carecem de muita revisão e aperfeiçoamento os custos do processo perante o Estado (custas, taxa judiciária) e critérios de sua fixação, como, ainda, as exigências de adiantamento (preparo) (...). Por outro lado, o patrocínio técnico gratuito não passa de solene promessa constitucional, cumprida em casos que, ainda, são muito poucos (...). Tentativa muito empenhada de superação desses óbices existe na Lei das Pequenas Causas, com a total gratuidade da justiça em primeiro grau e o efetivo serviço de assistência judiciária a ser implantado junto a cada Juizado, como requisito para a própria existência deste. DINAMARCO, Cândido R. A Instrumentalidade do Processo. p. 391.

17. "Que adianta o juiz ordenar que Fulano pratique tal ato, se não dispõe de força para impor coativamente sua determinação? (...) os poderes do Poder Judiciário não raramente se circunscrevem a dizer o direito, impotentes que estão para fazer cumprir suas determinações. Presenciamos, a todo instante, a impotência do comando jurídico expedido pela magistratura (...). Procurou-se, por isso, uma forma capaz de forçar o vencido a cumprir a sentença, independentemente do uso da força física ou de qualquer outro ato de violência. Coube à jurisprudência francesa encontrá-la na figura jurídica denominada *astreinte*, (do latim *astringere*, que significa compelir) que consiste na ameaça de uma sanção pecuniária de caráter provisório, que o juiz faz ao devedor, em virtude do retardamento deste em cumprir a prestação determinada por sentença, revertendo em favor do credor a quantia paga pelo recalcitrante. Ou como quer LIEBMAN. 'Chama-se *astreinte* a condenação pecuniária em razão de tantos dias de atraso (ou qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias do caso), des-

O magistrado impõe multa cominatória ao réu e contribui de maneira eficaz e direta para a celeridade processual, para a realização do direito material.

A multa cominatória uma vez imposta, faz com que o réu se sinta coagido e até mesmo pressionado a colocar um fim no impasse já que para ele, agora, interessa muito mais a solução do que a indeterminação.

Sempre que imposta a cominação, esta colabora com a efetividade do processo, dentre outras razões, por torná-lo mais celere na medida que ataca, diretamente, a obtenção da tutela mesmo que de forma coercitiva.

É o que se depreende do pensamento de SCHIMIDT JÚNIOR quando aduz que "a multa tem caráter coercitivo, buscando coagir o devedor a cumprir a obrigação (...) servir de meio coativo para que o devedor cumpra a obrigação"¹⁸.

Na verdade, de nada adianta uma sentença que não se pode executar, ou, em outras palavras, importa mais a preocupação com a efetividade, *"da ogni parte infatti giungono lagnanze per la lentezza con cui sono eseguite le sentenze e per l' impossibilità a volte di ottenere che la decisione presa sia di fatto realizzata. Non ci si stanca di deplorare la situazione del povero creditore che, dopo anni di esperienze giudiziarie, ha come sua unica consolazione una soddisfazione accademica. E il*

...Continua...

tinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente'". (Processo de Execução. p. 337, n.97). PRATA, Edson. As Astreintes no Direito Brasileiro. p.17.

18. SCHIMIDT JR, R. E. O Novo Processo Civil. p.142.

mondo degli affari giustamente si lamenta di questa pietosa situazione.

Naturalmente la critica si rivolge ai giuristi ed in particolare agli avvocati che fanno bella mostra delle loro capacità al momento del processo, ma che diventano impotenti quando si deve passare all' esecuzione"¹⁹.

19. PERROT, R. L' effettività dei provvedimenti giudiziare nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia. p. 845.

III. A EXECUÇÃO INDIRETA COMO FORMA DE OBTENÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

a.Execução direta e indireta

Sempre que o devedor deixa de cumprir uma obrigação, torna-se inadimplente com o credor, que terá através da execução uma forma de resgatá-la.

PACHECO adverte que, "com a simples declaração, ou constituição, não se obtém a prestação. Assim, se se consegue a prestação, sem ser por sentença de mandamento, ou de constituição, a ação é executiva, lato sensu"²⁰.

Sempre objetivando atingir a tutela do credor, tendo em vista que o importante é a "satisfação do exequente, os atos executivos se encadeiam e se articulam em grandes operações, chamadas de *meios executórios*. Na execução, escreveu Peter Arens, órgãos estatais atuam a pretensão privada do credor mediante o emprego dos meios executórios (*Zwangsmitteln*). Nosso direito, que não limita à tutela executiva a créditos, igualmente utiliza tais mecanismos" ²¹.

A execução "só se justifica quando as forças internas da própria obrigação não tiverem sido suficientes para levar o obrigado a adimplir... Sistemáticamente é mais

20.PACHECO, José da Silva. Ações Executivas e Execução de Sentença. p. 75

21.ASSIS, Araken de. Da execução de alimentos e prisão do devedor. p.71

do que legítimo enfeixar esses dois conceitos e considerar que em ambos casos se tem execução, porque afinal de contas o ideal na execução forçada é produzir os mesmos resultados que o adimplemento teria produzido"²².

A execução visa, desta forma, tornar efetivo o direito material para alcançar o direito subjetivo do credor-exeqüente.

Porém, há quem entenda de forma diversa, para quem, "as multas, como meios coativos, ' não têm propriamente caráter executório, porque visam conseguir o adimplemento da obrigação pela prestação do próprio executado, compelido a cumpri-la para evitar as pesadas sanções que o ameaçam'. Não há nelas a presença da sub-rogação estatal que configura a essência da execução forçada"²³.

Os meios executórios, segundo ARAKEN, estão agrupados em duas classes fundamentais: "a sub-rogatória, que despreza e prescinde da participação efetiva do devedor; e a coercitiva, em que a finalidade precípua do mecanismo, de olho no bem, é captar a vontade do executado" ²⁴.

Execução direta ocorre quando há " sub-rogação" e indireta quando há" coação"²⁵ .

22.DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil p. 97

23.THEODORO Junior, Humberto. Processo de Execução. p.220

24.ASSIS, Araken de. ob. cit. p.74

25.Execução direta por Roger Perrot: " Quando si arriva a questo estremo non ci si confonde più con il principio *nemo praecise cogi potest*...: la sentenza deve essere eseguita, se necessario con la forza, perché l' ultima parola deve restare all' ingiunzione del giudice che è il verbo della legge".

A execução direta então, terá vez quando através de ato de expropriação e de execução específica atingir o direito do credor, enquanto que a execução indireta se manifesta por " medidas de pressão psicológica exercidas sobre o obrigado, para que cumpra. Trata-se das sanções de direito material, multas inclusive, bem como da prisão admissível em certos casos e das *astreintes*..."²⁶.

Para VARELA, as "*astreintes*" não são forma de execução específica mas sim, um meio compulsório para o cumprimento da obrigação e que, segundo ele, deveriam tais multas estarem vinculadas no âmbito do cumprimento forçado e não no âmbito da execução²⁷.

Execução indireta, como citada anteriormente , é assim denominada quando é exercido sobre o devedor um fator psicológico capaz de induzi-lo a praticar "voluntariamente" a obrigação.

...Continua...

PERROT, Roger. ob. cit. p.861

26.DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.98

27." A este tipo de sanção, que visa *forçar* o devedor, à *bruta*, ao *cumprimento* (e que, por isso mesmo, é um *meio compulsório* do cumprimento, mas não uma *forma de execução*) dão os administrativistas franceses o nome de *astreintes*, e a doutrina germânica o de *Geldstrafe*, enquanto o legislador português lhe deu a designação perifrástica, mas correcta, de *sanção pecuniária compulsória*.

Incorrecta foi, porém, a inserção *sistemática* da disposição que consagrou entre nós esse *tipo especial*- e muito controvertido entre os autores, por virtude da violação excessiva da vontade do obrigado a que se presta na pena de juizes de *mão pesada*- de *meio coercitivo*, pois em lugar de colocá-la na área do *cumprimento forçado* (arts. 817 e segs.), o legislador implantou-a indevidamente no domínio da *execução específica*, como se se tratasse duma forma de realização judicial da prestação debitória"

VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral. Vol. I.p.101

Nota-se que a execução indireta está ligada à multa diária o que se pode verificar, desde logo, com a reforma do Código de Processo Civil pátrio. Segundo DINAMARCO, " o reforço do sistema de astreintes implantado pelo Código de Processo Civil em 1974 é o reconhecimento da valia psicológica desse meio de execução *indireta*, conforme expressa declaração contida na *justificativa* que acompanhou o projeto da lei n. 8.953. Sabe o legislador que os meios de *pressão psicológica* são particularmente eficientes e capazes de proporcionar ao credor mais rapidamente a satisfação de seu direito, mediante a retirada da resistência do obrigado"²⁸.

Para ARAKEN, " os meios que independem da participação do executado, genericamente nominados de "sub-rogatórios", e a execução em que atuam, chamada de *direta*, ostentam, todavia, determinadas diferenças no modo de penetração na esfera patrimonial do devedor"²⁹, porque uma vez que se encontra desvinculada a pessoa da dívida, a sub-rogação como meio de "técnica executiva" torna-se mais eficaz.

Existe entendimento no sentido que , a chamada execução indireta não é, na verdade, execução, para aqueles que comungam dessa posição, a execução é, apenas, aquela

28.DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. p.241

29.ASSIS, Araken de. ob. cit. p. 82

classificada como direta³⁰.

Assim, também, é o pensamento de KFOURI NETO, referindo-se as *astreintes* aduz que, ao contrário daqueles que a defendem como forma de execução, " não se trata de execução propriamente dita, porque não incluem qualquer ato de agressão ao patrimônio do devedor, ou qualquer ato de constrição sobre ele, mas visam a atuar sobre seu espírito, para que ele mesmo se decida a cumprir o que está na sentença, para não sofrer o mal representado pelo agravamento da obrigação"³¹.

Concluindo, a separação em execução dita direta e na dita indireta em sub-rogação e coerção se faz agrupando a matéria da seguinte forma: "sub-rogação abrange a expropriação, (...), o desapossamento (...) e a transformação (...). No contexto da expropriação, cumpre distinguir o desconto (...), e, como o exemplo da execução comum da obrigação pecuniária acima indicou, a alienação (...), a adjudicação (...) e o usufruto (...).

A coerção utiliza a ameaça de prisão (...) e de imposição de multa em dinheiro (...)" ³².

Apesar da discordância de alguns quanto

30." Em geral, só a execução 'direta' é reputada autêntica 'execução'".

REIS, José Alberto dos. Processo de Execução. v.I, n. 12, p. 25. *Apud in* ASSIS, Araken de. ob. cit. p.75.

31.KFOURI NETO, Miguel. Execução das Obrigações de Fazer e Não Fazer e Outros Meios de Coerção. p. 61

32.ASSIS, Araken de. ob. cit. p.75

à questão da execução chamada indireta ³³, é correto ressaltar sua existência e, porque não dizer, sua eficaz importância para a obtenção da tutela ao maior interessado, que é o exeqüente, na conquista do direito material.

33." O emprego desses *meios de coerção* não constitui atividade propriamente executiva. A execução forçada, em sentido técnico, tem como característica a virtude de atuar praticamente a norma jurídica concreta, satisfazendo o credor, independentemente da colaboração do devedor, e mesmo contra a sua vontade, que se des-
pe de qualquer relevância".

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro, p.294.

b. Formas de Execução Indireta

bl. *Contempt of Court* na *common Law*

Para o Direito inglês, a execução indireta realiza-se por coerção³⁴.

A *contempt of Court* é vigente em todos os países da *Common Law* e a sanção é aplicada toda vez que haja ofensa ou desobediência à autoridade judicial sempre que se entenda ocorrer "desprezo pelo tribunal"³⁵.

34." Nos meios de coerção com incidência sobre o patrimônio do devedor destacam-se a 'mulctatio' (isto é, a multa) e a 'missio in bona', ou seja, a declaração de que o credor, para vencer o devedor recalcitrante, entra 'in possessioni bonorum usque ad summam debiti declarati'.

Como meio de coerção sobre a liberdade pessoal, refere-se a 'captura' do devedor, como processo de facultar ao credor uma execução rápida...

São de enfatizar e reter, neste período, duas notas que sobreviveram e fazem parte do nosso tempo: a primeira, a condenação gradual e progressiva numa quantia por cada período de atraso no cumprimento- nota marcadamente presente no sistema francês da *astreinte* e na nossa sanção pecuniária compulsória; a segunda, a concepção de que a ação contra a resistência do devedor recalcitrante às ordens do juiz é ainda e também uma defesa do prestígio do próprio tribunal- nota caracteristicamente presente no 'contempt of Court' do direito inglês.

SILVA, João Calvão da. Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória. p.223.

35." Deriva etimologicamente do latim 'contemptus', que quer dizer acto de 'desprezo pelo tribunal', desobediência à autoridade judicial, à Justiça e à sua dignidade. Abrangendo toda uma vastíssima gama de ofensas à autoridade judicial e às suas ordens em geral, o desprezo ou desobediência é, todavia, o elemento estrutural comum às várias categorias de contempt of Court: civil e criminal, direct e indirect, constructive e consequential"

SILVA, João Calvão da. Ob. cit. p.382

A " *Common Law*, é um sistema que se desenvolveu em Inglaterra, a partir do século XII, assente no 'direito comum' oposto aos costumes locais, de cada região. O direito é de índole caracterizadamente jurisprudencial e judiciário (*judge-made-law*), de feição tradicionalista, baseado na regra do precedente (*precedent rule*), embora haja que considerar, ao lado do direito comum ou *common law* - o qual, precisamente, dá o nome ao sistema- o *statute law*, ou seja, o direito de formação legislativa que, no presente, foi ganhando crescente importância."

Conforme MONTEIRO, " tal como no sistema alemão (e austríaco), o sistema do *common law* assume natureza mais publicista do que o das 'astreintes'. A pessoa que seja declarada incurso em *contempt of Court* sujeita-se ao pagamento de sanções pecuniárias e/ou à condenação à prisão.

Apesar de este instituto do direito anglo-americano não se confinar ao domínio do cumprimento das obrigações, também aqui pode ter aplicação . Aliás, tendo em conta o papel secundário que assume a *specific performance* - inicialmente confinada aos tribunais de *equity*, mas continuando, ainda hoje, a prevalecer, no sistema do *common law*, o princípio da reparação do dano-, tendo em conta, dizíamos, o papel secundário da execução específica no direito anglo-americano, a aplicação da sanção do *Contempt of Court* ao devedor que não acate sentença de condenação reveste-se de particular importância" ³⁶.

36. MONTEIRO, Antonio Pinto. Cláusula Penal e Indenização. p.122.

O *contempt of Court* " constitui o instrumento mais eficaz para assegurar a realização concreta dos direitos do credor correlativos das obrigações infungíveis" 37.

Assim, como aduziu CALVÃO DA SILVA, "não constitui, pois, o instituto da *contempt of Court*, um fim em si mesmo, mas antes um meio de coerção indirecto ao respeito e à obediência devidos à ordem do juiz -contida na sentença que condena o devedor à *specific performance* ou à *injunction* - e ao cumprimento das obrigações"38.

A *contempt of Court* é forma de execução indirecta, que visa, desta forma, assegurar o direito concedido judicialmente ao credor e recusado seu cumprimento pelo devedor no sentido de desobedecer ao que fora anteriormente arbitrado.

A característica da *contempt of Court* está no meio de coerção, que pode ser tanto pecuniária como pena

37. "Instituto processual geral que tem por fundamento o desprezo pelo tribunal (e pela Justiça), a ele pode recorrer o credor para que o juiz, que proferiu a sentença (*decree of specific performance* ou *infunction*) voluntariamente não cumprida, declare o devedor autor de *Contempt of Court* e o condene à prisão - a qual, todavia, só se pode ser inflingida a quem tinha a concreta possibilidade de cumprir a obrigação - e/ou ao pagamento de uma sanção pecuniária ou 'multa' (fine).

SILVA, João Calvão da. ob. cit. p.383.

38.SILVA, João Calvão da. Ob. cit. p.384

de prisão³⁹ 40.

Com a utilização da *contempt of Court* do direito inglês, o devedor acaba por cumprir a ordem judicial, mesmo porque, só o fato dele ser conhecedor da existência do instituto aludido já o induz à prática da ordem.

39." O réu que descumpre o preceito sujeita-se a sanções de natureza patrimonial (multas) ou mesmo pessoal (prisão), consoante pode ocorrer, v.g., nos países anglo-saxônicos, em que a rebeldia à *injunction* é passível de punição como *contempt of Court*". MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Tutela Específica do Credor nas Obrigações Negativas. p. 71.

40." Vamos encontrar no direito anglo-americano uma figura que se aproxima da 'astreinte', talvez até mais eficiente em determinados casos. Trata-se de 'contempt of court', instituto cujo sentido quer dizer 'ofensa aos tribunais', ou ofensa às pessoas.

Surge com a resistência indevida aposta às decisões judiciais, parecendo um desacato, ou quase desacato, como entendem os doutrinadores.

É bom dizer que a liberdade do juiz no processo anglo-americano se dilata por todo o seu curso, durante o qual se permite interrogações até dos advogados, por parte do magistrado, assim como advertências verbais a todos os partícipes do processo, quando relegadas a plano inferior as regras de direito, geralmente tradicionais, advindas de costumes milenares.

Dizemos que pode ser mais eficiente do que a 'astreinte' porque se estende ao âmbito penal, aparecendo como penalidade pecuniária, ou como prisão do recalcitrante, cujo procedimento abusivo - descumprindo ordem judicial - não pode ficar impune".

PRATA, Edson. ob. cit. p. 23

b2. O remédio alemão

O Código de Processo Civil alemão, Z.P.O., prevê a possibilidade de medidas coercitivas para meios de coerção aplicáveis às prestações de fato positivas infungíveis, no parágrafo 888 e para as prestações de fato negativas no parágrafo 890, que tem a seguinte redação:

§ 888. "Se um ato 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*).

Essa 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 resultantes de um contrato de serviço⁴¹"

O artigo 890 diz o seguinte: "Se o devedor não cumpre a obrigação de abster-se ou tolerar um ato, será,

41.SILVA, João Calvão da. ob. cit. p. 380.

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*), ou 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 totalidade⁴²".

A técnica coercitiva de *Zwangsgeld/Zwangshaft* e de *Ordnungsgeld/Ordnungshaft* traz a aplicação de medidas de coerção pessoal, bem como a prisão compulsória (*Zwangshaft*).

Assim, a técnica alemã está mais afinada com a técnica austríaca e anglo-americana, pois a astreinte do direito francês mais se assemelha à nossa técnica, já que se traduz numa sanção de natureza meramente patrimonial.

No dizer de MONTEIRO "assim, tanto no que concerne às prestações de facto negativo, prevê o Código de Processo Civil alemão, nos seus §§ 888 e 890, respectivamente, medidas de compulsão. Simplesmente, enquanto estas, na família da *astreinte*, são exclusivamente de natureza patrimonial, no sistema alemão, ao lado de sanções pecuniárias (*Zwangsgeld/Ordnungsgeld*), prevêm-se, igualmente, nas referidas normas do ZPO, medidas de coerção pessoal, de prisão compulsória (*Zwangshaft/Ordnungshaft*).

Apresenta, contudo, o sistema alemão uma característica comum à sanção pecuniária compulsória (ao contrá-

42.SILVA, João Calvão da. ob. cit. p. 380.

rio do que sucede com a astreinte , já o dissemos), que consiste no facto de o campo de actuação de tais medidas se confinar às prestações insusceptíveis de execução específica" 43.

Esta é a singular coerção na Z.P.O.

43.MONTEIRO, Antonio Pinto. ob. cit. p.121.

b3. A ação inibitória do direito italiano

O direito italiano prevê a ação inibitória no art. 388 do Código Penal como "*uno strumento di coazione indiretta nella sanzione penale*" ⁴⁴ ⁴⁵. Não obstante, a doutrina não é unânime na aceitação de dito dispositivo como aplicável ao Processo Civil, pois seria uma indevida opção pelo sistema inglês/alemão, em detrimento do sistema francês, que melhor respeita as liberdades privadas⁴⁶.

É por este motivo que "o projeto sobre o novo Código de Processo Civil prevê 'penas pecuniárias' (astreín-

44. CARPI, Federico. Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti. p.118.

45. "Se interpretado nel senso che è posto a tutela (quanto meno) anche dell' osservanza delle sentenze di condanna all' adempimento di obblighi non suscettibili di esecuzione forzata - può assumere nell' ambito del nostro ordinamento complessivamente considerato la funzione della norma che predispone una forma generale di misura coercitiva attraverso cui si garantisce l' attuazione della sentenza di condanna là dove la tecnica della esecuzione forzata non serve o perché si è alla presenza di un obbligo infungibile o difficilmente eseguibile da parte di un terzo o perché la condanna oltre a reprimere gli effetti della violazione già compiuta mira ad esplicitare una funzione preventiva".

PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna. p.1.170.

46. Sobre o tema v., por todos, Profili della Tutela Civile Inibitoria. pp. 244/6. "Nonostante ciò, si à già avuto modo di precisare cha la nostra ddottrina ha espresso una tendenza pressochè unanime a favore dell'impiego della tecnica privatistica dell'astreinte, e, com ciò, a favore di un sistema di coazione all'adempimento ce privilegia, giustamente, i valori di libertà rispetto a quelli di autorità" (ob. cit. p. 244).

Porém, a acatção da tutela inibitória oriunda do sistema penal, poderia ser utilizada como forma de imposição de multa pecuniária para incentivar o cumprimento da obrigação, tornando efetivo o direito violado.

te), na esteira da doutrina que há muito reivindicava a consagração de medidas coercitivas indiretas"⁴⁷ e que segundo CALVÃO DA SILVA, adotando doutrina de FRIGNANI⁴⁸, " é um modelo coercitivo em expansão, dotado da força das coisas imparáveis, que simultaneamente potencia o prestígio dos tribunais e conduz ao cumprimento das obrigações. Pelo que nas palavras de FERRUCCI, 'em geral não se dúvida mais, hoje, da oportunidade da introdução de um instituto semelhante à astreinte'"⁴⁹.

Não obstante, o mesmo FRIGNANI deixa claro que a doutrina italiana dominante entende como ilegal as penalidades decorrentes da mora (astreintes)⁵⁰. Ao contrapor o doutrina de FERRARA - ardente defensor das astreintes - e de outros autores adeptos deste, FRIGNANI assevera que *"in sostanza, piú che dare una dimostrazione dell'effettiva presenza, nel nostro sistema, di una forma di tutela coattiva indiretta degli obblighi di fare e di non fare, questi autori sono riusciti a dimostrare la non incompatibilità dell'esecuzione indiretta con i principi generali del nostro ordinamento"*⁵¹.

Segundo o pensamento de renomados juristas, a ação inibitória é meio por demais eficaz, principalmente, quando trata de se buscar o cumprimento de obrigação advinda dos

47. SILVA, J. C. da. ob cit. p. 379.

48. V. a respeito Le Penalità di Mora e Le Astreintes nei Diritto che si Ispirano al Modello Francese. pp. 506 e ss.

49. Ob. cit. p.379.

50. Ob. cit. p. 520, especialmene nota 63.

51.FRIGNANI, Aldo. Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese. p. 521.

direitos da personalidade⁵².

A ação inibitória aqui aludida é motivo de controvérsia para os juristas italianos⁵³.

Tendo em vista, a forte relação existente entre o sistema francês e o italiano, desde a época do frustrado Projeto do Código Civil Franco-Italiano, tudo leva a crer

52. "A tutela inibitória é a mais idónea das tutelas no domínio dos direitos de personalidade, por prevenir agressões ilícitas emergentes do progresso técnico e tecnológico, especialmente das novas e sofisticadas tecnologias informáticas e publicitárias, domínio em que a importância e a natureza pessoal e extrapatrimonial dos valores em presença tornam insuficiente e inadequada a tutela ressarcidora. Tutela inibitória cuja actuação a sanção pecuniária compulsória pode incentivar, pela pressão que exerce sobre o autor da ofensa ou da ameaça, o que atesta bem a importância, no direito moderno, desta técnica compulsória na defesa da pessoa humana."

SILVA, João Calvão da. ob. cit. p.469.

No mesmo sentido ver MARINONI, Luiz Guilherme. O acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual. p.90

53. "Na Itália alguns juristas não admitem o uso da 'astreinte' (CHIRONI, Colpa contrattuale, n° 270 e seguintes; GIORGI, Obligaciones, t. 2, n° 155). FERRARA, contudo, concorda com a medida compulsiva da jurisprudência (A execução processual indireta, págs. 34 e segs.), enquanto que MICELLI esclarece que se trata de medida cautelar, que antecipa, pelo menos em parte, o ressarcimento de danos. Alega que a astreinte é mais do que uma pena privada ou pública: parece mais uma medida cautelar antecipadora do dano incerto. (Derecho Procesal Civil, 4º volume, pág. 405). Não se pode afirmar, contudo, que no sistema francês exista uma ação geral preventiva para evitar o dano, em que a ação pecuniária revista uma função autônoma, de pressão psicológica.

Sem concordar com ROBERTO GOLDSCHMIDT, refere-se às suas palavras quando observa que na doutrina francesa não se faz distinção bem clara entre 'action de reparation d' un dommage futur mais certain' e a 'action pour éviter le dommage'. Conclui que no direito italiano as astreintes não recebem acolhida nem na doutrina nem na jurisprudência (Derecho Procesal Civil, 4º volume, pág. 404/405; ROBERTO GOLDSCHMIDT, 'Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer, en Scritti giur, in onore della Cedam, Padova, 1953, I, págs. 61 e seguintes) "

PRATA, Edson. As Astreintes no Direito Brasileiro. p.25

A respeito de ditas controvérsias v. CARPI, Frederico. Note in Tem di Tecnica di Attuazione dei Diritti. pp. 118/120.

que, a despeito da posição majoritária da doutrina anteriormente referido, o Direito italiano deverá positivizar o sistema francês, acatando expressamente a possibilidade da utilização das *astreintes* em seu sistema jurídico, hoje de restrita aplicação.

b4. A sanção pecuniária compulsória do Direito

Português

O direito português admite a técnica coercitiva da sanção pecuniária compulsória no art. 829-A ⁵⁴ do Código Civil, oriundo de modificação gerada pelo Dec-lei n.262/83.

" Trata-se, de certo modo, de uma sanção pecuniária compulsória legal, uma vez que está fixada por lei e é automaticamente devida, a partir da data em que a sentença de condenação transite em julgado, ao contrário da sanção pecuniária compulsória *tout court*, que é estabelecida e fixada pelo tribunal, apelidando-se esta, de sanção judicial⁵⁵.

O direito português, excluiu o meio de coerção pessoal e preferiu seguir a forma da astreinte do Direito

54." Artigo 829.º-A Sanção pecuniária compulsória:

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 infracção, 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 indemnização 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.

55.MONTEIRO, Antonio Pinto. ob. cit. p. 126.

francês⁵⁶.

Na verdade, no raciocínio de CALVÃO DA SILVA, "de facto no direito português, é patente, desde muito cedo, a preocupação de humanização e de moderação do processo de efectivação das obrigações, em contraste com a rudeza do direito visigótico ou romano-visigótico.

Assim, como refere ALMEIDA COSTA, um Regimento da Casa Real de 1258 sobre a prisão por dívidas estatui a proibição geral de captura do devedor, sendo solvente, facultando-se a satisfação do credor através do seu património, de acordo com o costume e terra onde este estivesse"⁵⁷.

Porém, nem sempre foi assim, houve época em que o Direito Português aceitou a prisão por dívidas como meio coercitivo, é o que se noticia pela Lei de 24 de agosto de 1283, também ocorreu essa possibilidade na época das Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas que admitiam prisão por dívida.

Somente com a Carta de Lei de 20 de junho de 1774 que "proíbe-se a prisão por dívidas em geral, não

56. "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 dos direito germano-anglo-saxónico, 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 inexequível in natura- ressarcimento do dano que incide, portanto, sobre o património e não sobre a pessoa do devedor."

Silva, João Calvão. ob. cit. p.390

57.SILVA, João Calvão. ob. cit. p.385

podendo o juiz decretá-la fora dos raros casos em que a lei explicitamente a permite.

A prisão por dívidas, mesmo como meio de adstringir o devedor ao cumprimento da prestação, não era, pois, em regra, admitida e alguns dos raros casos em que expressamente era consentida por lei, como medida coercitiva, vieram posteriormente a ser abolidos... a razão decisiva desta eliminação foi a defesa da liberdade individual"⁵⁸.

MONTEIRO, afirma que a regra do n.º 4 do art. 829.º-A tem, além da preocupação em "incentivar o cumprimento voluntário e de zelar pelo respeito das decisões judiciais", também dá importância ao problema da "desvalorização monetária- que não é considerado na sanção pecuniária compulsória" ⁵⁹.

MONTEIRO, critica a localização da sanção pecuniária compulsória.

Segundo o jurista , a sanção aqui aludida, não está adequadamente colocada, " daí parecer-nos que esta medida- em si mesma correcta e com precedentes no direito comparado- estará deslocada, fora da sua sede própria, adequando-se melhor ao art. 806.º, por exemplo, do que ao n.º 4 do art. 829.º-A"⁶⁰.

No entender de CALVÃO DA SILVA, a sanção pecuniária compulsória do Direito Português existe na forma como

58.SILVA, João Calvão. ob. cit. p.386

59.MONTEIRO, Antonio Pinto. ob. cit. p.128

60.A respeito ver MONTEIRO, Antonio Pinto. ob. cit. p.128

está posta não porque foi "a conversão da multa em prisão, conversão julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional, mas antes, porque "a exigente tutela do direito à liberdade e à segurança, contida no art. 27.º da Constituição, determinou a supressão de figuras de prisão destinadas, não a punir, mas a compelir ao cumprimento de obrigações...

Iria, pois, ao arrepio da tradição jurídica portuguesa e da sua linha evolutiva consagrar, como figura geral, a prisão coercitiva destinada a compelir o devedor ao cumprimento das obrigações, além de poder constituir, no decisivo plano dos valores, um retrocesso. É, portanto, no plano dos valores e não na questão da inconstitucionalidade que a opção de política legislativa pela coerção patrimonial, com exclusão da coerção pessoal, encontra fundamento decisivo"⁶¹.

Observa-se pois, fundamental importância da sanção pecuniária compulsória para o Direito Português no que concerne à preservação das liberdades e garantias individuais.

61.SILVA, João Calvão. ob. cit. p.387.389.

b5. As astreintes no Direito Francês.

No direito francês as chamadas astreintes designam "*une condamnation du débiteur à payer une certaine somme pour chaque jour ou mois de retard dans l'exécution de l'obligation*"⁶².

Desta forma, a astreinte "consiste em o juiz fazer acompanhar a condenação principal do devedor no cumprimento da obrigação- especialmente da obrigação de *facere* ou de *non facere* - de uma 'pena' pecuniária (astreinte) por cada período de tempo (dia, semana, mês...) de atraso no cumprimento daquela ou por cada violação futura de obrigação negativa"⁶³.

Conforme PRATA, o Código de Napoleão" em seu primitivo texto, estabeleceu em diversas passagens a prestação em pessoa, quer dizer, a prisão do devedor para cumprir as suas dívidas... diga-se o mesmo quanto à pensão alimentícia devida aos filhos e parentes, cuja penalidade para o faltoso, recalcitrante no cumprimento da obrigação judicialmente estabelecida, também continua sendo a prisão do devedor, até que se resolva desfazer-se de parte de seu patrimônio e pagar a dívida contraída pelos laços sanguíneos e imposta coercitivamente pela justiça" continua PRATA a citar exemplo de um caso famoso ocorrido com a

62.CUCHE, Paul. Vicent, Jean. Précis Des Voies D' Exécution. p.09

63.SILVA, João Calvão da. ob. cit. p.375

Princesa de Bauffremont: " condenada a pagar 500 francos por dia no primeiro mês e 1.000 francos a contar do segundo, se não devolvesse os filhos ao marido em dois meses. O cumprimento da decisão acabou ficando com a justiça belga, que negou exequatur ao acórdão francês, com a alegação de que o marido deveria provar prejuízos morais e danos materiais decorrentes do ato da mulher, e estes não foram provados(Garsonnet et Cézar Bru, *Traité*, pág.71, nº 1.251 e rodapé)⁶⁴.

As astreintes foram criação da jurisprudência francesa e por esta razão muito criticadas, uma vez que não estavam amparadas pela lei⁶⁵.

O fato das astreintes , a princípio, não estarem apoiadas em texto legal, rendeu muitas discussões sobre sua legalidade como bem salienta CALVÃO DA SILVA, "este facto, o facto de a teoria das perdas e danos estar na origem da astreinte e de lhe servir de cobertura, explica-se pela circunstância de esta ter nascido à margem de textos legais e de sua legalidade ser, para muitos, duvidosa. A construção jurisprudencial deu-lhe, por isso, a cobertura das perdas e danos para vencer os protestos de uma doutrina quase unânime em considerar ilegal aquela instituição de origem jurisprudencial"⁶⁶.

Acerca da evolução quanto à origem jurisprudencial," A doutrina francesa inicialmente criticou a cria-

64.PRATA, Edson. ob. cit. p.22

65. "A doutrina francesa inicialmente criticou a criação jurisprudencial, que não se apoiava em textos legais". PRATA, Edson. ob. cit. p.22

66.SILVA, João Calvão da. ob. cit. p.376

ção jurisprudencial, que não se apoiava em textos legais (Aubry et Rau, t.4 n° 229; DEMOLOMBE tomo 4, n° 494; LAURENT, t16, n° 301; BERRYER, pág. 140), mas acabou evoluindo no sentido de admitir que ou se aplicaria a astreinte, mesmo sem suporte legal, ou realmente continuaria muito difícil exigir-se o cumprimento " in natura" das obrigações"⁶⁷.

Comentário interessante a respeito do posicionamento dos juristas franceses é de ROGER PERROT que diz: *"il diritto francese ha sempre avuto una certa ripugnanza a far ricorso all' arsenale di pene per assicurare l' esecuzione delle obbligazioni private"* , continua ele, *" Ma alla fin fine il sacrilegio è solo un omaggio reso alla fede e rimane il fatto che i giuristi francesi restano legati all' idea di principio che il diritto penale non deve interferire nell' esecuzione delle relazioni di diritto privato. Ma dal momento in cui ne va di mezzo l' esecuzione di una sentenza, non si può legittimamente sostenere che è in gioco l'ordine pubblico? E questa esitazione è ancora giustificata?"*⁶⁸.

Na verdade, se uma sentença não é cumprida ou por desrespeito explícito à ordem judicial ou por qualquer outro motivo que não seja possível efetivar sua execução de que adianta ser proferida?

Após as astreintes desligarem-se totalmente das perdas e danos e da indenização à qual estavam vincul-

67.PRATA, Edson. ob. cit. p. 22

68.PERROT, Roger. L' effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia. p.850

adas, para assegurar sua efetividade, através da Lei nº 72.626, de 5 de julho de 1972, foram elas devidamente legalizadas para pôr fim a tantas discussões ligadas ao seu nascimento, que era conturbado por ser de origem jurisprudencial.

Primeiramente esta normatização veio apenas para aqueles casos das astreintes chamadas provisórias, agora, após o advento da Lei acima citada "quer a astreinte provisória, quer a astreinte definitiva, são independentes da indenização, podendo o juiz ordená-las, mesmo oficiosamente, sem distinção do objecto das obrigações" ⁶⁹.

Não resta dúvida sobre a importância das astreintes no Direito francês⁷⁰, que serviram de modelo para tantas outras civilizações, inclusive para o Brasil, onde, conforme observar-se-á é de profunda valia.

No dizer de CALVÃO DA SILVA, "conclui-se que a astreinte é um modelo coercitivo em expansão, dotado da força das coisas imparáveis, que simultaneamente potencia o prestígio dos tribunais e conduz ao cumprimento das obrigações" ⁷¹.

69.SILVA, João Calvão, ob. cit. p.378

70." Hoje, a doutrina das "astreintes" goza de aceitação pacífica no seu país de origem, com excelentes resultados para o aprimoramento da aplicação das regras jurídicas (MAZEUD, JOSSERAND, DEMOGUE, PLANIOL, RIPERT, etc.)"
PRATA, Edson. ob. cit. p. 23.

71.SILVA, João Calvão da. ob. cit. p. 379

b6. Interdito proibitório

O interdito proibitório, como está posto no art.932 e seguinte do C.P.C. pátrio, garante ao possuidor, na hipótese de receio de ser molestado, mandado proibitório onde está cominada pena pecuniária⁷².

Interdito Proibitório no entender de CAIO MÁRIO, "é a defesa preventiva da posse, ante a ameaça de turbação ou esbulho. Consiste em armar o possuidor de mandado judicial, que a resguarde de moléstia iminente. Não é necessário que aguarde a turbação ou o esbulho. Pode antecipar-se ao cometimento da violência, e obter um julgado que o assegure contra a hipótese de vir a acontecer, sob pena de pagar o réu multa pecuniária, em favor do próprio autor...com a cominação do preceito, o réu se contém,e, se se não absteriver da moléstia, automaticamente incidirá na pena (Código Civil, art. 501)⁷³.

"O interdito de que se fala é possessório; e objeto da posse tanto pode ser bem corpóreo quanto incorpóreo (obra intelectual, invenção, desenho de utilidade ou modelo industrial, marca de indústria e de comércio, sinal de propa-

72.Art.932" O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito."

Código de Processo Civil Brasileiro

73.PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol.IV.p.55.

ganda, indicação de proveniência). Onde quer que possa ser objeto de propriedade o bem, pode haver posse. Se pode haver posse, pode haver a tutela possessória. Tanto é protegível, possessorialmente, por exemplo, a posse do bem corpóreo da tela, ou de exemplar do livro, quanto a do bem incorpóreo do autor da pintura ou do livro⁷⁴.

Importa aqui esclarecer que " tanto a ação de manutenção de posse, quanto a ação de interdito proibitório não geram sentenças condenatórias. São mandamentais. Não há entre o possuidor e o ofensor da posse qualquer relação jurídica obrigacional de que possa resultar uma condemnatio. Sabe-se que a posse- antes da universalização do processo extraordinário, nas fases mais tardias do direito romano- era tutelada pelos interditos, que se distinguiam das actiones, precisamente, por jamais produzirem uma sentença condenatória"⁷⁵.

Comentando a sentença condenatória produzida pelo interdito proibitório o eminente jurista ensina que "é sem fundamento a opinião dos que afirmam que as ações possessórias, quando se tenham transformado em ordinárias, pela consumação do prazo de ' ano e dia' do ato de agressão possessória, passam a ser condenatórias..."⁷⁶.

74.MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações. Tomo VI Ações Mandamentais. p.158

75.SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil Vol II. p.315.

76.A respeito: " Seria simples demonstrar como a tutela da posse anular-se-ia inteiramente se, por exemplo, nas ações de manutenção e de interdito proibitório, a respectiva sentença que as acolhesse, fosse meramente condenatória. Se a tutela jurisdicional se resumisse em condenação, ~~ter-se-ia~~ então de promover um segun-

Há, ainda, os que entendem que o interdito proibitório, além de resultar em sentença mandamental, resulta, também, em sentença condenatória ⁷⁷.

Porém, PONTES DE MIRANDA esclarece que "a sentença, no interdito proibitório, mostra tanto elemento executivo quanto na própria sentença de manutenção, e de nenhum modo se parece com a sentença (executiva) da ação de reintegração. Por outro lado, o veto do interdito proibitório, que é como o da ação de manutenção, possui, à sua base, menor dose de condenação que a da ação de manutenção e, *a fortiori*, da ação de reintegração. O elemento *mandamental* prepondera como se passa com a própria sentença na ação de manutenção. (...). A Ação de interdito proibitório têm eficácia cinco mandamental, quatro constitutiva, três declarativa, dois condenatória e um executiva⁷⁸.

...Continua...

do processo para cumprimento de uma obrigação de fazer o qual, sendo infungível em geral o ato de agressão ou ameaça de agressão possessória, transformaria a proteção à posse em reparação pecuniária. Neste caso, em razão da infungibilidade do ato de ofensa à posse, teríamos de sujeitar-nos ao princípio da transformação da obrigação originária em obrigação monetária... , o que desvirtuaria inteiramente a tutela jurisdicional da posse, solenemente anunciada pelo legislador em regras claríssimas de direito material".

SILVA, Ovídio A. Baptista da. ob. cit. p.317.

77. "Na sentença proferida em interdito proibitório existe um comando concreto, visando que o réu se abstenha de ato...

Além desse efeito, a sentença tem outros efeitos, os quais criam novas situações jurídicas para os litigantes.

Como a sentença de mérito, no interdito proibitório, é também condenatória, segundo vimos, ela gera título executivo que autoriza o vencedor, caso o vencido não satisfaça a prestação jurisdicional assegurada no julgado, utilizar-se da execução."

MARTELOZZO, Antônio. O Interdito Proibitório no Direito Brasileiro. p.124

78.MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações. Tomo VI. Ações Mandamentais. p.157,311.

Não resta dúvida que apesar da possibilidade da incidência de eficácia condenatória e mandamental nos interditos proibitórios, o valor de maior peso e o mais significativo, é o da eficácia mandamental.

As ações cominatórias, ao contrário dos interditos, têm como elemento preponderante, força condenatória, " são ações declarativas condenatórias"⁷⁹.

Enquanto os interditos visam especificamente a defesa preventiva de uma iminente turbação ou esbulho, por meio de mandado proibitório, as cominatórias visam a condenação pelo descumprimento daquela ordem judicial ou de qualquer outra.

Ocorre que, nos interditos, o artigo 932 do CPC contém, na parte final do dispositivo, a possibilidade de se atribuir pena pecuniária àquele que não obedecer o mandado⁸⁰. Poder-se-ia dizer aqui que os interditos além de realizar a prevenção, também aplicam pena para o caso do seu não cumprimento.

79.MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações. Tomo V. Ações Condenatórias. p.164

80. "A doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que, ocorrida a conversão do interdito proibitório em ação de reintegração de posse ou de manutenção, o réu incidirá na multa estipulada no mandado proibitório. Na sentença, a final, se restarem provados os requisitos da ação, o juiz manterá o autor definitivamente na posse, condenando o réu no pagamento da multa cominada, sujeitando-o aos ônus da sucumbência. (...).

No caso, significa 'ameaça de aplicação de pena pecuniária', se o réu transgredir o preceito, imposto pelo juiz, de abster-se de praticar qualquer violência contra a posse do autor.

Haverá conversão de uma ação em outra, quando houver infração do preceito. Daí a aplicação da pena cominada, mesmo na hipótese de procedência da ação, agora de manutenção ou de reintegração de posse.

MARTELOZZO, Antônio. ob. cit. p.118.

A ação cominatória, por sua vez, têm como objetivo primeiro, forçar o cumprimento da norma ou das determinações judiciais desrespeitadas, com a aplicação de pena pecuniária por dia de atraso.

b7. As ações cominatórias

" A ação cominatória, no direito brasileiro, é proponível sempre que, por lei ou convenção, haja pretensão a se exigir de outrem que se abstenha de ato, ou preste fato. Desde que alguém é prejudicado, em se tratando de direito absoluto ou relativo, por ato, positivo ou negativo, de outrem, que possa continuar, ou repetir-se, ou haja receio de que tal ato, positivo ou negativo, se dê, causando prejuízo, nasce a ação cominatória, que é ação irradiada da pretensão à abstenção ou à prática de ato alheio"⁸¹.

Nas palavras de COUTURE, citado por PRATA, ele definiu as *astreintes* como sendo "uma forma especial de cumprimento das sentenças, que tem por objetivo assegurar da melhor maneira o resultado do julgamento, naqueles casos nos quais a impossibilidade da prestação direta, ou as perdas e danos deixam insatisfeitas as exigências da justiça"⁸².

Faz-se necessário, ainda, conceituar cominação. PONTES DE MIRANDA aduz tratar-se de "declaração de vontade unilateral receptícia. Não a faz a parte; a parte comunica ao juiz a sua vontade de obtê-la (comunicação de vontade). A declaração cominatória é o conteúdo do deferimento do juiz. Parece-se com o daquele deferimento ao pedido de citação, interpelação

81.MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1974, Tomo IV, p.46.

82.PRATA, Edson. ob. cit. p.25

ou intimação para constituir em mora. Apenas um é dirigido a consequências de direito material; outro, a consequências processuais" 83.

A cominação no direito brasileiro tem obtido êxito através dos tempos, ela está cada vez mais aprimorada para buscar a eficácia da tutela tanto almejada pela parte, mas, para que isso se torne real e contribua notadamente para a efetivação do processo e conquista da tutela, trilhou um longo caminho até chegar na forma, como está, hoje, posta nos artigos 644, 645 e 287 do Código de Processo Civil⁸⁴, reformulada pela Lei.8.953, de 13 de dezembro de 1994, que pode, ainda, não ser a forma ideal, mas que, sem dúvida, trouxe inúmeras facilidades à execução.

O direito pátrio, auferiu de Portugal as várias espécies de cominatórias, antes, com rito e capítulo pró-

83.MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações, Tomo V, Ações Condenatórias. p.163.

84.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".

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)".

prios, o que leva à observação de que várias dessas hipóteses podem ser subtraídas dos autores, confirmando-se assim, a subtração do direito português como o exemplo citado pela obra clássica de AMARAL SANTOS ao comentar as ações cominatórias destinadas a impedir o mau uso da propriedade vizinha, " no antigo direito brasileiro, a praxe conservou a ação de dano infecto tal qual recebera de Portugal. Referiam-se a ela Pereira e Souza e Souza e Pinto, para a hipótese do edifício vizinho ameaçar ruína, mas é de compreender-se que o seu campo se estendia para os casos aludidos por Corrêa Teles e Borges Carneiro.

Manteve o Código Civil a *cautio damni infecti*, como garantia contra o mau uso da propriedade (arts. 554, 555, 582) e, de conseguinte, a ação para pedi-la"⁸⁵.

Através de outros autores também pode-se verificar a adoção portuguesa da cominatória, confirmando o enunciado, MUNIZ adverte sobre que " mesmo após a Independência do Brasil, as leis e praxes lusitanas perduraram vigentes no país, como se pode verificar pela Lei de 20 de outubro de 1823, elaborada pela Assembléia Geral Constituinte e Legislativa" ⁸⁶.

85.SANTOS, Moacyr Amaral. ob. cit. p.530

86. "Assim, mesmo após o Regulamento n. 737, de 1850 - regendo as ações de natureza comercial - as ações cíveis e, dentre elas, os preceitos cominatórios se processavam em conformidade com as disposições do Código Filipino, com as inúmeras modificações provocadas por diversas leis, e esse número de leis de tal forma se avolumou, que acabou por trazer um verdadeiro caos ao processo civil, somente amainado pela Consolidação de Ribas, aprovada pelo Governo Imperial, por intermédio da Resolução de 28 de dezembro de 1876.

Destarte, somente com o advento do Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890- então já proclamada a República - que determinava a aplicação às causas cíveis do Regulamento n. 737, perderam as Ordenações, ~~quase~~ que totalmente, a sua

Observa-se o fato também, pelo que aduziu MIRANDA: " Na praxe portuguesa e na brasileira, longamente misturado com o interdito possessório, o preceito cominatório conseguiu manter certa fisionomia própria, readquirindo, no Brasil, com a legislação de alguns Estados-membros (...), a estrutura autônoma, com o pressuposto objetivo do pedido de ato ou fato, isto é, ligado à pretensão à tutela jurídica do credor de pretensões e obrigações de fazer ou de não fazer"⁸⁷.

O Direito brasileiro, absorveu as ações cominatórias do Direito Português, como ficou demonstrado, ocasionando, a princípio, mistura entre as ações de preceito cominatório e as de interdito proibitório e somente se desvincularam com maior clareza a partir do Código de Processo Civil de 1939 que, " amparando-se na tradicional aplicação da legislação filipina no Brasil e secundado ainda, pelas leis processuais dos Estados, pela evolução jurisprudencial e doutrinária, acabou por curvar-se à instituição de duas ações de preceito cominatório: o 'interdito proibitório' (arts.377/380) e a 'ação cominatória' (arts. 302/313). Esta última tinha por objetivo o cumprimento de obrigações positivas e negativas de fazer ou não fazer, ou da prestação

...Continua...

aplicação.(...)

Entretanto, a tentativa de implantação de legislação própria, no Brasil, muitas vezes adaptando-se o direito português ao pátrio, não eliminou a confusão entre preceito cominatório e o interdito proibitório" (MUNIZ, Severino. Ações Cominatórias à Luz do Art. 287 do Código de Processo Civil. p.11).

A respeito, ver o comentário do autor à confusão aludida, ob. cit. pp. 12/13.

87.MIRANDA, Pontes de. ob. cit. p.157.

de um fato ou abstenção de um ato"⁸⁸.

Importante ressaltar aqui, que no " Código de Processo Civil de 1939, a ação cominatória possuía denominação, rito e capítulo próprios. Pelo atual, ela se insere no seio da ação ordinária e se acha prevista, embora sem essa denominação, no art.287. Em se tratando de institutos idênticos, o novo código apenas suprimiu o seu rito especial"⁸⁹.

No Código de 1939, "o autor, na inicial, pedia que se expedisse uma ordem (mandado, preceito) contra o réu, para prestar fato ou abster-se de ato, dentro de certo prazo, sob a cominação de ato"⁹⁰.

No Código de 1973 conforme enunciado anteriormente, "apesar de não mais contempladas, como figuras autônomas, por procedimento especial, não foram abolidas de nosso direito, pelo código de Processo Civil de 1973. Entretanto, o procedimento monitório⁹¹, na sua essência, desde o Código caduco

88.MUNIZ, Severino. ob. cit. p.16.

89.SANTOS, Ulderico Pires dos. Ação Cominatória e Outras Peculiaridades. p.19

90.MUNIZ, Severino. ob. cit. p.37

91. O procedimento monitório, cujo objetivo principal era a formação célere de um título executivo, transferia a responsabilidade do contraditório para o demandado. "Destarte, a instituição do procedimento monitório ou de injunção, objetivando a criação célere do título executivo, representava a melhor solução para o problema.

Por esta forma processual, o credor pede ao juiz, em vez da condenação do devedor a expedição imediata de um preceito ou mandado, *inaudita altera parte*, para que o devedor pague o débito dentro do prazo previsto legalmente. Vencido este prazo sem que o réu excepcione, aquela ordem ou mandado assume a condição de sentença condenatória, de declaração de direito, na qual alicerçará o credor a sua execução. Mas se, dentro daquele prazo, o réu oferece contestação ao preceito ou mandado judicial, perde estes os

- apesar de tê-las inspirado - tem sido repellido, não só pelas legislações processuais (revogada e atual), mas, principalmente, pela jurisprudência.

Contemplou-as o Código de Processo Civil de 1973 no rito ordinário, única e exclusivamente, pela manutenção de cominação de pena, em caso de desobediência à sentença. E a sua aplicação, como se pode verificar pelo art. 287 do atual Código, tem por objetivo, ainda, a tutela das obrigações de fazer e de não fazer" 92.

Observa PRATA, que "há quem veja possibilidade de imposição de astreinte no direito brasileiro mesmo antes da codificação processual vigente. Seriam suportes os artigos 629 da Consolidação das Leis do Trabalho; 230 do Código Comercial; 501, 1.196 e 1.287 do Código Civil; artigo 13 da Lei 4.717/65, que regula a ação popular; CPC/73 artigos 35, 488-I, 494, 644, especialmente este, dentre outros anteriormente referidos, e 1.005 do revogado Código de Processo Civil, cujo texto é o seguinte: 'Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute,

...Continua...

efeitos de sentença condenatória, resolvendo-se em simples citação (*in vim simplicis citationis*) e o processo, daí para frente, é regulado pelo rito ordinário.

Destarte, o procedimento monitório ou de injunção se apresenta com o caráter de processo de cognição sumária, no qual é dado ao réu, para oferecer sua defesa, um prazo fatal. Precluso este, adquire o preceito força de sentença condenatória, possibilitando ao credor a execução do seu direito" (MUNIZ, S. ob. cit. p. 22/23). Sobre o procedimento monitório no Código de 1939, bem como no direito alienígena v., por todos, SANTOS, Moacyr Amaral. As Ações Cominatórias no Direito Brasileiro. 1º Tomo, pp. 115/161.

92.MUNIZ, Severino. ob. cit. p.47₅₉

dentro do prazo que fixar, sob pena de cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação'.

Falando o legislador em 'pena pecuniária', poder-se-ia admitir a expressão como 'astreinte'. Acontece, porém, que este artigo 1.005 foi substituído pelo art. 638 do atual Código de Processo Civil de conteúdo bem diferente: 'Nas obrigações de fazer, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente, o credor poderá requerer ao juiz que lhe assinasse prazo para cumpri-la.

Parágrafo Único - Havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos, aplicando-se outrossim o disposto no artigo 633'.

Já o referido artigo 633 anota que 'se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa'"⁹³.

Na verdade, quando o legislador trata de usar a terminologia acima mencionada como perdas e danos, e conversão em indenização, ele acaba por excluir a *astreinte*.

Hoje, a cominação, após algumas modificações, pode ser encontrada no Código de Processo Civil, artigos 644, 645, também nos arts. 287 já aludidos, além dos artigos 461, §§ 2º e 4º, bem como no Código de Defesa do Consumidor artigo 84,

93. PRATA, Edson. ob. cit. pp. 39/40.

As novidades existentes no Direito Brasileiro, após a Lei 8.953 acima citada, referem-se, principalmente, aos pontos aqui elencados em nota de pé de página e, de fundamental importância, conforme o entender do ilustre professor DINAMARCO ⁹⁴.

94. "Constitui a síntese e lema dessa novidade o reforço das astreintes. Quis o legislador, visivelmente, revigorar o instituto e dotá-lo de maior eficácia para o combate aos notórios óbices à efetividade das decisões judiciais e das obrigações concertadas mediante títulos executivos extrajudiciais (óbices ilegítimos ao acesso à justiça).

Em vários pontos desdobrou-se essa estratégia, a saber: a) fixação da multa também no processo executivo e não necessariamente em sentença; b) sua fixação de-ofício; c) possibilidade de rever o valor da multa diária, seja para mais ou para menos; d) projeção de todo esse sistema sobre as execuções específicas fundadas em título executivo extrajudicial. (...).

No sistema vigente até agora, as astreintes só poderiam ser impostas em sentença, ou seja, no processo de conhecimento, sem possibilidade de fixá-las o juiz na execução. (...).

Mas o método transgressivo a que a Reforma vem prudentemente aderindo permitiu-lhe atenuar a rigidez dessa estrutura sistemática, ao dotar o juiz da execução de poderes decisórios relacionados com as astreintes (fixá-las, reduzi-las, reforçá-las). (...).

Assim é que, sendo omissa a sentença condenatória ou o título executivo extrajudicial, caberá ao juiz da execução, a requerimento ou mesmo de-ofício, acrescentar as multas diárias destinadas a pressionar o executado ao cumprimento voluntário.

O parágrafo do art. 644 e o do art. 645, ditados pela lei nova, permitem a redução do valor da multa, sempre que ao juiz da execução se revele excessivo. (...)

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. (...).

Conforme enunciado, a partir da inovação, verificou-se o surgimento da questão de importância relacionada com a constitucionalidade ou não, advinda da redução ou do acréscimo da multa estipulada. Para DINAMARCO, então, por força da coisa julgada material, apenas será possível o reforço, enquanto que a redução incidirá no obstáculo citado. Porém, para PASSOS, nem a diminuição e nem o acréscimo serão possíveis com base na coisa julgada material, pois pensase que "o juízo da execução é senhor todo-poderoso. Será que todo-poderoso, mesmo diante da coisa julgada material? Será que todo-poderoso mesmo diante da esfera da autonomia privada, ainda não aniquilada, entre nós, constitucionalmente? ... acredito se deva ter como assentada a impossibilidade de o juiz exasperar além do fixado na sentença ou no estipulado em título, a pretexto de estar realizando ajustamento, em face da insuficiência ou do excesso ... O valor da segurança ainda é fundamental num Estado de Direito. E reduzir a cominação será menos ilegal e menos nocivo? Creio que não" ⁹⁵.

Ainda nessa questão, há quem perceba aqui, a possibilidade de acréscimo ou de redução sem questiona-

...Continua...

A coisa julgada só imuniza as decisões judiciais nos limites dos fatos para os quais foram proferidas, 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."

DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. pp. 240/243.

95. PASSOS, J. J. Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. p.69.

mento da constitucionalidade⁹⁶.

Compartilha da mesma idéia SCHMIDT JUNIOR, defendendo que, "é de se indagar se, efetivamente, tem-se uma faculdade do juiz, na minoração ou majoração, ou um dever. Para nós, é uma imposição. Estando presentes elementos, que demonstrem a insuficiência ou o excesso, impõe-se ao juiz a obrigatoriedade de corrigir o valor atribuído a título de multa"⁹⁷.

Observando ainda as modificações referidas, importante ressaltar a possibilidade atual da aplicação da multa também para títulos executivos extrajudiciais.

Assim, "com as alterações promovidas, no sentido de se permitir a execução de fazer e não fazer, com base em título executivo extrajudicial, também, o preceito cominatório não poderia escapar de alterações. De fato, não teria sentido mantê-lo para os títulos judiciais e excluí-los dos extrajudiciais", de modo que, agora, existe a " possibilidade da fixação de preceito cominatório na execução de títulos extrajudiciais"⁹⁸.

Nota-se, então, que a cominação, "objetiva não praticamente coagir a vontade do devedor. Tem ela função, como já disse, coercitiva e que difere da coação. Por ela, o próprio devedor chegará à conclusão de que mais fácil para ele será o cumprimento da obrigação do que suportar a aplicação da pena cominada. Assim, à semelhança das astreintes, possui a san-

96. "Sendo facultado ao juiz da execução a sua modificação, para agravá-la ou reduzi-la, conforme o caso...".
ALVIM, J. E. Carreira. Código de Processo Civil Reformado. p.162.

97.SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. O Novo Processo Civil p.141.

98.SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. ob. cit. p. 140.

ção cominada caráter coercitivo. Aqui não se viola a vontade do devedor inadimplente. Apenas coloca-o em situação tal qual que o cumprimento da obrigação lhe parecerá mais econômico e salutar, em confronto com a pena que lhe foi cominada. Destarte, como já frisou, a função precípua desta pena é forçar o devedor a cumprir a sua obrigação, e não castigá-lo pela desobediência ao preceito"⁹⁹.

A cominação no direito brasileiro, advinda do direito lusitano, seguiu a fórmula das *astreintes* do direito francês, em razão da aplicação de pena patrimonial ao invés de pena de prisão, porém, para PRATA, "não adotamos nem a 'astreinte' francesa, na sua pureza e com a força processual que goza, nem tão pouco (sic) o instituto anglo-saxão do *contempt of court*. Ficamos, mais uma vez, no meio termo, continuando o Poder Judiciário objeto do abuso e do desrespeito por parte de todos quantos perceberem a fraqueza de suas decisões. E já era - e continua sendo - um Poder dependente de outro, o Executivo, que se encarrega até de escolher e nomear seus membros"¹⁰⁰.

"Perseguindo as características traçadas por MAZEAUD, aduzimos que a 'astreinte' é um procedimento destinado a agressivamente (sic) retirar um bem da vida do patrimônio do obrigado, em benefício do credor, que, caso contrário, seria espoliado.

Consequentemente (sic) a 'astreinte'

99.MUNIZ, Severino. Ações Cominatórias à Luz do art. 287 do Código de Processo Civil. p.36

100.PRATA, Edson. ob. cit. p. 42

aparece como uma condenação pecuniária, semelhante à cominatória"
101.

Para ambos, ou seja, para os sistemas francês e brasileiro, a sanção é eminentemente econômica, ao contrário de outros, já mencionados anteriormente, onde a sanção alcança, além do patrimônio, também a liberdade do devedor, através da pena de prisão.

Apesar do sistema pátrio não admitir a pena de prisão, como faz o sistema da *Contempt of Court na Common Law* e do sistema alemão, MARINONI, defende 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 (sic)"¹⁰².

Neste ponto, parece ser do entendimento de alguns, que não se deve desrespeitar a intangibilidade corporal do devedor que será pressionado de maneira eficaz por forças outras de coação¹⁰³.

101.PRATA, Edson. ob. cit. p. 28

102.MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas de Processo Civil. p.95

103. "Respeitada a intangibilidade corporal do devedor, criam-se, dessa forma, forças morais e econômicas de coação para convencer o inadimplente a realizar pessoalmente a prestação pactuada".
THEODORO Junior, Humberto. *Processo de Execução*. p.219

Comentando tal situação no Direito português, CALVÃO DA SILVA aduz que " é, portanto, no plano dos valores e não na questão da inconstitucionalidade que a opção de política legislativa pela coerção patrimonial, com exclusão da coerção pessoal, encontra fundamento decisivo"¹⁰⁴.

Quanto à constitucionalidade, MOREIRA adverte que, "concebe-se em tese que as medidas coercitivas incidam sobre a própria pessoa do devedor ou sobre o seu patrimônio. Na realidade, em razão de uma difundida repulsa ao emprego de medidas privativas da liberdade por causa de dívidas - a qual tem inspirado até proibições em nível constitucional é geralmente restrito o espaço que se abre à coerção pessoal nesta matéria"¹⁰⁵.

Importante aqui ressaltar o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor que, no artigo 83, aduz: " Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequação e efetiva tutela".

Comentando o aludido artigo, ARRUDA ALVIM, entendeu que "ao referir-se à admissibilidade de 'todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela', demonstra que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a priori, assume todo o sistema jurídico processual, desde que adequado às finalidades dos direitos protegidos por ele.

104.SILVA, João Calvão da. ob. cit. p.389.

105.MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências em Matéria de Execução de Sentenças e Ordens Judiciais. p.160.

(...).

De outra parte, conquanto tenha sido assumida a integralidade do sistema jurídico processual, desde que apto ou adequado para proporcionar efetiva tutela, isto deve ser compreendido como tendo sido somado ao sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ou seja, além das tutelas existentes no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, podem ser utilizadas as presentes em todo o sistema processual. Este texto, com esta interpretação, ademais prevalece para todos os possíveis interesses e direitos difusos"¹⁰⁶.

As tutelas, que podem ser buscadas do sistema processual para o cumprimento da defesa do consumidor, acrescidas às do próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor, não podem ir além daquilo que está estabelecido no ordenamento jurídico processual, não existindo possibilidade para se ofertar tutela através da pena de prisão, quando o sistema processual vigente não prevê essa prática.

Porém, WATANABE, entende ser essa possibilidade real, quando alude ao artigo 83 do citado Código, como sendo "um instituto semelhante ao do *contempt of court* dos ordenamentos da *common law*"¹⁰⁷.

Nem todos acordam que a pena de prisão

106. ALVIM, Arruda; Alvim, Thereza; Alvim, Eduardo Arruda; Marins, James. Código do Consumidor Comentado. p.391

107. Quando o autor equipara ao sistema do *contempt of court*, da *common law*, ele está consagrando o sistema que prevê a pena de prisão.

Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto. p. 520/1

contribui de forma humanitária para a efetividade da tutela¹⁰⁸, "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-saxónico, 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 patrimônio 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 patrimônio e não sobre a pessoa do devedor"¹⁰⁹.

Importante, ainda, ressaltar que a cominação aplicada não impede a condenação por perdas e danos, "as 'astreintes' podem ultrapassar o valor da obrigação, enquanto as perdas e danos não devem superá-lo (...) A medida, portanto, é

108. "L'ambiente sociologico prima di tutto. In un secolo la mentalità collettiva è cambiata. Essere debitore non è più una vergogna e non pagare i debiti non è più un segno di disonore. Il credito al consumo, dispensato a vanvera, e l'inflazione constanteci hanno abituato ad essere debitori, facendoci apparire questa situazione come la più favorevole, tanto più d'altronde, che si ritarda a liquidare il proprio debito.

Allo stesso tempo la libertà individuale e il rispetto della vita privata sono diventati dei dogmi che, come tutti i dogmi, non sfuggono alle perversioni; con il risultato che l'opinione pubblica si mobilita facilmente contro ogni misura esecutiva che implichi una restrizione fisica".

PERROT, Roger. L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia. p.846.

109.SILVA, João Calvão da. ob. cit. p. 390

cominatória e não expiatória. Sua finalidade é a de fazer o devedor cumprir a obrigação e não, em absoluto, substituir a própria prestação devida.

Ensina, a propósito, AMÍLCAR DE CASTRO:

'A multa por dia de atraso é simples meio de coação. Multa-se o executado dia a dia, não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas, simplesmente, para forçá-lo indiretamente a fazer o que não fez ou a não fazer o que não deve. Numa palavra: o juiz é forçado a multar para conseguir um meio de desempenhar a sua função jurisdicional,'¹¹⁰.

110.PRATA, Edson. ob. cit. p. 44.

b7.1. Noções gerais e diferenças das figuras anteriores

As *astreintes*, do direito francês, são "una condena pecuniaria pronunciada a razón de tanto por día de atraso (o por cualquier otra unidad de tiempo apropiada a las circunstancias) y destinada a obtener del deudor el cumplimiento de una obligación de hacer y, en ciertos casos, de una obligación de dar, mediante la amenaza de una pena considerable, susceptible de aumentar indefinidamente"¹¹¹.

Qualquer das formas de execução indireta elencadas anteriormente, são, na verdade, cada qual guardando suas proporções, meios de coerção com efeito psicológico, que objetivam viabilizar o cumprimento voluntário do devedor da obrigação¹¹².

Cabe aqui, ressaltar a opinião de KAZUO WATANABE que, comentando sobre a similaridade dos sistemas expressa a opinião que "não se afigura exagerado afirmar-se que o nosso sistema processual é dotado de ação mandamental de eficácia bastante assemelhada à da *injunction* do sistema da *common law* e à 'ação inibitória' do direito italiano. Aliás, o ordenamento pro-

¹¹¹. RIPERT, Georges & BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo V, p.426.

¹¹². "O que se procura, é influenciá-lo psicologicamente, para que se disponha a realizá-la, ele próprio".
MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. 294.

cessual pátrio erige em ato atentatório à dignidade da Justiça o comportamento do devedor que 'frauda a execução', ou 'se opõe maliciosamente à execução empregando ardis e meios artificiosos', ou 'resiste injustificadamente às ordens judiciais' ou ainda (sic) deixa de indicar ao juiz 'onde se encontram os bens sujeitos à execução' (art.600, CPC) e prevê no art.601, CPC, a penalidade processual correspondente. Se é possível entender-se assim em relação aos atos processuais voltados à realização da execução, com maior razão se poderá colocar a conduta recalcitrante do demandado, em relação ao provimento expedido pelo magistrado para a tutela efetiva dos direitos dos consumidores, no plano da ofensa à dignidade da Justiça e ao regular exercício da função estatal de tutela jurídica processual.

Certamente, está consagrado nesses dispositivos um instituto semelhante ao do *contempt of court* dos ordenamentos da *common law*"¹¹³.

Não se pode deixar de analisar a ocorrência de pena de prisão ou apenas pecuniária para diferenciar, de modo que, enquanto o sistema da *Contempt of Court na Common Law* e o sistema da *Zwangsgeld* e *Zwangshaft* admitem a pena de prisão como meio coercitivo¹¹⁴, para o "direito italiano as as-

113.WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. p.520.

114. "A differenza del sistema delle astreintes francese, quello tedesco ed austriaco ha un segno più marcatamente pubblicistico come risulta sia dall'aprevisone anche di una sanzione limitativa della libertà personale quale l'arresto, sia dal fatto che le pene pecuniarie sono devolute allo Stato e non al creditore. In comune con le astreintes il sistema tedesco ed austriaco ha la caratteristica di consentire al giudice civile di comminare, di minacciare la pena (pena pecuniaria o arresto) per l'ipotesi di

treintes não recebem acolhida nem na doutrina nem na jurisprudência"¹¹⁵¹¹⁶.

Ou seja, o direito italiano não prevê, segundo entendimento do autor citado, um instituto parecido com o das *astreintes*, porém, não se pode esquecer da ação inibitória¹¹⁷ como forma de alcançar a tutela.

A sanção pecuniária compulsória do direito português, as *astreintes* no direito francês e as ações cominatórias do direito pátrio, assemelham-se demasiadamente, no que se refere à admissão de sanção econômica e na impossibilidade da pena de prisão.

Importa ainda, analisar a questão do destinatário da multa pois, "*in Germania la somma comminata va a vantaggio dello Stato (ciò che aiuta a dare una configurazione pubblicistica all'istituto), in Italia, analogamente a quanto è stato disposto legislativamente in Argentina, in Francia e nei Paesi del Benelux, questa somma va a favore della parte lesa*".

No Brasil, a exemplo da França, oriundos da cominação vão para o devedor e não para o Estado¹¹⁸.

...Continua...

mancato adempimento dell'obbligo di fare o di non fare oggetto della condanna".

PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla Tutela di Condanna. p. 1168.

115. PRATA, Edson. ob. cit. p.25.

116. Na verdade, o que ocorre é a discussão sobre a aplicação ou não do art.388 do Código Penal italiano, no ordenamento civil. Ver MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. p.133.

117. A respeito do tema v. capítulo III, tópico b.3.

118. Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. p.65.

Para ditos sistemas jurídicos, "a prisão coercitiva destinada a compelir o devedor ao cumprimento das obrigações, além de poder constituir, no decisivo plano de valores, um retrocesso"¹¹⁹, é fundamental a tutela da liberdade como princípio primeiro.

119.SILVA, João Calvão da. ob. cit. p.389

IV. AS AÇÕES COMINATÓRIAS E SUA AMPLITUDE GÊNÉRICA E ESPECÍFICA

a. Obrigações de dar, restituir e de entregar

"A prestação de coisa (*dare*) consiste na entrega de um objecto. Ou se entrega coisa que passou a pertencer ao credor por efeito do negócio constitutivo da obrigação: por exemplo a entrega da coisa vendida. Ou se entrega coisa que continua a pertencer ao devedor, para que o credor a utilize: por exemplo a entrega do prédio dado de arrendamento. Ou se restitui coisa que fora facultada para utilização, guarda ou outro fim: por exemplo a devolução do prédio arrendado, findo o arrendamento, ou do objecto emprestado, findo o empréstimo"¹²⁰.

De modo que a obrigação de dar, "pelo nosso sistema, não se constitui especialmente 'na entrega' efectiva da coisa, mas sim num *compromisso de entrega* da coisa. Nosso Direito se ateve à tradição romana pela qual a obrigação de dar gera apenas um crédito e não um direito real: '*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*'. A obrigação de dar gera apenas um direito à coisa e não exactamente o direito real"¹²¹.

120.TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. p.35

121.VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Obrigações. Teoria Geral. p.73

Quanto à obrigação de restituir, "englobada pela lei dentro das obrigações de dar coisa certa, é aquela que tem por objeto uma devolução de coisa certa, por parte do devedor, coisa essa que por qualquer título, se encontra em poder do devedor, como ocorre, por exemplo, no comodato (empréstimo de coisas infungíveis), na locação e no depósito.

Na obrigação de restituir coisa certa, a prestação consiste na devolução da coisa ao credor, que já era seu proprietário ou titular de outro direito real, em época anterior à criação da obrigação" 122.

Importa aqui, considerar a possibilidade, do cabimento da cominatória, nas obrigações de dar, restituir e de entregar.

Segundo MOREIRA, comentando a questão, "ficam excluídas as obrigações de dar, executivamente exigíveis através do procedimento da execução por quantia certa ou da execução para a entrega de coisa, conforme o caso"¹²³ 124.

Os Tribunais, também, se posicionaram a respeito, destacando o entendimento dominante através da Súmula

122. "Há uma diferença fundamental entre a obrigação de dar coisa certa e a obrigação de restituir. Na obrigação de dar, a coisa pertence ao devedor até o momento da tradição, recebendo o credor o que, até então, não lhe pertencia. Na obrigação de restituir, pelo contrário, a coisa já pertencia ao credor, que a recebe de volta, em devolução.

VENOSA. Sílvio de Salvo. ob. cit. p.79

123. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. 10a Ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1989. p.295

124. Também é do entendimento do professor SCHMIDT a não possibilidade de cominatória em obrigação de dar.

SCHMIDT Junior, Roberto Eurico. Novo Processo Civil. p.140

de nº 500 do Supremo Tribunal Federal¹²⁵.

ROSAS, em seus clássicos comentários¹²⁶, destaca os motivos pelos quais a ação cominatória seria inviável nas obrigações de dar. Lembra dito autor que a motivação básica da impossibilidade seria em virtude de que as obrigações de dar decorrem de um fazer¹²⁷.

125. "Súmula 500 do STF: 'Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar'. Nesse sentido: JTA 116/111, Bol. AASP 1.652/198. Por outras palavras, na obrigação de dar não cabe cominação de multa"

126. Direito Sumular. pp. 231/2.

127. Esta é a íntegra do pensamento de ROSAS: "preceituava o art. 302, XII, do Código de Processo Civil o cabimento da ação cominatória quando alguém, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato, dentro de certo prazo. Encerram-se aí, duas obrigações a de não fazer (negativa) e de fazer (positiva).

A obrigação derivada da *emptio et venditio* dos romanos era a transmissão do domínio, através de negócio real e formal: a *mancipatio* (para os imóveis) ou a *traditio* (para os móveis). Mais adiante, na França e Itália, pela compra e venda transmitia-se o domínio. A própria venda operava essa transmissão.

Por isso afirma Maynz que, além da obrigação 'à transferir la propriété ou à constituer un *jus in re*, le mont dare est aussi employé dans un sens plus large pour désigner la simple remise d'une chose' (Cours de Droit Romain, vol.II, § 255, nota 6). E assim, hodiernamente temos a obrigação de entregar a coisa como a obrigação de dar (Moacyr Amaral Santos, Ações Cominatórias no Direito Brasileiro, vol. I, n. 65; Machado Guimarães, Comentários ao Código de Processo Civil, art.302; Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, vol.III, 113).

Esses ilustres juristas apontam a razão do não cabimento da ação cominatória em relação às obrigações de dar, porque a forma de execução nas obrigações de dar, é de fazer.

Essa Súmula originou-se de feito interessado a um jornal de São Paulo que há muitos anos instituiu assinaturas permanentes do jornal, consistindo na entrega do jornal, diariamente aos assinantes. Estes, na negativa do periódico, propuseram ação cominatória, compelindo o jornal a entregá-los à espécie.

Considerou o STF encerrar-se, no caso, obrigação de dar, incabível, portanto a ação cominatória" (ROSAS, Roberto. Direito Sumular. p.232).

Porém, há quem entenda, contrariamente, que é possível a exigibilidade de obrigação de dar, por intermédio das cominatórias¹²⁸. Tal fato é observado, também, por julgado do Superior Tribunal de Justiça¹²⁹.

A justificativa encontrada para a impossibilidade, porém, é imprópria, pois se nas obrigações de fazer é viável a cominação, por que não seriam nas de dar, se resultam de um fazer?

Ainda que tenha havido sérias divergências a respeito, predominando durante muito tempo o entendimento sumulado, a tendência moderna é da aplicação do artigo 83 do Código de Processo Civil, fato que estenderia também às obrigações de dar a tutela cominatória. É esta a posição defendida pela pesquisadora.

128. "A 'astreinte' é um meio indireto de promover a execução *in natura* das obrigações, podendo surgir em toda matéria, sem distinção entre obrigações de dar, de fazer ou de não fazer. PRATA, Edson. ob. cit. p. 27

129. "As obrigações de fazer infungíveis também são objeto de pedido cominatório, eis que irrelevante seja o objeto da prestação fungível ou infungível, porque também é nas obrigações de dar, quanto nas de fazer" (STJ-3ª Turma, REsp 6.314-RJ, rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, j. 25.2.91, deram provimento, v.u., DJU 25.3.91, p. 3.222, 2ª col., em.).

b. Obrigações de fazer, fungíveis e infungíveis

"A prestação de facto (*facere*) consiste numa conduta do devedor, diversa da entrega de coisa. Pode tratar-se de um facto positivo (*acção*) ou de um facto negativo (*omissão*).

Nas obrigações positivas o facto devido pode ser um facto *material* (por ex. a construção de um prédio) ou um acto jurídico (por ex. a celebração da compra e venda que foi objecto de contrato-promessa ou a realização dos actos jurídicos que formam objecto do mandato). No entanto é de observar que o cumprimento, mesmo quando, como geralmente acontece, tem por conteúdo um facto material, é sempre em si um acto jurídico (*simples*) na medida em que constitui uma manifestação de vontade que produz o efeito jurídico da extinção do vínculo obrigacional.

Nas obrigações negativas o devedor está adstrito apenas a não fazer (*non facere*) ou a deixar de fazer (*pati*)"¹³⁰.

Para exemplificar as obrigações aqui elencadas, VENOSA aduziu: "figurem-se estes exemplos de obrigação de fazer: contrato um pintor para restaurar a pintura de uma residência; contrato um pintor para recuperar um famoso quadro do Renascimento; contrato um pedreiro para levantar um muro; contra-

130.TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. p.36

to uma equipe esportiva para realizar uma exibição. Vê-se, de plano, que embora todas estas obrigações sejam de fazer, há uma diferença na natureza delas: há obrigações de fazer para as quais existe um número indeterminado de pessoas hábeis a contemplá-las; há outras obrigações de fazer que são contraídas exclusivamente pela fama ou habilidades próprias da pessoa do obrigado" 131.

Portanto, a obrigação de fazer fungível, " é aquela em que a prestação do ato pode ser realizada indiferentemente tanto pelo devedor como por terceiro, caso em que o credor será livre de mandar executar o ato à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, ou pedir indenização por perdas e danos (CC, art. 881; CPC, arts. 632 a 641). Tal se dá quando o objetivo do credor foi obter a prestação do ato, sem levar em conta as qualidades pessoais do obrigado"132.

"Distingue-se a obrigação de dar da obrigação de fazer : nesta, o fim é o aproveitamento do serviço contratado ; naquela, é finalidade a coisa que deve ser entregue ao credor, pouco importando a atividade do devedor. (...).

E conclui, com WASHINGTON, frisando que, 'realmente, como advertem MAZEUD et MAZEUD (*Leçons de Droit Civil* , 2/16), as obrigações de dar são também obrigações de fazer, porém de um tipo particular, que justifica assim regime legal distinto. Em verdade, inegáveis são as diferenças entre ambas as modalidades'.

131.VENOSA, Sílvio de Salvo. ob. cit. p. 91.

132. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 2º Vol. p.88.

É OROZIMBO NONATO quem assevera:

'Assim, a *obligatio faciendi* alcança o trabalho determinado pelo produto; o fato determinado simplesmente pelo proveito carregado ao credor ainda que diminuto o dispêndio de atividade do devedor. (...) Espécies há de fazer, objeto da obrigação, desconsideráveis como trabalho.

Quando, por exemplo, alguém presta uma fiança, o essencial não se encontra no dispêndio de energia requerida pela constituição daquela garantia pessoal, mas nas suas consequências, nos proveitos e perigos do ato'"¹³³.

No caso de aplicação das *astreintes*, às obrigações de fazer, elas podem ocorrer em várias hipóteses¹³⁴.

Para alguns, a obrigação de fazer infun-

133.KFOURI Neto, Miguel. Execução das Obrigações de fazer e não fazer e outros meios de coerção. Jurisprudência Brasileira- JB 161. p.52.

134."- para obrigar o devedor a prestar contas;
- para obrigar alguém a outorgar procuração;
- para obrigar alguém a restituir documento;
- para forçar alguém a fazer um contrato;
- para trazer o consentimento da mulher a um ato jurídico;
- para obrigar uma pessoa a efetuar um trabalho;
- para obrigar o credor a permitir o cancelamento de uma inscrição hipotecária, quando a dívida já estiver paga;
- para obrigar o editor a retirar do comércio certo livro;
- para obrigar jornal a estampar em suas páginas determinada matéria;
- para compelir uma companhia de eletricidade a fazer o fornecimento de energia;
- para obrigar o devedor a cumprir determinada cláusula contratual".
PRATA, Edson. As astreintes no Direito Brasileiro. p. 37.

gível¹³⁵, pode ocorrer pela vontade das partes¹³⁶, dita convencional; da lei, dita jurídica; e da natureza, natural.

Não é esse o pensamento de VENOSA, visto que "há de se examinar a vontade das partes, pois elas podem agregar especificações à coisa, que em princípio é fungível, mas que será colocada em uma zona cinzenta, não muito fácil de ser qualificada. Assim, um automóvel de série de fábrica é ordinaria-

135. A infungibilidade decorre de bem infungível que, "são aqueles corpos certos, que não admitem a substituição por outros do mesmo gênero, quantidade e qualidade, como um quadro de Portinari, uma escultura ou qualquer outra obra de arte.

O Código Civil, no artigo 50, dispõe: 'São fungíveis os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade'."

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral. Vol. I. p.236

O mesmo ocorrendo quanto às obrigações: "Obrigações de fazer de natureza infungível, por consistir num *facere* que só pode, ante a natureza da prestação ou por disposição contratual, ser executado pelo próprio devedor, sendo, portanto, *intuitu personae*, uma vez que se levam em conta as qualidades pessoais do obrigado. A pessoa do devedor é fator essencial, pois o credor pode exigir que a prestação avençada seja fornecida por ele, visto que celebrou o negócio em atenção aos seus requisitos pessoais; logo, não está obrigado a aceitar substituto. O devedor, é, nesse tipo de relação obrigacional, insubstituível em razão de sua habilidade, técnica, cultura, reputação, pontualidade, idoneidade, experiência etc.

Realmente, prescreve o Código Civil, art. 878: 'Na obrigação de fazer, o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente'".

DINIZ, Maria Helena. Ob. cit. p.87.

136. "A infungibilidade da prestação resulta ou da sua natureza ou da vontade das partes"

Telles, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. p.37

O art. 467 do Código Civil Português a respeito, declara: "

1. A prestação pode ser feita tanto pelo devedor como por terceiro, interessado ou não no cumprimento da obrigação.

2. O credor não pode, todavia, ser constrangido a receber de terceiro a prestação, quando se tenha acordado expressamente em que esta deve ser feita pelo devedor, ou quando a substituição o prejudique."

CORDEIRO, António Menezes. Código Civil e Legislação Complementar. p.236.

mente fungível, mas um automóvel com certa preparação de motor, certas adaptações e certos acessórios pode tornar-se infungível.

Nem por isso, contudo, pode-se afirmar, como pretendem alguns autores, que a fungibilidade é atributo da vontade das partes. Tal qualidade resulta da própria coisa, de seu sentido econômico e não físico e do número de coisas iguais encontráveis. A fungibilidade é uma qualidade da própria coisa e essa qualidade objetiva não é dada pelas partes, que não podem arbitrariamente alterar a natureza dos objetos"¹³⁷.

Na verdade, é possível às partes alterarem a fungibilidade de um bem, afinal, só a elas interessa tal fungibilidade, não se pode interferir na vontade que por elas foi definida e que somente a elas interessa, donde decorre a fungibilidade convencional.

Tratando-se das execuções de fazer, fungíveis e infungíveis, imensa é a concordância dos doutrinadores, quando tange à total possibilidade de aplicação no que diz respeito às *astreintes*.

Ainda mais quanto às obrigações de fazer infungíveis, é a opinião de BAPTISTA DA SILVA, "na verdade, a tendência do direito moderno orientou-se no sentido de restringir o princípio geral da incoercibilidade do fazer humano, limitando as hipóteses em que a resistência do obrigado em cumprir a obrigação deva ser suprida por uma indenização pecuniária, de modo que o princípio da incoercibilidade do *facere* humano acabou sendo limitado apenas às prestações incapazes de serem executadas por

¹³⁷.VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral. p.237

terceiros"¹³⁸.

É também, o pensamento de BARBOSA MOREIRA, "o campo de aplicação por excelência dos meios de coerção é o das obrigações com prestação *infungível*. Realmente, quando se mostra possível proporcionar ao credor, sem a colaboração do devedor, o resultado prático que lhe interessa, não há tanta necessidade de exercer pressão sobre a vontade do segundo, para que cumpra ele mesmo a obrigação. Aí, os meios de *sub-rogação* em regra funcionam a contento e bastam para atingir-se o fim que se tem em vista" ¹³⁹.

Apesar do entendimento majoritário ser pela possibilidade de cominação na execução de fazer, houve quem julgasse com opinião contrária¹⁴⁰.

138.a respeito o ilustre jurista aduz que: " se houver infungibilidade da prestação, como seria o caso de haver o devedor se obrigado a compor um poema, ou produzir qualquer outra obra literária ou artística, a execução específica será naturalmente impossível se o obrigado não se dispuser a prestá-la espontaneamente. Todavia, se a prestação consistir, por exemplo, na construção de um prédio, será perfeitamente possível encomendar-se a execução da obra a terceiros, sem qualquer violência pessoal contra o devedor, executando-se a prestação às suas expensas".
SILVA, Ovídio A. Baptista. ob. cit. p.94

139.MOREIRA, José Carlos Barbosa. ob. cit. p. 295.

140. Pela possibilidade em obrigação de fazer: "Obrigação de fazer. Promessa de cancelamento da hipoteca não cumprida. Preceito cominatório. Valor da pena. Honorários de advogado" (Arquivo dos Tribunais de Alçada do Rio de Janeiro, 004/210).

"Ação cominatória. Cessão de uso de garagem. Obrigação de fazer de caráter infungível. Inadimplemento. Não comprovação das perdas e danos para composição indenizatória. Fato que não impede a imposição de multa pelo atraso, expressamente pedida na inicial. Exegese do CCB, art. 879. CPC, arts. 633 e 644. (Considerações doutrinárias sobre as astreintes). (Paraná Judiciário, 033/105)

Pela impossibilidade nas obrigações de fazer.: "Ação cominatória. Pré-contrato. Quando a alienação do objeto acordado em instrumento preliminar, este se constitui em pré-contrato carac-

As obrigações de fazer fungíveis, também, são passíveis de cominação¹⁴¹.

De forma que, tanto nas obrigações de fazer fungíveis quanto nas infungíveis é possível a aplicação das *astreintes*¹⁴².

...Continua...

terizador do pacto de contrahendo, e portanto, obrigação de fazer, impossibilitando a via cominatória para exigir-se o cumprimento de tal obrigação" (Jurisprudência Brasileira, 034/133).

141. "Conquanto se cuide de obrigação de fazer fungível, ao autor é facultado pleitear a cominação da pena pecuniária. Inteligência dos arts. 287 e 644 do CPC" (RSTJ 35/389).

142. "É possível objetar que, pelo texto do art. 287, do CPC., a cominação da pena pecuniária seria restrita aos casos de obrigações de fazer ou não fazer *infungíveis*, em aparente parcial antagonismo com os artigos precitados, do diploma processual, que autorizam o preceito cominatório em todas as obrigações de fazer ou não fazer. (...).

Explicando que, em sendo infungível a obrigação, impõe-se o preceito cominatório, a bem de não deixar à mingua de exeqüibilidade prática a tutela jurisdicional deferida. Ao passo que, em sendo *fungível* a obrigação, o preceito é mera faculdade utilizável a critério do autor. (...).

Daí a impossibilidade 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".

CARNEIRO, Athos Gusmão. Das 'Astreintes' Nas Obrigações de Fazer Fungíveis. p. 127

c. Obrigações de não fazer

Nas obrigações de não fazer, também chamadas obrigações negativas, o devedor obriga-se a não realizar algo. Assim, "nas obrigações negativas o devedor está adstrito apenas a não fazer (*non facere*) ou a deixar fazer (*pati*). Exemplo da primeira modalidade: o alienante de um estabelecimento comercial obriga-se a não abrir outro na mesma localidade (cláusula de não concorrência). Exemplo da segunda modalidade: o proprietário de um prédio obriga-se a deixar um vizinho passar por este (sem constituir uma servidão real). Nas obrigações da segunda espécie - obrigações de tolerância - o devedor compromete-se a consentir que outrem interfira na sua órbita jurídica.

As obrigações negativas consideram-se nulas se restringirem a liberdade do devedor num grau manifestamente excessivo, como se um comerciante se obriga a não mais exercer o ramo de comércio a que se consagra"¹⁴³.

De modo que, "as obrigações de *dar e fazer* são as obrigações *Positivas*. As obrigações de *não fazer* são *Negativas*.

Enquanto que nas obrigações de *dar e fazer* o devedor se compromete a realizar algo, nas obrigações de *não se fazer* o devedor se compromete a uma abstenção (*sic*). (...).

143.TELLES, Inocência Galvão. ob. cit. p.36

A obrigação de não fazer ora se apresenta como uma pura e simples abstenção, como no caso do alienante de estabelecimento comercial que se compromete a não se estabelecer num mesmo ramo de negócios, numa determinada zona de influência, ora como um dever de abstenção ligado a uma obrigação positiva, como é o caso do artista que se compromete a se exhibir só para uma determinada empresa. Também a obrigação de não fazer pode surgir como um simples dever de tolerância, como o não perturbar o direito de uma das partes ou de terceiros, como é o caso do locador que se compromete a não obstar o uso pleno da coisa locada" 144.

A respeito das obrigações negativas, "pretendem alguns juristas pátrios de inegável respeito e peso face ao disposto no art. 287, do Código de 1973 - a tolerar alguma atividade - ver a existência de obrigação denominada de suportar - *ad patiendum ou prestare patientiam* - como subespécie de obrigações passivas, estas, por sua vez, subespécies das negativas ou mistas.

Não nos parece que essa atividade de tolerância seja, ou venha a ser, no rigor científico, uma prestação, mas sim, um poder geral como direito potestativo, tão conatural e essencialmente marcado pela sujeição do lado subjetivo passivo nas posições jurídicas, sujeição essa, decerto, que não é

144.VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Obrigações. p.95

prestação"¹⁴⁵.

A aplicabilidade das *astreintes*¹⁴⁶, ocorre com total aceitabilidade nas obrigações de não fazer¹⁴⁷.

"A compreensão dos dispositivos transcritos é facilitada pela lembrança de que a nova redação do art. 585, II, transformou em título extrajudicial o instrumento do qual, nas condições lá previstas, conste obrigação de fazer e não fazer"¹⁴⁸.

No mesmo sentido é a opinião de MUNIZ no que tange à pena pecuniária atribuída em obrigação de não fazer, "como se viu, tenderam as ações cominatórias do direito pátrio à tutela das obrigações de fazer e não fazer, afastadas do seu pálio as obrigações de dar"¹⁴⁹.

VENOSA completa o pensamento dizendo que, "a possibilidade de multa diária por dia de atraso no desfazimento também existe nas obrigações de não fazer", de acordo

145. CRIBARI, Giovanni. Execução Específica - Obrigações de Fazer, de Não Fazer e de Prestar Declaração de Vontade: Cominação e Ação de Preceito Cominatório. Direito Processual Civil - Doutrina Nacional. p.51

146." Os meios de pressão psicológica (multas) e as *medidas de apoio* (...) têm cabimento qualquer que seja a obrigação de fazer ou não fazer".
DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. p.155.

147.Art. 644 do CPC: " Na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou de 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."

148.BERNUDES, Sergio. A Reforma do Código de Processo Civil. p.95

149.MUNIZ, Severino. ob. cit. p. 48

com os já examinados artigos 644 e 645 do CPC 150.

Importa, ainda, ressaltar que são duas as situações de relevância para a eficácia da execução das obrigações de não fazer: "a) não ficar valor respectivo sujeito a limite prefixado que coincida com o da obrigação; b) aplicar-se desde logo uma vez descumprida a ordem de abstenção"¹⁵¹.

De modo que, estando assegurado que a

150.VENOSA, Sílvio de Salvo. ob. cit. p. 97

151."Ambos esses requisitos defluem logicamente de quanto se disse sobre a conveniência de imprimir à sanção força coercitiva capaz de atuar com a devida intensidade no ânimo do réu, induzindo-o à omissão. Facilmente se percebe que, se a desvantagem de que ele se vê ameaçado, em correndo o risco de sujeitar-se à multa, não excede a que suportará caso se abstenha, a eficácia persuasiva da cominação terá grande probabilidade de revelar-se insuficiente. 'É indiferente que eu cumpra ou não o preceito', raciocinará o réu, 'pois em qualquer caso o meu prejuízo será o mesmo' - e o resultado prático não é difícil de prever. A situação desenha-se em traços iguais, observe-se, quer se trate de multa fixa, quer se trate de multa progressiva, a correr v.g. por dia de atraso no cumprimento (modalidade intuitivamente mais adequada aos casos de obrigação com prestação duradoura ou de trato sucessivo), mas só incidente até que se atinja determinado montante. E tudo isso para não falarmos na possibilidade, já referida noutro passo, de que a obrigação negativa não seja avaliável em termos pecuniários (*vectius*: de que não comporte semelhante avaliação o dano resultante do inadimplemento), como ocorrerá com frequência, repita-se, em se tratando de direito da personalidade ou de 'interesse coletivo'.

Considerações análogas são cabíveis com referência ao outro requisito, cuja necessidade é até maior que a do primeiro. Com efeito: se se adota o alvitre de diferir a incidência da multa para momento posterior à infração do preceito (trânsito em julgado da sentença que julgue procedente o pedido, citação do vencido para a execução, e assim por diante), é óbvio que se está concedendo ao réu, *a priori*, uma espécie de 'anistia' com relação ao período que eventualmente decorra entre a desobediência à ordem (isto é, entre a violação do dever de abster-se) e aquele momento posterior - período cuja duração, conforme as circunstâncias, pode ser bastante longa. Nessas condições, a força do preceito dilui-se em tal medida, que já não se poderá a rigor contar com a providência como elemento eficaz de um mecanismo de tutela verdadeiramente preventiva"

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Tutela Específica nas Obrigações Negativas. RBDP 20. p.73.

obrigação é de não fazer, não há que se cogitar da impossibilidade da aplicação das *astreintes*.

V. O CÓDIGO DO CONSUMIDOR COMO INSTRUMENTO PROTETIVO

a. Lineamentos gerais e alcance da proteção

O artigo 84 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, previu a cominação¹⁵² que hoje se encontra embutida no Código de Processo Civil pela Lei 8.953, de 13 de dezembro de 1994.

SCHMIDT JÚNIOR, com bastante clareza ressaltou que, "indiscutivelmente, se volta o diploma processual para a hodierna discussão sobre acesso à justiça. Se, até agora, a disposição retratada neste artigo somente constatava de diplomas legais voltados, sobretudo, para o direito coletivo, se o

152. Art. 84 da Lei 8.078, de 11.09.90:

" Na ação que tenha por objetivo 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, citando 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".

traz para a lide convencional do tipo *Ticius versus Sicarius*, denotando específica preocupação em que aquele que tiver seu direito acolhido possa, efetivamente, fazer valer a sentença, no sentido de obter aquilo que ela determinou. Não mais se pode admitir aquelas situações do 'ganha mais não leva', ora porque a tutela não chegou a tempo, ora porque o provimento jurisdicional se apegou à teoria e se esqueceu da prática"¹⁵³.

Sem dúvida, esse dispositivo, agora vinculado ao Código de Processo Civil, caracteriza-se pelo objetivo principal de levar à efetividade da tutela.

Uma vez que, a mesma será efetiva quando, for " concedida a tutela específica, ou assegurado o resultado prático equivalente ao do adimplemento"¹⁵⁴.

As "medidas de apoio" a que faz referência DINAMARCO, referem-se, justamente às *astreintes*, como forma de levar o devedor ao cumprimento da obrigação.

Já, quando do preceito embutido no Cód-

153.SCHMIDT Junior, Roberto Eurico. ob. cit. p.70

154. "Só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tiver razão (ensinou Liebman), porque toda tutela jurisdicional consiste em satisfazer uma pretensão e não em julgá-la. (...).

Conceder a tutela específica em sentença significa constituir ou desconstituir uma situação jurídica, segundo os desígnios do direito material, ou condenar o demandado ao fazer ou não-fazer a que estava obrigado. (...).

A chamada *tutela condenatória* não tem, por si só, capacidade de oferecer ao titular de direitos o resultado que ele veio a juízo buscar. Toda condenação só produzirá efeitos se acatada pelo obrigado mediante adimplemento superveniente ou se efetivada mediante as atividades inerentes ao processo de execução. Em vista disso é que, para a efetivação dos resultados práticos ditados em sentença, os parágrafos do art.461 dispõem (sic) uma série de *medidas de apoio* a esta, seja para motivar o obrigado (multas), seja para remover coercitivamente a resistência oposta (v. § 5º)" DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p. 153.

go do Consumidor, fora esclarecido devidamente a questão da multa, " cuja origem é da jurisprudência francesa do século XIX, denominada *astreintes* e que, no dizer de Alcides de Mendonça Lima, em *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI/II/775, 'correspondem a uma coação de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação de que se está esquivando'. O CPC, no art.287, determina que tal pretensão já conste da petição inicial, porém o Código do Consumidor, no § 4º do art. 84, faculta ao juiz impô-la de ofício. A multa só será devida depois de esgotado o prazo para o cumprimento da obrigação (RT 510/132). O valor da sanção deverá ser fixado pelo juiz com equidade e correspondência ao valor da causa"¹⁵⁵.

Hoje, com a reforma do Código de Processo Civil pátrio, também ocorre a possibilidade da fixação da pena *ex-officio*.

Visto que "a indenização por perdas e danos pode vir a ser concedida cumulativamente com a multa (esta, de caráter processual coercitivo - *astreintes*), se for o caso (art. 287, ao qual se correlacionam os arts. 644 e 645, do Código de Processo Civil).

A multa deve ser imposta, primeiramente (art.84, § 4º, deste Código), com vistas a que, como decorrência de seu caráter coercitivo, seja estimulado o fornecedor, ensejando-se-lhe em função dessa coercibilidade, de caráter pecuniário,

¹⁵⁵.FREITAS, Vladimir Passos de. Comentários ao Código do Consumidor. p.337

um 'prazo razoável para o cumprimento do preceito' (art.84, § 4º)"156.

O Código de Defesa do Consumidor, visando a tutela dos direitos a ele referentes, também, conferiu a esses direitos, a possibilidade de aplicação das astreintes como referendado acima.

A aplicação da cominação aqui, tende, sem sombra de dúvidas, ao cumprimento da obrigação efetiva, "o legislador deixa claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, o que importa, mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático assegurado pelo direito"157.

156.ALVIM, Arruda; Alvim, Thereza; Alvim, Eduardo Arruda; Marins, James. ob. cit. p.398

157.WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. p.524

VI. ASPECTOS PROCESSUAIS

a. Sujeição Ativa e Passiva

"Autor, é aquele que deduz em juízo uma pretensão (*qui res in iudicium deducit*); e réu, aquele em face de quem aquela pretensão é deduzida (*is contra quem res in iudicium deducitur*)¹⁵⁸.

O autor na cominação, se diz, daquele que, não obtendo do réu, de forma natural, a tutela pretendida, requer, por meios de coação, leia-se multa, sua pretensão.

Réu, aquele de quem se espera a pretensão, que uma vez não satisfeita de forma normal, necessitou que fosse induzido a cumprir obrigação anteriormente assumida.

Está incluso na sujeição ativa aquele que tem o crédito decorrente dos preceitos cominatórios elencados no CPC e na sujeição passiva aquele que devedor de obrigação de fazer ou não fazer, "será chamado a satisfazer a obrigação no prazo que o juiz lhe conceder 'se outro não estiver determinado no título executivo' (judicial ou extrajudicial)" ¹⁵⁹.

158.CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido R. Teoria Geral do Processo p.264

159.DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.240.

b. Requisitos da inicial e condições da ação

"O direito de ação, embora abstrato e ainda que até certo ponto genérico, pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas *condições da ação* (possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimação *ad causam*), ou seja condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional. Mas ainda que a resposta do juiz se exaure na pronúncia de carência da ação (porque não se configuraram as *condições da ação*), terá havido exercício da função jurisdicional" 160.

As condições da ação estão diretamente relacionados com a viabilidade da ação, à possibilidade para a demanda.

Como anteriormente citado, três são as condições da ação, possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade para a causa.

A primeira delas, *possibilidade jurídica do pedido*, significa que o pedido deve ser possível, apto a ser atendido pelo ordenamento jurídico pátrio. Porém, nem todos compartilham desse entendimento¹⁶¹.

160.CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido R. ob. cit. p.222

161." A tendência mais moderna parece ser a de não se considerar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação (...)

Embora a orientação da doutrina brasileira seja a de considerar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, de acordo com a lei, não são unânimes os autores na fixação de um

O interesse de agir, ocorre quando, a princípio, só é possível a obtenção da tutela através do judiciário¹⁶².

Presente o binômio utilidade + necessidade - caracterizador do interesse processual - o indivíduo pode

...Continua...

conceito, prendendo-se, entretanto, quase todos, à idéia de admissibilidade, em abstrato, do que está sendo pedido, à exceção de alguns - como Cândido Rangel Dinamarco - que estendem, acertadamente, o conceito às *causae petendi*, e a outras circunstâncias concretas (...)

Parece, realmente, que, pelo menos no que tange à esfera do direito privado, o fato de a pretensão, para ser 'juridicamente possível', necessitar de agasalho do sistema jurídico, ainda que só implícito, faz com que seja "possível" todo o pedido não expressamente vedado por lei, ou de acordo com a posição que se adotou, também todo "pedido" lastreado em "causa petendi" não proscribida pelo sistema.

Entretanto, visto que o Processo Civil cuida de regular a atividade do Judiciário, enquanto voltada às decisões sobre lides às quais se aplicam normas de Direito Civil, (...) será um pouco arriscado afirmar-se que está implicitamente admitido o que não está expressamente vedado, pois esse princípio só nos pode nortear diante de um conjunto de normas de Direito Privado.

Isto porque, em Direito Público, deve atentar-se para princípio inverso: só é permitido o que o for de forma expressa, sendo vedado aquilo em que a lei não toca. (...)

De fato, dar pela impossibilidade jurídica do pedido significa, necessariamente, ter examinado o mérito, ainda que sob o ponto de vista exclusivamente jurídico."

PINTO, Teresa Arruda Alvim. Nulidades da Sentença. p.36

162." Em relação ao interesse, como condição da ação, podem-se tecer as mesmas considerações, há pouco referidas, no que diz com a legitimidade e a possibilidade jurídica do pedido, no sentido de que, embora, por definição, como condição da ação, não se possa confundir o mérito, casos há em que é fluida a linha divisória entre interesse e mérito.

De acordo com diversos autores, como v.g., José Carlos Barbosa Moreira, a noção de interesse repousa sobre o binômio utilidade+necessidade. Isto porque, evidentemente, em vista da teoria do direito abstrato da ação, não se pode identificar a idéia de interesse à de lesão. Então, ter-se-ia de entender a noção de interesse numa formulação hipotética com o seguinte sentido: se houve lesão, a única forma, necessária, ou pelo menos útil, de repará-la é o lançar mão da atuação do poder Judiciário".

PINTO, Teresa Arruda Alvim. ob. cit. p.40.

requerer, a tutela pretendida. Como decorrência do princípio dispositivo, "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 allegatta et probata partium iudicare debet*"¹⁶³. Porém, com o advento da reforma do Código de Processo Civil, não só dependendo de pedido da parte, mas, também, o juiz tem a possibilidade de aplicar a pena pecuniária *ex-officio*. Evidencia-se, destarte, uma presunção de utilidade + necessidade para a parte, quando o magistrado aplica a multa *ex-officio*.

Quanto à *legitimatio ad causam*," trata-se de uma qualidade, que resulta da relação entre o sujeito e um objeto: essa qualidade é 'auferida em função de ato jurídico realizado ou a ser praticado', ou, mais especificamente, da relação entre o sujeito e a relação jurídica.

A noção de legitimidade é, pois, relacional, e supõe a de capacidade" ¹⁶⁴.

As condições para a ação nas cominatórias, em que pese que o CPC não " agasalha a ação cominatória dentre os seus procedimentos, fixando tão-só, de permeio no processo de conhecimento(...) e no processo de execução(...), hipóteses de cominação; incidências cominativas essas com seus *standards* próprios" ¹⁶⁵, a cominação ocorre, sempre que incidir nas hipóteses dos artigos 287,461 §2º e §4º,644, 645 do Código de

163.CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p. 64.

164.PINTO, Teresa Arruda Alvim. ob. cit. p.37

165.CRIBARI, Giovanni. ob. cit. p.47

Processo Civil, bem como artigo 84 §2º e §4º do Código de Defesa do Consumidor.

c. Aspectos de cumulação da ação

cl. Cláusula penal

A cláusula penal, "especialmente vocacionada, conforme a sua origem histórica, para actuar como instrumento de feição *compulsória*, em ordem a incentivar o rigoroso cumprimento das obrigações, a cláusula penal constitui, ao mesmo tempo, segundo a perspectiva dominante, uma forma de *liquidação prévia do dano*, dispensado o credor, em caso de inadimplemento, de recorrer à indenização, que ela *substitui*" 166.

" A cláusula penal ou pena convencional é um pacto acessório, adjeto a um contrato ou dele resultante, pelo qual as partes contratantes estabelecem uma punição para qualquer delas que ocorra em mora (cláusula penal moratória) ou venha a inadimplir o contrato (cláusula penal compensatória)" 167.

A cláusula penal difere-se da sanção cominatória. Ambas possuem "uma idêntica finalidade compulsória-razão porque a cláusula penal é apelidada, por vezes, de *astreinte conventionnelle*-, a qual poderá estar presente, com maior ou menor grau de intensidade e de uma forma directa ou apenas eventual, em todas as modalidades da cláusula penal.

166.MONTEIRO, Antonio Pinto. ob. cit. p.05

167.POPP, Carlyle. Anotações sobre a cláusula penal.

Porém, a primeira, visa, também, obter o acatamento das decisões judiciais, reveste natureza pública, é estabelecida pelo tribunal ou fixada por lei (...), enquanto que a segunda se insere nas *medidas de coerção privada*."168.

Para uns a função da cláusula penal é de induzir ao cumprimento da obrigação, para outros é de pré-liquidar danos" 169.

A cláusula penal compensatória não se confunde com perdas e danos pois, "na primeira existe uma presunção *juris et de jure* de que os prejuízos sofridos foram no montante previstos contratualmente, enquanto que na segunda deverão ser cabalmente provadas, sob pena de não haver direito a qualquer indenização" 170.

Apesar das igualdades no que tange à coação característica das *astreintes* e da cláusula penal, ambas diferem-se fundamentalmente pois enquanto que a primeira trata de coagir objetivando diretamente o cumprimento de uma obrigação, a

168.MONTEIRO, António Pinto. ob. cit. p.134

169." A principal razão de existência da cláusula penal é servir de estímulo ao adimplemento. ORLANDO GOMES (Obrigações, 8ª Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, o. 189) possui entendimento contrário, pois para ele a ' sua função é préliquidar danos. Insiste-se em considerá-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula penal é acidental'. WERTER FARIA (Mora do Devedor. 1ª Ed., Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1981, p. 122) 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 multa; 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' ". POPP, Carlyle. ob. cit.

170.POPP, Carlyle. ob. cit.

outra serve principalmente, para aplicar multa que será acrescida na obrigação, elevando e alterando o valor da mesma.

Nada impede pois, que sejam cumuladas ambas as hipóteses, sanção cominatória e cláusula penal por terem sua essência diferenciada.

c2. Perdas e danos

Muito anunciada pelos juristas é a questão da possibilidade de cumulação de perdas e danos com as ações de preceito cominatório ou com a cominação propriamente dita, o próprio CPC aludiu a respeito ¹⁷¹.

Na verdade, não se trata de cumulação e sim de requerimento sucessivo ou subsidiário de perdas e danos, pois para que haja solução em perdas e danos é necessário que se prove a culpa do devedor, nos termos dos artigos 879, 880 e 881 do Código Civil brasileiro. Nesse sentido é o pensamento de ASSIS¹⁷².

" Que a conversão em perdas e danos não prejudica a multa estabelecida, parece-nos já era questão pacificada, mesmo porque a multa tem um caráter e a conversão outro.(a multa tem caráter coercitivo, enquanto que a conversão tem caráter indenizatório)"¹⁷³.

No mesmo sentido é o entendimento de PRATA, " a astreinte filia-se ao poder de *imperium* do juiz enquanto que as perdas e danos pertencem puramente ao domínio do *judicium*" ¹⁷⁴.

171.Art. 461, § 2º : " A indenização por perdas e danos, dar-se-á sem prejuízo da multa".

172.ASSIS, Araken de. Cumulação de Ações. p. 213

173.SCHMIDT Junior, Roberto Eurico. ob. cit. p.73.

174.PRATA, Edson. ob.cit. p.28

DINAMARCO, aduz que " o juiz deve ater-se rigorosamente aos limites do pedido feito pelo autor na inicial, sempre tendo em mira o *resultado final* a que ele tinha direito. (...) Nesse quadro, é natural que a conversão em perdas e danos ocupe o último lugar na preferência do legislador. Ela se define como medida substitutiva do objeto da obrigação original e o direito moderno evoluiu no sentido de oferecer ao credor precisamente aquilo a que tem direito (sempre, Chiovenda). Por isso é que o §1º do art. 461 só autoriza que se imponha ao credor essa solução de *meia-justiça* quando for impossível obter o resultado final desejado sequer mediante atuação das providências referidas no *caput*. Autoriza-a também, como não poderia deixar de ser, a conversão por opção pessoal do credor" 175.

Divergem as multas das perdas e danos no que diz respeito à finalidade de cada uma delas 176.

Exemplo da conversão em perdas e danos, é o das obrigações de caráter personalíssimo em razão da impossibilidade do cumprimento da obrigação pelo próprio obrigado¹⁷⁷.

No mesmo caminho vai o pensamento de PRATA para quem, " as *astreintes* podem ultrapassar o valor da

175.DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.154.

176." Tendo a multa finalidade diversa da indenização por perdas e danos, a imposição desta é *cumulativa*, como reza o § 2º do art. 461: A *indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art.287)*. A doutrina sempre louvou essa cumulação, dado que a multa é uma sanção pela resistência indevida, enquanto a indenização tem caráter reparatório (Calmon de Passos)". ALVIM. J. E. Carreira. ob. cit. p.161.

177.DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.155.

obrigação, enquanto as perdas e danos não devem superá-lo. Não têm limites e assumem caráter aleatório.(...)

A medida, portanto, é cominatória e não expiatória. Sua finalidade é a de fazer o devedor cumprir a obrigação e não, em absoluto, substituir a própria prestação devida"¹⁷⁸.

Assim, não há dúvida no que concerne à possibilidade de cumulação entre a multa e as perdas e danos, É esse, também, o entendimento de DINAMARCO, no sentido de que, " a cumulatividade entre multa e perdas e danos é consequência lógica e natural das diferentes naturezas e finalidades dos dois institutos: a primeira visa a motivar o adimplemento e a segunda define o objeto da obrigação do obrigado inadimplente"¹⁷⁹.

¹⁷⁸.PRATA, Edson. ob. cit. p. 45.

¹⁷⁹.DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.157.

c3. Execução específica

O artigo 461 do CPC trata da tutela específica, que será concedida pelo juiz sempre que for procedente o pedido¹⁸⁰, para as obrigações de fazer e não fazer¹⁸¹.

No que tange ao artigo citado, " a preocupação, espelhada no *caput* do artigo, é o cumprimento da obrigação. Para tanto, deve o juiz conceder a tutela específica. Pode ser que se torne inviável a tutela específica; que esta não seja capaz de satisfazer a pretensão da parte. Neste caso, segue-se em busca de resultado prático equivalente" ¹⁸².

É pela razão citada acima que, nada impede porém, que haja simultaneamente pedido de aplicação cominatória e execução específica, pois, a definição de uma é diferente da outra, não havendo conflito.

Porém, não é aconselhável a execução da multa nos mesmos autos da execução específica, pois, caso seja acrescido mais um crédito na execução, poderá acarretar em conse-

180." É claro que tanto a tutela específica quanto a alternativa das providências idôneas só podem ocorrer quando o pedido proceder. Só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tiver razão (ensinou Liebman), porque toda tutela jurisdicional consiste em satisfazer uma pretensão e não simplesmente em julgá-la".
DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p. 153.

181.Art. 461, caput " 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".

182.SCHMIDT Junior, Roberto Eurico. ob. cit. p.70

qüente necessidade de reforço de penhora.

Ocorre que esse reforço deve ser determinado em tempo hábil, caso não seja mais possível as providências processuais a serem tomadas serão outras e que sem dúvida prejudicarão o andamento natural do processo, trazendo prejuízos ao autor¹⁸³.

A tutela específica visa entregar ao credor o próprio direito decorrente da obrigação e não a reparação do dano. Nesse sentido MONTEIRO¹⁸⁴.

Já a cominatória, visa coagir ao cumprimento da obrigação.

Como a tutela específica objetiva a conquista do próprio direito¹⁸⁵, a cominação, se necessária, não interfere naquela, pois, se realizada a obrigação "específica", não há que se falar em cominação.

Ocorre a cominação , quando há impossibilidade da tutela específica.

Uma vez que as astreintes, são "uma for-

183.No mesmo sentido ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. p. 65.

184."Antes de recorrer à indemnização, pode o credor socorrer-se da execução específica, através da qual obtém a realização do próprio direito e não a mera reparação do dano".
MONTEIRO, António Pinto. ob. cit. p.37.

185. "Conceder a tutela específica em sentença significa constituir ou desconstituir uma situação jurídica, segundo os desígnios do direito material, ou condenar o demandado ao fazer ou ao não fazer a que estava obrigado (segundo os critérios acima: violação a proibições ou a comandos positivos). O objetivo é sempre o resultado prático que deveria ter sido produzido mediante o *adimplemento*, ou seja, mediante a conduta do obrigado".
DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.153.

ma capaz de forçar o vencido a cumprir a sentença, independentemente do uso de força física ou de qualquer outro ato de violência"¹⁸⁶, através, muitas vezes, de imposição de multa pecuniária e outras por meio de pena de prisão, só poderão incidir quando a obrigação principal não for devidamente cumprida.

Importante ainda elencar acerca da tutela substitutiva decorrente das obrigações juridicamente infungíveis.

Aqui, argumenta-se principalmente, em dois ângulos:

1º) Que tal não é possível pois a própria decisão substitutiva supre a obrigação sem que para isso seja necessário a aplicação de multa¹⁸⁷.

2º) Que é perfeitamente possível na citação, o juiz cominar pena ao devedor a partir da sentença em caso de descumprimento¹⁸⁸.

186.PRATA, Edson. ob. cit. p.18.

187."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".

ASSIS, Araken de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol.IX, p.148/9.

188."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. (...) Nestes termos, parece-nos, pode o credor de obrigação juridicamente infungível obter uma sentença que, além de substituir a declaração de vontade não emitida pelo devedor, condene o réu ao pagamento de pena pecuniária, se julgada procedente".

d. Fixação liminar

Vale aqui, comentar brevemente acerca das medidas cautelares e antecipatórias.

Para tanto, faz-se necessário primeiramente caracterizar as medidas cautelares, conforme pensa CUNHA, "como garantias que são de uma pretensão ideal, respondem a exigências que se traduzem naqueles enunciados do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. (...). Nas cautelas processuais, quando se vislumbra a lide em torno da segurança da pretensão ideal, cabe então ao juiz valorar, em maior ou menor medida (consoante se trate de pedido cautelar típico ou atípico), se a pretensão à mera segurança, que se afirma resistida ou insatisfeita, submete-se àqueles fundamentos quanto ao *periculum* e ao *fumus*. (...). Vale dizer, com as medidas cautelares há satisfação da pretensão de mera segurança e prevenção da pretensão ideal; há satisfação do direito de cautela, mas mera prevenção a propósito do 'direito' acautelado, sempre tido como uma hipótese, um possível direito, enquanto não certificado definitivamente como autêntico direito, na relação em que se situa a pretensão ideal¹⁸⁹.

Pelo aludido acima, as medidas cautelares objetivam apenas "assegurar a viabilidade da realização de

...Continua...

NIESS, Pedro Henrique Távora. Da Sentença Substitutiva da Declaração de Vontade. p.68.

189.CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A lide cautelar no processo civil. p.127.

uma pretensão"¹⁹⁰.

Enquanto a tutela cautelar têm como escopo realizar medidas para assegurar a pretensão, a tutela antecipatória vêm para conceder a própria pretensão. Esta questão é esclarecida por MARINONI ao comentar a inconstitucionalidade da execução privada do Dec.-lei 70/66¹⁹¹.

A tutela antecipatória que já fora defendida por MARINONI¹⁹²¹⁹³, agora, está prevista no Código de

190.MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. p.141.

191. "É interessante notar que a liminar cautelar estará tutelando o direito do cidadão comum não ser privado de seus bens sem o devido processo legal. A ação, neste caso, é autônoma, à medida que é desnecessária a chamada 'ação principal'.

Como a matéria em discussão é unicamente de direito, apresentada contestação o Juiz estará em condições de declarar, ou não, a existência do direito afirmado, o que é incompatível com o Juízo cautelar. Não é o caso de falarmos, como impropriamente costuma falar a doutrina, em 'ação cautelar satisfativa', já que a ação é autônoma, porque o seu resultado será apto a produzir coisa julgada material sobre o direito afirmado. A hipótese, realmente, é de ação de cognição exauriente com liminar. A ação somente será de cognição sumária e, portanto, cautelar ou antecipatória, quando o material probatório do procedimento sumário for insuficiente para o Juiz declarar a existência, ou a inexistência, do direito".

MARINONI, Luiz Guilherme. A Tutela Cautelar do Direito ao Devido Processo Legal. JB 173. p.63.

192.MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória.

193." Aplauze-a a doutrina especializada, colocando-a desengadamente nos quadros da tutela própria do processo de conhecimento ao estabelecer o critério distintivo: 'não é tutela cautelar porque esta deve limitar-se a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado' - sendo que a tutela sumária satisfativa não se limita a 'assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado'". DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. p.139.

"Cfr. Luiz Guilherme Marinoni, 'Novidades sobre a tutela antecipatória', n.3, p. 106. Marinoni, jovem e já consagrado processualista paranaense, é autor de obra especializada sobre o tema: Tutela cautelar e tutela antecipatória, que foi sua tese laureada

Processo Civil com a recente alteração realizada e inserida no artigo 273 do referido diploma legal¹⁹⁴.

Esta tutela veio, sem nenhuma dúvida, para dar maior efetividade ao processo, procurando assim, diminuir os problemas ocasionados pela tão falada morosidade¹⁹⁵.

Nos termos do artigo aqui aludido, pode ocorrer a possibilidade de se pleitear tutela antecipatória no caso de ações cominatórias ou de preceito cominatório, sempre que

...Continua...

em concurso de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo".

Apud in DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. p.139.

194. 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 decisão 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".

195." No direito moderno, a realidade dos pleitos judiciais e a angústia das longas esperas são fatores de desprestígio de Poder Judiciário (como se a culpa fosse só sua) e de sofrimento pessoal dos que necessitam da tutela jurisdicional. Fala-se no binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea (Vincenzo Vigoritti) e com toda a autoridade já foi dito, em sugestiva imagem, que o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas (Carnelutti). Acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional".

DINAMARCO. Cândido R. A Reforma do Código de Processo Civil. p.138

de acordo com o texto de lei, em caso de descumprimento de decisão judicial, houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou mesmo se, ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu¹⁹⁶.

O juiz pode, para viabilizar a efetivação da tutela sumária urgente que impõe obrigação de fazer e de não fazer, impor multa diária para coagir o executado ao cumprimento da obrigação¹⁹⁷. Como decorrência da antecipação da tutela jurisdicional, pode o magistrado fixar anteriormente ao trânsito em julgado, o momento da exigibilidade da multa cominatória.

196. "A antecipação com base neste inciso II, smj, não pode ser concedida, desde logo, com a simples propositura da ação. Somente se saberá se o réu está abusando de seu direito de defesa ou postergando o feito após a sua manifestação no processo. Assim, é a atuação do réu que vai demonstrar existir, ou não, a hipótese aqui elencada".

SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. O Novo Processo Civil. p.55.

197." Poderíamos pensar, também, na imposição de multa. A multa, efetivamente, se aplicada de forma diária, e em montante suficiente à intimidação do executado, pode alcançar bons resultados.

Mas devemos convir, nem sempre assim será. Há casos em que a simples aplicação da multa poderá não produzir os efeitos esperados.

O sistema da *common law*, conforme já advertimos, encontra soluções bem mais consistentes que as nossas".

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. p.132

dl. *Quantum*

Segundo o § 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil¹⁹⁸, é possível a concessão liminar da tutela específica, sempre que for relevante o fundamento da demanda e acrescentado a este, justificado receio de ineficácia do provimento final.

Na liminar, será estipulado o valor da multa, que poderá, também, ser alterado pelo juiz da execução.

Importante aqui, ressaltar como se dará a estipulação do *quantum* pelo magistrado.

O *quantum* a ser fixado pelo juiz, nas *astreintes* é aquele valor que, não poderá ser insuficiente a ponto de levar o devedor a não dar sequer importância à multa, nem ultrapassar o da obrigação específica, sob pena de que "se a multa tem função coativa e o valor atribuído não atinge o fim a que se destina ou se torna excessivo enquanto coação, tem, de um lado, o credor o direito a ver uma tutela eficaz, e, de outro lado, o devedor, em não se ver apenado além daquilo que é suficiente para coagi-lo a cumprir a obrigação, (...) não pode o direito servir ao locupletamento ilícito: nem ao devedor, que se locu-

198.Art. 461, CPC: " 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.

§ 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".

pletaria inadimplindo obrigação com multa irrisória, o que só o estimularia a inadimplir; nem o credor, obtendo pela multa o que, certamente, não obteria pela execução..."¹⁹⁹

A questão apresentada é, na verdade, o que seria o suficiente para coagir o devedor a cumprir a obrigação?

Há quem entenda, que o *quantum* atribuído na cominação, poderá estender-se além do valor estipulado na própria obrigação. É nesse sentido o entendimento de PRATA, quando refere-se à diferenciação da multa com as perdas e danos²⁰⁰.

"Se bem que possam diferir os critérios estabelecidos para a determinação do respectivo *quantum*, é fora de dúvida que a multa, por sua função coercitiva e não reparatoria, não tem de guardar equivalência com o dano porventura causado ao credor. Outro ponto capital é a fluência progressiva e, em princípio, ilimitada da multa, enquanto subsista o descumprimento da obrigação, sem prejuízo da possibilidade de determinar-se o reajuste, ou mesmo a cessação, sob determinadas circunstâncias"²⁰¹.

Não faltam autores para consagrar que a

199.SCHMIDT Junior, Roberto Eurico. ob. cit. p.141.

200. "As *astreintes* podem ultrapassar o valor da obrigação, enquanto as perdas e danos não devem superá-lo".
PRATA, Edson. ob. cit. p.44.

201.MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. p.161.

multa não deve ter relação com o valor da obrigação²⁰² e, portanto, "caracteriza-se, pois, a pena pecuniária em exame pelo fato de não guardar proporção entre o seu valor e o valor da prestação que se tenciona ver realizada"²⁰³.

Em recente greve dos petroleiros, a Procuradoria Geral do Ministério Público do Trabalho, executou a cobrança de dívida dos petroleiros pelo descumprimento da sentença do Tribunal Superior do Trabalho que fixou multa de R\$100 mil por dia para cada sindicato, em caso de manutenção da greve, perfazendo o total no montante de R\$ 2,1 milhões por entidade, e, R\$35,7 milhões no total final.

No caso acima citado, criou-se um impasse, em razão dos sindicatos alegarem não existir tal quantia para pagamento, o que desencadeia em expedição de mandados de penhora.

Significando que, na prática, não é viável, em que pese não haver impedimento, a atribuição de multa

202. "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 obrigação. O objetivo precípuo 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 enriquecimento ilícito do credor, porque não é contraprestação de obrigação, nem tem caráter reparatório. Contudo, parcela significativa da doutrina e da jurisprudência entende que ela não pode ultrapassar o valor da causa, porque isto implica em enriquecimento injusto do credor. Há entendimento no sentido de que para sua fixação deve-se aplicar, por analogia, o CC 920".

NERY Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil extravagante em vigor. Comentado. p.722.

203. NIESS, Pedro Henrique Távora. Da sentença substitutiva da declaração de vontade. p. 48.

demasiadamente elevada, que impeça, de alguma forma, o pagamento, pelo motivo que a decisão judicial pode-se tornar, mais uma vez, desrespeitada²⁰⁴ e sujeita à desobediência pela impossibilidade real do cumprimento.

" Embora o valor da multa possa, em tese, ultrapassar o valor da obrigação, a sua fixação, na prática, deve guardar certa proporção com o dano experimentado pelo autor, em função de obrigação inadimplida. Em outros termos, deve conter-se num valor razoável, consoante as condições econômico-financeiras do devedor, sob pena de tornar-se tão ineficaz quanto a condenação principal. Essa parece ter sido a *intentio legis*, ao determinar que imposição da multa deve ser *diária* e, ao mesmo tempo, *suficiente ou compatível* com a obrigação (art. 461, § 4º), sendo facultado ao juiz da execução a sua modificação, para agravá-la ou reduzi-la, conforme o caso (art. 644, parágrafo único)"
205.

O fato da multa exceder o valor estipulado na obrigação, não pode ser capaz de descaracterizar a necessidade do uso de "bom senso" que deve estar presente no momento da atribuição, pois, "a *astreinte* deve ser aplicada com moderação, seguindo-se os princípios de justiça distributiva, de

204. "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".

SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. II, p. 104.

205. ALVIM, J. E. Carreira. ob. cit. p.162.

tal sorte que o gravame patrimonial imposto ao obrigado recalci-
trante não o empobreça em demasia, colocando-o, com isto, em po-
sição de revolta contra o poder jurisdicional e de desespero,
talvez insuportável" 206.

E, conforme SCHMIDT retro citado, o va-
lor arbitrado não deve exceder ao razoável para cumprimento da
obrigação.

Para concluir, é importante salientar,
que o legislador não definiu limite para a incidência da pena,
podendo incidir enquanto não cumprida a obrigação²⁰⁷.

206.PRATA, Edson. ob. cit. p.34.

207.Nesse sentido, Sérgio Bermudes, " o legislador não lhe esta-
beleceu qualquer espécie de limite, de modo que, enquanto persis-
tir o devedor no descumprimento da obrigação, incidirá a pena,
que só cessará no momento em que o direito do credor for satis-
feito de modo integral. Satisfeito, porém, o direito do credor,
por ele mesmo, pelo próprio devedor, ou por terceiro, já não ha-
verá lugar para a incidência da pena pecuniária, posto que alcan-
çado o fim visado com sua imposição".
BERMUEDES, Sergio. Direito Processual Civil- Estudos e Pareceres.
p.150.

d2. Exigibilidade

A fixação da cominação, nos casos de ação cominatória- ações de preceito cominatório- será exigida a partir da citação do devedor da obrigação. Tal fato será idêntico quando da exigibilidade através de cominação imposta pelo juízo da execução.

Inicia-se a cominação de acordo com o estipulado pelo juiz na sentença de conhecimento ou pelo juízo da execução, " a pena pecuniária torna-se devida a partir da data estabelecida pelo próprio juiz que decidir a lide, ou pelo juiz da execução, na hipótese de omissão da sentença exequenda. todavia, sua incidência pressupõe, necessariamente, o atraso no cumprimento do comando emergente da sentença" 208.

No mesmo sentido é o pensamento de ARAKEN DE ASSIS quando alude que o termo inicial é traduzido pela data estabelecida pelo magistrado.²⁰⁹.

O termo final será alcançado ora com o cumprimento da obrigação, ora com sua conversão em perdas e danos, se for o caso.

A exigibilidade, hoje, em função da Lei 8.953, de 13 de dezembro de 1994, poderá decorrer não só de títulos judiciais como, também, de títulos extrajudiciais, conforme

208.BERNUDES, Sérgio. ob. cit. p. 150.

209.ASSIS, Araken. Cumulação de Ações. p.212.

o prescrito pelo artigo 645 do Código de Processo Civil já citado.

Apesar de caber ao juiz determinar a data inicial para o débito da multa, não há que se falar em exigibilidade anterior à definitividade da decisão.

Assim, somente será possível dita exigibilidade quando a sentença ou a decisão que concedeu a multa não forem mais passíveis de recurso, daí surgindo o momento em que poderá ser iniciada a cobrança²¹⁰.

Importa, ainda, ressaltar que, segundo DIZ, ao comentar a fixação de prazo para cumprimento do julgado, guardando as devidas proporções em razão da alteração do código, "o juiz não fixa - ao contrário do que se pretende sustentar - prazo para o pagamento da pena pecuniária, mas prazo para o cumprimento do julgado. (...) Se o julgado mandou que o devedor fizesse, ou desfizesse, o juiz lhe assinará prazo para fazer ou desfazer. Em relação ao termo final desse prazo é que se começará a contar o atraso no cumprimento (...)" ²¹¹.

210.DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.158.

211.DIZ, Néilson Nascimento. A Ação cominatória e a pena pecuniária nas obrigações de fazer e não fazer no novo código de processo civil. p.29.

d3. Fixação *ex-officio*

A fixação de ofício, no que concerne às *astreintes* no direito brasileiro, anteriormente à Lei 8.953, de 13 de dezembro de 1994, só era possível na sentença de conhecimento. Com a alteração através da lei aludida, o artigo 645 do Código de Processo Civil trouxe a possibilidade, ora examinada, para o juízo da execução²¹².

Assim, deverá, o juiz fixar e, também, efetuar as alterações que entender necessárias para o bom desempenho do cumprimento das obrigações.

Parece que não há faculdade para o juiz fixar a multa e sim obrigatoriedade, decorrente de um dever. Nesse sentido é o pensamento de SCHMIDT e DINAMARCO²¹³.

Para eles, a lei é clara na afirmação de

212. É oportuno destacar que o art. 84, § 3º do CDC já previa a possibilidade de fixação liminar da multa cominatória.

213. "A norma é imperativa, impondo ao magistrado, no caso de omissão, o dever de fixar a multa (...)"
SCHMIDT Júnior, Roberto Eurico. ob. cit. p. 141.

"A lei determinou ao juiz que imponha as multas diárias logo 'ao despachar a inicial' das execuções por obrigação de fazer ou de não fazer - donde a evidência de que o juiz deverá fixá-las *ex officio*, sem condicionamentos ou espera pela postulação do exequente. Essa determinação, conquanto inscrita somente no art. 645 (título extrajudicial) e não no art. 644 (título judicial), prevalece tanto para as execuções específicas com fundamento em título judicial quanto em extrajudicial. Nem haveria razão para que na execução por título judicial e somente nela o juiz ficasse condicionado a um pedido: logo quando existe um ato judicial a cumprir e fazer respeitar, as *astreintes* ficariam na dependência da vontade do credor?"

DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p. 242.

que o juiz " deve" e não "pode" aplicar a multa.

Essa fixação, de ofício, não é novidade para o Código de Processo Civil francês, que sempre permitiu ao juiz, quer de conhecimento, quer da execução, aplicar a pena²¹⁴.

214. "A propósito, convém lembrar que o Código de Processo Civil francês permite ao juiz a aplicação *ex-offício* da *astreinte*. O entendimento generalizado é de que todo juiz, nos limites de sua competência, pode impor a *astreinte* ao recalcitrante, que venha desprestigiar a autoridade judiciária e menosprezar o comando jurídico emanado da sentença...

Não é óbice, porém, que um juiz a imponha e outro a execute, ou a execute um órgão jurisdicional superior. Nada obsta, por outro lado, que o aplicador volte atrás e reveja a penalidade, reduzindo-a ou a extinguindo. Mesmo o substituto, diante do fato concreto, não deixará de assim proceder, o que não quer dizer, com isto, que invade a esfera do poder do antecessor, porque a '*astreinte*' é essencialmente modificável, conforme as circunstâncias do caso".

PRATA, Edson. ob. cit. p. 21.

e. Competência e rito processual

A competência, de modo geral, é aquela que define, delimita a área em que o juiz irá dizer o direito, sendo que não se confunde com a jurisdição que é única²¹⁵.

A jurisdição "é o poder que tem o juiz para administrar a justiça, ou seja, conhecer dos assuntos civis e criminais, decidindo-os de acordo com a lei"²¹⁶.

Quanto ao rito processual, na verdade,

215. "A jurisdição como expressão do poder estatal é uma só, não comportando divisões ou fragmentações: cada juiz, cada tribunal, é plenamente investido dela. Mas o exercício da jurisdição é distribuído, pela Constituição e pela lei ordinária, entre os muitos órgãos jurisdicionais; cada qual então a exercerá dentro de determinados limites (ou seja, com referência a determinado grupo de litígios).

Chama-se competência essa quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos (Liebman).

Nessa mesma ordem de idéias é clássica a conceituação da competência como *medida de jurisdição* (cada órgão só exerce a jurisdição dentro da medida que lhe fixam as regras sobre competência)".

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.228.

216.O autor esclarece: " Jurisdição vem de "juris" e "dictio", que significa *dizer o direito*. Dizer só não: dizer e fazer cumprir, como se observa na definição de ALSINA.

Mas, como fazer cumprir uma decisão se lhe falta força, às vezes? Como fazer cumprir se não dispõe de meio seguro e eficiente para impor sua autoridade?

Vemos, pois, que dizer o direito não é bastante. Além da jurisdição, da 'juris dictio', impõe-se o poder de 'imperium', pelo qual se força o cumprimento efetivo de uma decisão. O 'imperium' é a efetivação da autoridade do juiz. É a 'jurisdictio' com poderes extraordinários.

Afirmam alguns juristas que a autoridade do juiz para aplicar a 'astreinte' vem de seu poder jurisdicional, reconhecido pela lei, notadamente quando se refere ao poder de polícia das audiências".

PRATA, Edson. ob. cit. p.21.

diz-se que o rito é o modo do procedimento porque "a própria índole dos vários processos exige uma diferença de procedimentos, levando-se em consideração a natureza da relação jurídica material, mais ou menos relevante para a sociedade..."²¹⁷.

A competência para as ações cominatórias poderá ser, do processo de conhecimento, no procedimento comum ou no procedimento especial, e, agora, com a Lei 8.953, de 13 de dezembro de 1994, também, do processo de execução, nos procedimentos da execução. Tanto o juiz na sentença de conhecimento poderá impor as *astreintes*, como o juiz da execução, na falta da aplicação pelo juiz no conhecimento. Comentando o antigo dispositivo do Código de Processo Civil e o novo, DINAMARCO aduziu que "no sistema vigente até agora, as *astreintes* só poderiam ser impostas em sentença, ou seja, no processo de conhecimento, sem possibilidade de fixá-las o juiz na execução. Omissa a sentença, privo ficaria o credor desse eficiente meio de pressão psicológica sobre o obrigado. O art. 645 era particularmente claro a respeito e integrava-se no contexto de um sistema processual clássico, em que todas as decisões se tomam no processo de conhecimento e ao executivo só resta...executar. Mas o *método transgressivo* a que a *Reforma* vem prudentemente aderindo permitiu-lhe atenuar a rigidez dessa estrutura sistemática, ao dotar o juiz da execução de poderes decisórios relacionados com as *astreintes* (fixá-las, reduzi-las, reforçá-las)" ²¹⁸.

217.CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.330.

218.DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.241.

Anteriormente à lei retro citada, somente ao juiz na sentença de conhecimento cabia imposição da multa, porém, mesmo antes da aludida lei já era pacífico o entendimento de que a imposição da multa independia do pedido do credor, por corresponder a um *desacato* ao Poder Judiciário²¹⁹.

Poderão, ainda, ser as *astreintes* da competência do processo cautelar, no procedimento cautelar genérico ou específico.

Para ASSIS, as *astreintes*, no que diz respeito à ação cominatória de rito próprio estabelecida pelo Código de Processo Civil de 1939, no art. 302, "perdeu substância a antiga e respeitável cominatória, substituída, definitivamente talvez, em sua especialidade no plano processual, pelo rito comum.

Mas a ação material subsiste, em que pese a supressão do procedimento específico, como reconhece aludindo à 'pretensão' - Calmon de Passos. Realmente, os arts. 1.499 (ação do fiador para que o afiançado pague a dívida, ou o libere da garantia); 762, I e IV, 954, II e 1490 (ação do credor

219." Em princípio, o juiz que profere a sentença é o competente para exigir e assegurar o seu cumprimento.

Defende a maioria dos adeptos da 'astreinte' - e eles constituem a quase unanimidade dos juristas que escreveram a respeito - que a sua imposição independe de pedido do credor, mesmo porque se com ela se evita um prejuízo maior deste, serve primeiramente para responder ao *quase-desacato* ao Poder Judiciário, que se cristaliza no descumprimento de uma ordem sua. Não visa ela, portanto, simplesmente proteger os direitos do credor: quer, isto sim, impedir o desrespeito ao comando jurídico emanado do órgão judicante. Assim, a exigência de prévio pedido redundaria em inverter a ordem de importância do instituto, para alojá-lo exclusivamente no quadro dos direitos subjetivos da parte".
PRATA, Edson. ob. cit. p.32.

para obter reforço ou substituição de garantia fidejussória ou real); 1.189 (ação do locador a fim de que o locatário permita reparações urgentes no imóvel alugado); 555 (ação do proprietário para lograr a demolição, reparação ou caução por dano iminente do prédio vizinho) do Código Civil Brasileiro, além de obrigações compatíveis ao preceito, estipuladas pelas partes dentro da sua esfera de liberdade contratual, demonstram a sobrevivência da ação (material) correspondente"²²⁰.

Continua o autor, a aludir que o artigo 287 do CPC , "estatuiu o pedido cominatório, vale dizer, a condenação, que implica, relativamente ao réu, o pagamento de uma multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação. Não se cuida, porém, de ação cominatória, porque falta a estrutura correspondente já mencionada- o preceito liminar e a inversão do contraditório"²²¹.

220.ASSIS, Araken de. Cumulação de Ações. p.211.

221.O autor cita neste sentido, Ovídio A. Baptista, Curso..., v. I/181. Em sentido contrário, Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas..., v. II/136, n.422, e Arruda Alvim, Manual..., v. II/140, n.281.

ASSIS, Araken de. ob. cit. p. 211.

f. A resposta do réu

Da mesma forma que o autor tem o direito de ação, o réu, através da exceção poderá contradizê-lo²²².

A resposta do réu no pedido cominatório, da mesma forma que em outras situações, varia conforme o procedimento em que se localiza. Em caso de procedimento comum, deverá formular a resposta em 15 dias, se ordinária, a contar da juntada da citação aos autos, ou em audiência, se sumário. Em caso de processo de execução, no prazo para embargar.

O mesmo ocorre com a cominação atribuída em cautelar.

A resposta do réu seguirá o caminho normal de qualquer demanda, dependendo da sua natureza, inicial, recursal, etc...

222. "Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação e do processo desenvolve-se como contradição recíproca. O réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais (a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado), a qual assume uma forma antitética à pretensão do autor...

Tanto como o direito de ação, a defesa é um direito público subjetivo (ou poder), constitucionalmente garantido como corolário do devido processo legal e dos postulados em que se alicerça o sistema contraditório do processo. Tanto o autor, mediante a ação, como o réu, mediante a exceção, têm um direito ao processo".

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. ob. cit. p. 270.

g. Intervenção de terceiros

A sentença, via de regra, só produz efeitos para as partes diretamente vinculadas no processo. Ocorre que em determinadas situações aqueles efeitos recaem sobre pessoas estranhas ao processo, de modo que a lei possibilita a elas o ingresso para defesa de seus interesses²²³.

A intervenção pode ser provocada ou voluntária. Entre os casos de intervenção provocada se encontram três institutos: a nomeação à autoria; a denúncia à lide e o chamamento ao processo. A intervenção voluntária se apresenta através da assistência, da oposição e dos embargos de terceiro.

A nomeação à autoria "objetiva a substituição do réu parte ilegítima para a causa, por um réu parte legítima para a causa. Em última análise, visa corrigir a legitimação passiva"²²⁴.

O interesse processual decorre para o nomeante de sua qualidade de detentor, ao passo que para o nomeado do fato de ser possuidor ou proprietário da coisa detida pelo

223. "Há situações em que, embora já integrada a relação processual segundo seu esquema subjetivo mínimo (juiz-autor-réu), a lei permite ou reclama o ingresso de terceiro no processo, seja em substituição a uma das partes, seja em acréscimo a elas, de modo a ampliar subjetivamente aquela relação. As modalidades de intervenção de terceiro reconhecidas no direito positivo são heterogêneas e díspares, pouco tendo em comum além da entrada de terceiro no processo pendente entre outras pessoas". CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido R. ob. cit. p. 297.

224. CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de Terceiros. p. 63.

nomeante, a qual é objeto de uma demanda. Preenchidas estas condições haverá interesse de agir para o nomeante, bem como para o nomeado. Inexistente para qualquer das partes caso será de improcedência da nomeação.

A denunciação da lide, segundo GUSMÃO CARNEIRO²²⁵, citando ensinamento de THEODORO JR., esclarece que a "denunciação visa "enxertar" no processo uma nova lide, que irá envolver o denunciante e o denunciado em torno do direito de garantia ou de regresso que o primeiro pretende (eventualmente) exercer contra o segundo".

Sempre que for obrigatória a denunciação à lide²²⁶ haverá interesse processual para o denunciante, haja vista que ela além de necessária para o alcance do fim objetivado (direito de regresso), completará o requisito da adequação.

Quanto ao chamamento ao processo, na análise de MOACYR AMARAL SANTOS²²⁷, é "o ato pelo qual o réu, citado como devedor, chama ao processo o devedor principal, ou os co-responsáveis ou os coobrigados solidários para virem responder pelas suas respectivas obrigações".

Finalidade básica do instituto, como o próprio conceito já assevera, é alargar o campo de defesa dos fiadores e devedores solidários, bem como fazer atuar o princípio da economia processual, permitindo num mesmo processo se cumula-

225. Intervenção de Terceiros. p. 68.

226. Observe-se a respeito disposições do artigo 70 do CPC.

227. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º Vol., p. 36.

rem a ação proposta com ação ou ações regressivas que possíveis seriam de ser exercidas pelo réu em face dos co-obrigados.

A admissibilidade do instituto está expressamente prevista no artigo 77 e incisos do CPC²²⁸. Destarte, o interesse processual está restrito ao cabimento das condições legais para o exercício²²⁹.

No que tange à oposição, seu conceito decorre do conteúdo do artigo 56 do Código de Processo Civil: "quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertam autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos".

O interesse de agir para o oponente decorrerá dos seguintes aspectos:

a) somente será possível o exercício, ou seja, útil para o oponente, no processo de conhecimento, antes da sentença.

b) é indispensável que exista controvérsia entre o autor e réu. Assim, sendo de jurisdição voluntária o procedimento, inexistirá interesse processual para a atuação do oponente.

Por fim, com relação aos embargos de terceiro, não pode se dizer que é propriamente uma intervenção de terceiro. Constitui-se, na verdade, em ação autônoma, de caráter

228. Art. 77: É admissível o chamamento ao processo: I - do devedor, na ação em que o fiador for réu; II - dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

229. Frise-se, contudo, que o chamamento ao processo está adstrito ao processo de conhecimento, haja vista que no de execução este não é cabível. Neste sentido v. RTJ 90/287, 90/565, 90/1028, 91/283, 91/752, 91/1168, 93/327, 93/923.

acessório - sempre é dirigido a determinada demanda - que visa terminar ou turbação ou esbulho na posse ou domínio de bens do embargante, cuja decorrência foi um ato de apreensão judicial.

Diferem da oposição, porque esta é uma forma de intervenção voluntária de terceiro em lide alheia e é desenvolvida dentro do processo onde se confrontam pretensões das partes, e com elas há de ser julgada, ao passo que os embargos de terceiro constituem feito novo.

Na oposição busca-se a exclusão das partes litigantes, enquanto que nos embargos de terceiros visa-se excluir tão somente o bem constrito por ato judicial, ou por este de constrição ameaçado.

Por fim, na oposição a legitimidade passiva é de ambas as partes e somente é cabível no processo de conhecimento antes da sentença, enquanto que os embargos de terceiros são dirigidos em face do beneficiário da constrição judicial e cabíveis são até o trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento, bem como até cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remição.

Presentes as condições de admissibilidade dos embargos de terceiro, existente estará o interesse processual para a demanda. Para tanto é indispensável que a constrição²³⁰ tenha se dado por ato judicial, pois caso contrário inexistente estará a figura do interesse de agir.

Lembre-se que, *a priori*, nenhuma destas

230. Baseando-se na inexistência de constrição judicial é que a jurisprudência dominante tem inadmitido a figura dos embargos de terceiro em ação de despejo.

espécies de intervenção está excluída do âmbito da ação cominatória, desde que preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

Nada impede, por último, que o *terceiro* cumpra a obrigação, extinguindo-a²³¹.

231. "Satisfeito, porém, o direito do credor, por ele mesmo, pelo próprio devedor, ou por terceiro, já não haverá lugar para a incidência da pena pecuniária, posto que alcançado o fim visado com sua imposição".

BERMUDES, Sergio. ob. cit. p. 150.

h. Sentença, natureza jurídica e efeitos

A pena pecuniária, além da possibilidade de ser imposta em sentença condenatória, e, agora, até mesmo de ofício, também pode ser imposta na execução²³².

Fato que, segundo DINAMARCO, só veio contribuir para que o juiz possa buscar cada vez mais efetividade nas suas decisões²³³.

Com o descumprimento da sentença é que segundo o artigo 287 do Código de Processo Civil, ²³⁴ se faz possível a aplicação da pena pecuniária assim, "se descumprida a condenação imposta na sentença, a aplicação da pena pecuniária, que, embora pedida na inicial e acolhida na sentença, tornar-se-á exigível apenas com o descumprimento desta"²³⁵.

A natureza da sentença que atribui a pena pecuniária é de preponderância condenatória, neste sentido é

232.SCHMIDT Junior, Roberto Eurico. ob. cit. p. 140.

233.DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p. 158.

234.Art. 287 CPC " 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)".

235.DIZ, Nélon Nascimento. A Ação Cominatória e a Pena Pecuniária nas Obrigações de Fazer e Não Fazer No Novo Código de Processo Civil. p.28. Tal raciocínio é assim, mesmo nas hipóteses de fixação liminar da multa, ressalvada a aplicação da tutela antecipatória, fato que antecipa a sua exigibilidade.

o pensamento de ANDREA PROTO PISANI²³⁶.

Da mesma forma é o entendimento de MOACYR AMARAL SANTOS, quando aduz sobre a natureza da sentença que condena o afiançado na pena cominada, esclarecendo que é "sentença positivamente condenatória" ²³⁷.

Não é em outro sentido que se referiu KFOURI, "obtendo a sentença condenatória, executá-la" é o que depreende do comentado relativo à execução das obrigações de fazer ²³⁸.

A carga de eficácia da sentença é condenatória porque segundo PONTES DE MIRANDA, "é inexato dizer-se, como fazem alguns juristas, que as ações cominatórias, as ações de preceito cominatório, são ações declarativas condenatórias. Primeiro, porque preponderantemente elas não são declaratórias: a declaração é *quaestio praevia*, inserta no mérito, porém de modo

236." la tutela di condanna può esercitare solo una funzione di tutela repressiva della violazione già effetuata, mai una funzione di tutela diretta a prevenire la violazione: perché la condanna, infatti, possa assolvere anche una funzione preventiva, occorre che la sua attuazione sia garantita non solo attraverso la tecnica della esecuzione forzata (la quale presuppone che la violazione sia già avvenuta) ma anche attraverso la tecnica delle misure coercitive dirette a provocare l'adempimento spontaneo dell'obbligato".

PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna. p. 1120.

237." Em qualquer hipótese a sentença é positivamente condenatória, como tal entendendo-se a que tem o característico especial de constituir título executório. Tanto a sentença que condena o afiançado na pena cominada- a entregar bens para assegurar ao fiador o direito de regresso ou o de excussão, ou a consignar quantia bastante para pagar o credor- como a sentença que condena o afiançado à prestação pedida e, em sua falta, naquela pena, conferem ao fiador um título que o autoriza a dá-la à execução". SANTOS, Moacyr Amaral. Ações Cominatórias no Direito Brasileiro. 1º Tomo, p.248.

238.KFOURI Neto, Miguel. ob. cit. p. 57.

nenhum é a força da sentença; condenatórias constitutivas é o que elas são, com eficácia declarativa mediata, o que lhes permite que a execução seja posterior, noutro processo. Condena-se porque se declarou e o preceito não foi atendido. Preceitou-se, de jeito que o não cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer dá ensejo à condenação do demandado ao que foi cominado, como, se tivesse sido proposta a ação de condenação e o demandado não cumprisse aquilo a que fora condenado lhe teria de ser exigida a indenização (perdas e danos)" 239.

Importante aqui ressaltar que a carga de eficácia nas ações de preceito cominatório é cinco de condenatória, quatro de declarativa, três de executiva, dois de mandamental e um de constitutiva, atingindo assim a possibilidade de outras eficácias na ação cominatória que não somente a condenatória²⁴⁰.

Subtrai-se que , " por outro lado, as *astreintes*, não são, somente, uma ordem, mas, ordem com sanção de uma condenação provisória e cominatória, que cresce de acordo com o retardamento do devedor em cumprir a prestação" 241.

Por essa razão é que, segundo PONTES DE MIRANDA, não há exclusão de outras eficácias na sentença pela simples preponderância de uma.

Condenatória porque, através desta, " busca-se uma sentença que imponha ao réu a obrigação de prestar

239.MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações Tomo V. p.164.

240.MIRANDA, Pontes de. Ob. cit. p.375.

241.CRIBARI, Giovanni. ob. cit. p.58.

alguma coisa devida ao autor... Em verdade, na prática, o que caracteriza a sentença condenatória é conter, diferentemente da declaratória, uma certa dose de eficácia executiva, capaz de dar ensejo a uma demanda autônoma e subsequente de execução... A sentença condenatória possui, sem dúvida, eficácia executiva, como afirma LIEBMAN (*manuale di diritto processuale civile*, I, n. 84); todavia o peso desta eficácia é menor do que as eficácias condenatória e declaratória, a ponto de não permitir que a execução se faça na mesma relação processual do 'processo de conhecimento'. Em suma, a sentença condenatória é aquela que prepara a execução, mas não executa imediatamente na mesma relação processual condenatória" 242.

Condenatória porque, " nas sentenças condenatórias declara-se o direito, isto é, declara-se ter havido a lesão (*causa petendi* próxima) e se estabelece uma sanção correspondente à citada violação, que consiste numa prestação devida pelo réu. É uma sentença, pois, em condições de ser executada" 243.

Difere a natureza aqui daquela enunciada no capítulo dos interditos proibitórios, em razão de que neles a preponderância é da sentença de natureza mandamental, o que segundo PONTES DE MIRANDA traduz-se em eficácia cinco para mandamental, quatro para constitutiva, três para declarativa, dois para condenatória e um para executiva. Assim, toda sentença pelo

242.SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. Curso de Processo Civil. Vol. I. p.131.

243.PINTO, Teresa Arruda Alvim. Nulidades da Sentença.p.65.

fato de conter uma preponderância não significa que nela não possa ocorrer outras eficácias com pesos menores.

O valor da multa poderá ser revisto e a ele atribuído acréscimos ou decréscimos, conforme for necessário, não apenas na sentença condenatória, mas também, na execução, nas cautelares e não há o que impeça de ser revisto em caráter antecipatório. Nesse sentido DINAMARCO comenta sobre o art. 644 do Código de Processo Civil, aludindo que, o artigo "não distingue entre multa fixada em sentença, em decisão antecipatória de tutela ou na execução, e, portanto, essa determinação legal tem valia geral" 244.

Especificamente no que concerne à revisão do valor fixado em liminar, há quem entenda que ela viola coisa julgada, porém, conforme o entendimento dominante, a revisão cabe aqui por não se tratar de condenação principal, porque só ela faz coisa julgada 245.

Importa, ainda, salientar que não pode ocorrer transferência do patrimônio do devedor para o do credor no caso de pena provisória pois, "caso a liquidação seja provisória, tal transferência patrimonial não ocorrerá, mesmo porque a definitividade pode não se verificar, seja porque reduzido seu valor pelo magistrado, seja porque perdoadada a falta e supressa a

244.DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.158.

245. "LAURENT e DEMOLOMBE entendem que a revisão da porcentagem da pena pecuniária constitui *violação da coisa julgada*. Sem razão, porque somente a condenação principal, conforme hoje está assente, produz coisa julgada".
PRATA, Edson. ob. cit. p.28.

condenação" 246.

Quanto aos efeitos da sentença, eles podem ser *ex nunc*, quando produzidos para o futuro, e, *ex tunc*, quando se reportam para o passado.

De forma geral, as sentenças condenatórias, e este é o caso das cominatórias, bem como as declaratórias, produzem efeitos *ex tunc*, enquanto que, as constitutivas só produzem efeitos para o futuro²⁴⁷.

246.PRATA, Edson. ob. cit. p. 34.

247.CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. p. 306.

j. Execução provisória e definitiva

Via de regra, a justiça só "se manifesta", após a sentença definitiva introduzida pela *res iudicata*.

Em razão do artigo 520 do Código de Processo Civil²⁴⁸, "a apelação interposta pela parte sucumbente tem a propriedade de suspender a eficácia de decisão impugnada".

"Mas, há situações especiais em que o próprio legislador retira do recurso seu efeito suspensivo (CPC, art.520). E, então, malgrado o inconformismo do vencido, ao vencedor caberá a faculdade de promover a execução da sentença, mesmo antes do julgamento de segunda instância. A respeito dessa execução, dispõe o art. 521 do CPC: 'Recebida a apelação em ambos os efeitos, o juiz não poderá inovar no processo; recebida só no efeito devolutivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença, extraíndo a respectiva carta'.

Em outro dispositivo, o CPC reforça a idéia da exequibilidade da sentença atacada por recurso despido de eficácia suspensiva, esclarecendo que: 'a execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título

248.Art. 520 do CPC: " A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

- I. homologar a divisão ou a demarcação;
- II. condenar à prestação de alimentos;
- III. julgar a liquidação de sentença;
- IV. decidir o processo cautelar;
- V. rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes.

extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo'. (art. 587).

(...) Não há razão para diferenciar as sentenças condenatórias das sentenças constitutivas, pois, (...) na atuação jurisdicional prática desenvolvida frente a ambas há igualmente *realização de sanção* (atividade própria da execução processual)"²⁴⁹.

Em regra, é possível a execução provisória nas sentenças condenatórias²⁵⁰, e, como já foi verificado anteriormente, as ações cominatórias têm eficácia preponderante de caráter condenatório.

Não obstante, ressalvada a possibilidade da antecipação da tutela ser concedida, pelos motivos previstos em lei²⁵¹, a execução da multa cominada somente é admissível após

249.THEODORO, conclui: " Se, destarte, a força executiva está no interior mesmo da sentença consitutiva, esta força ficará paralisada quando o ataque recursal dispuser do efeito suspensivo (CPC, art. 520). E haverá, ao contrário, uma situação de execução provisória, sempre que, à falta de efeito suspensivo do recurso, a parte vencedora fizer atuar os efeitos práticos do decisório, antes de julgado o recurso contra ele interposto (CPC art. 521 e 587)".

THEODORO Júnior, Humberto. Execução. Direito Processual Civil ao vivo. p.522.

250. "É a sentença condenatória, entre as demais espécies de sentença, a única que participa do estabelecimento, a favor do autor, de um novo direito de ação (ação executiva, ou executória), que é o direito à tutela jurisdicional executiva.(...) No campo não penal são condenatórios todos os processos que visem a obter a imposição ao réu de uma prestação de dar, fazer ou não-fazer (por isso, tais processos também se denominam de *prestação*)".

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. ob. cit. p.305.

251. V. art. 273 do CPC.

o trânsito em julgado²⁵², pois somente a partir deste momento ela passa a ser exigível. Ou seja, não cabe a execução provisória.

252. É evidente que se ressalva aqui o fato do juiz ter fixado momento outro para a sua exigibilidade que não o trânsito em julgado.

j. Recurso e Coisa Julgada

Nos termos da legislação vigente, sempre existe a possibilidade daquele que não estiver de acordo com a decisão, interpor recurso, visando o reexame da decisão impugnada.

No reexame, a sentença será mantida ou reformada, podendo ser em parte ou totalmente, daqui decorre a definição de coisa julgada, ou seja, quando não houver mais possibilidade para recurso, a sentença transitou em julgado.

A coisa julgada pode ser formal ou material, diz-se que, ela é formal quando, " não poderá ser reexaminada. É sua imutabilidade como ato processual, provindo da preclusão das impugnações e dos recursos, (...) a coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual *sentença*, pon-do-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna imutáveis os *efeitos* produzidos por ela e lançados fora do processo" 253.

Merece destaque, como já referido anteriormente, que o valor da pena não gera coisa julgada, em face da expressa previsão legal da possibilidade de aumento ou diminuição pelo magistrado. O que efetivamente, não é possível, é a concessão em face de *executio* quando a decisão de primeiro grau consi-

253.CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit. p.307.

derou-a indevida, ou a extirpação completa na hipótese, quando a decisão definitiva a concedeu.

Tendo em vista esta situação, para o juiz não gera preclusão a possibilidade de reexame do valor da astreinte. A parte, interessada, porém, caso não interponha o competente recurso, regra geral o agravo²⁵⁴, sofrerá os efeitos da preclusão. Observe-se, porém, que a preclusão é somente da decisão específica, nascendo novo direito impugnativo, toda vez que o juiz alterar a decisão anteriormente proferida.

Vale lembrar, outrossim, que toda vez que o ato judicial for arbitrário ou ilegal, sofrendo a parte a possibilidade de sofrer grave dano, presente o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Pode-se utilizar do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao agravo interposto, ou, conforme o caso, uma medida cautelar. Não obstante, como ressalva TERESA ALVIM PINTO, "há que se notar, pois, que, em rigor, não se obtém por meio do mandado de segurança o efeito suspensivo. O que se obtém, na verdade, é uma suspensão da eficácia do ato ilegal impugnado, através da liminar, o que acaba por fazer as vezes do efeito suspensivo do recurso"²⁵⁵.

254. Sobre o tema, v., por todos, PINTO, Teresa Arruda Alvim. Agravo de Instrumento.

255. Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial. p. 60. Dita obra é de extrema utilidade para todos aqueles que litigam no foro, suscetíveis de sofrer ilegalidades ou atos arbitrários.

VII. CONCLUSÃO

Hoje, mais do que nunca, observa-se o desrespeito, quase generalizado, às decisões judiciais, pois nem sempre se têm cumprido aquilo que fora determinado. Neste caso, é que se pergunta: de que adianta o juiz ordenar que determinada pessoa pratique tal ato, se não dispõe de força para impor coativamente sua determinação²⁵⁶?

Tal fato, além de contribuir para o crescimento exagerado dos processos sem resultado efetivo, também resulta - o que é muito pior - no total descrédito das decisões.

Nada obstante esta imperiosidade de serem efetivas as decisões judiciais, não se advoga como solução para o problema a adoção de institutos semelhantes ao da *contempt of court* do direito inglês, ou da *Zwangshaft* e *Zwangsgeld* do direito alemão. Assim, a prisão como forma coativa de cumprimento das decisões judiciais, por desprezo aos tribunais, não foi adotada pelo direito brasileiro, em consonância com os princípios constitucionais por ela adotadas, a exemplo dos ordenamentos português e francês. Mesmo a amplitude do artigo 83 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor não conduz a tal raciocínio.

Por outro lado, a execução indireta é o

256. PRATA, Edson. ob. cit. p. 17.

melhor meio de se obter o cumprimento pessoal, quando este é inviabilizado pela má-vontade do devedor. Força-o, coage-o, estimula-o, através do preceito cominatório.

A demanda cominatória, de cunho condenatório, visa impor uma sanção ao devedor inadimplente. Dita multa pode ser fixada em processo de conhecimento - na sentença ou em liminar - ou execução, oriunda de título judicial ou extrajudicial. Apesar disso, sua exigibilidade, ressalvada a antecipação da tutela, ocorrerá somente a partir do trânsito em julgado da decisão.

A amplitude da ação cominatória não se restringe às obrigações de fazer ou não fazer, fungíveis ou infungíveis, mas também às de dar, entregar ou restituir, estando excluída de aplicação a Súmula 500 do Supremo Tribunal Federal. Dita conclusão decorre da interpretação que deve ser dada ao artigo 83 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Referida exegese é consentânea com o sistema protetivo e amplo do direito atual, bem como da necessidade de efetividade da tutela jurisdicional.

Destaca-se a importância e vanguarda do Código de Consumo no sentido de melhor instrumentalizar a espécie de execução indireta aqui debatida. É este instrumento legal que melhor colaborou para a revisão de conceitos superados pela modernidade, mas ainda aplicáveis, pois eram clássicos.

Com base, ainda, na amplitude da proteção ao credor frustrado com o inadimplemento, é que se possibilita a cumulação com a cláusula penal, com as perdas e danos, ou com a execução específica prevista nos artigos 639 a 641 do Cód-

go de Processo Civil.

Lembre-se, outrossim, que para gerar a efetiva tutela, bem como cumprir o seu papel no adimplemento, não há que se limitar a multa - que inclusive pode ser fixada *ex-officio* - a um *quantum* determinado, nem tampouco ao valor da obrigação. Mas sim, com bom senso, deve-se chegar ao patamar suficiente para incentivar o devedor a cumprir a obrigação. O excesso e a timidez, em igual porção, não atingem o fim colimado.

Acrescente-se, por fim, que os efeitos da coisa julgada quanto à fixação do *quantum* são restritos para o juiz, visto a sua possibilidade, quase que absoluta, de revisão - para mais ou para menos - do valor fixado.

Assim, a ação cominatória como instrumento da execução indireta, é forma relevante de alcançar a efetividade do processo, pois, como lembra BEDAQUE, " 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"²⁵⁷.

257.BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. p.37

VIII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDALA, Edson Vieira & POPP, Carlyle. *Comentários à Nova Lei Antitruste*. 1ª Ed., Juruá Ed., Curitiba, 1994, 208 pp.

- AGNOL JUNIOR_____. *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.

- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências Jurídicas*. 4ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1972, 406 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.

- ALVIM, J. E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 1ª Ed., Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995, 292 pp.

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor no Con-*

trato 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.

- 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, 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.

- 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.** Amagis nº 02, pp. 60-75, Belo Horizonte.

- 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.

- 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.

- 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.

- _____. **Obrigações 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.

- 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.

- 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.

- _____. **Intervenção de Terceiros.** 3ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo,, 1986.

- CARPI, Frederico. **Flashes sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. pp. 237-242, Ed. Giuffrè, Milano, nº 01, Março/1981.

- _____. **Note in Tema di Tecniche di Attuazione dei Diritti.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. pp. 110-121, Ed. Giuffrè, Milano, nº 01, Março/1988.

- CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. VIII, 3ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1983, 432 pp.

- CHAVES, Antonio. **Tratado de Direito Civil.** Vol. 2, Tomo I. 3ª Ed.. Ed. RT, São Paulo, 1984, 871 pp.

- CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzione de Diritto Processuale Civile.** 1º Vol., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli,

1935.

- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª Vol., 2ª Ed. brasileira, Ed. Saraiva, São Paulo, 1965, 432 pp.

- CIAN, Giorgio & TRABUCCHI, Alberto. *Commentario Breve al Codice Civile*. 1ª Ed., Ed. CEDAM, Padova, 1984, 2144 pp.

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 11ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1995, 360 pp.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1994, 310 pp.

- COLESANTI, Vittorio. *Misure Coercitive e Tutela dei Diritti. in Rivista di Diritto Processuale*. Vol. 04, Cedam Ed., Padova, pp. 601-626, 1980.

- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Estudos de Direito Civil*. Vol. I, 1ª Ed.. Livraria Almedina, Coimbra, 1991, 244 pp.

- _____. *Código Civil e Legislação Complementar*. 1ª Ed., Aequitas Ed. Notícias, Lisboa, 1991, 836 pp.

- CORRÊA, Alexandre & SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1988, 344 pp.

- COSTA, Giuseppe da. *Origem e Evolução dos Contratos Preliminares*. *Revista de Direito Civil* nº 42, pp. 21-33, Ed. RT, Ano 11, São Paulo, 1987.

- 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.

- 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., Juruá Ed., Curitiba, 1992, 173 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.

-CUCHE, Paul. revisto e atualizado por VINCENT, Jean. **PRÉCIS DES VOIES D' EXÉCUTION ET DES PROCÉDURES DE DISTRIBUTION**. 7ª Ed., Ed. Librairie Dalloz, Paris, 1952, 417 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.

- DENTI, Vittorio. **L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica**. 1ª Ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1953, 298 pp.

- 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**. 11ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1995, 360 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, Nélson Nascimento. **A Ação Cominatória e a Pena Pecuniária nas Obrigações de Fazer e Não Fazer no Novo Código de Processo Civil.** Revista dos Tribunais nº 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 nº 41, pp. 43-52, Porto Alegre, 1987.

- 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.

- 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.**

- 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 Penalità di Mora e Le Astreintes nei Diritti che si Ispirano al Modello Francese.* Rivista di Diritto Civile. Ano XXVIII, nº 05, pp. 506-536, Ed. CEDAM, Padova, Set/Out 1981.

- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de Processo Civil. 10ª Ed., Malheiros Eds., São Paulo, 1995, 160 pp.**

- FURTADO, Paulo. **Execução. 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, 387 pp.**

- GANGI, Calogero. *Le Obbligazioni*. 1ª Ed., Dott. A. Giuffrè Ed., Milano, 1951, 398 pp.

- GARCÍA, J. A. Doral. *Reparación y Sanción - El Cumplimiento de las Obligaciones em Forma Específica*. Anuário 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.

- 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 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.

- _____, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 11ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1995, 360 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 Almeida, Coimbra, 1992, 612 pp.

- JOSSERAND, 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.

- 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, EDESA, 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.

- _____. **Processo de Execução**. 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1963, 162 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.

- LONGO, Giovanni Elio. **Esecuzione Forzata (diritto intermedio)**. in *Novissimo Digesto 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.

- MAJO, Adolfo di. **La Tutela Civile dei Diritti**. 2ª Ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1993, 396 pp.

- 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.

- _____. *A Tutela Cautelar do Direito ao Devido Processo Legal* Jurisprudência Brasileira, nº173, pp. 61-63, Ed. Juruá. Curitiba. 1994.

- 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 Merconsul*. 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.

- 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.

- 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, 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.

- _____. **Tratado das Ações**. Tomo VI, 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1976, 624 pp.

- _____. **Tratado das Ações**. Tomo V, 1ª Ed., Ed., RT, São Paulo, 1974, 437 pp.

- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo XIV, 2ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1961.

- MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula Penal e Indemnização**. 1ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1990, 800 pp.

- MONTEIRO, Washington 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.

- 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.
- _____ & 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.
- _____. **A Questão do Registro do Compromisso de Compra e Venda**. Revista dos Tribunais nº 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 Delle Obligazioni. Dei Contratti in Generale**. Vol. II, 3ª Ed., Ed. CEDAM, Padova, 1939, 332 pp.
- PACHECO, José da Silva. **Ações Executivas e Execução de Sentença**. Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1957, 560 pp.
- PASQUALOTTO, Adalberto. **Defesa do Consumidor**. Revista dos Tribunais nº 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.

- PASSOS, J. J. Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil.** 1ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 146 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 nº 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, nº 04, Dezembro/1985.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3ª Ed., Ed. Coimbra, Coimbra, 1991, 662 pp.

- PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da Sentença.** 3ª Ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, 319 pp.

- _____. **Agravo de Instrumento.** 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1991, 296 pp.

- _____. **Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial.** 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1992, 184 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.

- _____. **Código do Consumidor e Desconsideração da Personalidade Societária.** *Jornal "O Estado do Paraná"*. Curitiba/PR, Ed. de 17/07/94, p. 27.

- _____. **Anotações sobre a cláusula penal.** *Jornal "O Estado do Paraná"*. Curitiba/PR, Ed. de 17/10/93, 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.

- 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.

- RÁO, 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 Ese-**

cuzione 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.

- 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.

- _____. **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.

- ROPPO, Enzo. **O Contrato.** 1ª Ed. portuguesa, Livraria Almeida, 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. EJEJA, 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, Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado.** Vol. XVI, Carvino Filho Ed., Rio de Janeiro, 1936.

- SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações Cominatórias no Direito Brasileiro.** 1º e 2º Tomos. 3ª Ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1962,

- _____. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2º Vol., 10ª Ed., Ed., Saraiva, São Paulo, 1985.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. **Ação Cominatória e Outras Peculiares**. 1ª Ed., Ed. Paumape, São Paulo, 1989, 352 pp.
- SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **A Tutela Antecipada e Execução Específica**. 1ª Ed., Ed. Copola, São Paulo, 1995, 88 pp.
- SATTA, 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, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. 1ª Ed., Ed. José Bushatsky, São Paulo, 1976, 228 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.

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 Obblighi di Fare e di Non Fare. Rivista di Diritto Processuale. pp. 41-70, Ed. CEDAM, Padova, n.º 01, Jan-Março/1981.**

- _____. **Rilievi Comparatistici in Tema di Esecuzione Forzata degli Obblighi di Fare e di Non Fare. Rivista di Diritto Civile. Ano XXXIV, n.º 04, pp. 533-552, Ed. CEDAM, Padova, Jul/Ago 1988.**

- SPECIALE, Renato. **Il Vorvertrag nell'Ambito delle Nuove Tendenze in Materia di Formazione Progressiva del Contratto. Rivista di Diritto Civile. Ano XXXII, n.º 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.**

- 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, Inocêncio 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.**

- _____. **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 Garan-**

tia do Devido Processos Legal. 1ª Ed., Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1987, 285 pp.

- _____. **Processo Cautelar.** 12ª Ed., EUD Ed., São Paulo, 1990, 480 pp.

- 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, nº 04, Out-Dez/1985.

- VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. **Direito Processual Civil.** 1ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1965, 318 pp.

- WALD, Arnolddo. **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 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.

- _____. **Da Cognição no Processo Civil.** 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1987, 136 pp.

- WESTERMANN, Harm 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.