

ASPECTOS POLÊMICOS ACERCA DAS OBRIGAÇÕES DE DAR COISA CERTA E INCERTA*

Marcos Jorge Catalan

RESUMO

Alude às obrigações e sua classificação em obrigações de dar coisa certa e incerta, as quais, além de constarem em regramento específico no Código Civil, também estão sistematizadas na seara processual, como o texto do art. 461-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 10.444/02.

Entende fazerem parte das obrigações o débito e a responsabilidade; o primeiro consistindo no dever imposto ao devedor de honrar seu compromisso jurídico e a segunda na possibilidade conferida pelo sistema de compelir o devedor a cumprir o ajustado por meio da invasão no seu patrimônio ou ainda a indenizar danos.

Conclui que o juiz está autorizado a tomar todas as medidas necessárias para o fiel cumprimento da obrigação, dentre as quais está a cominação de multa diária, que não se limita ao valor das prestações, mas delas se distingue por sua natureza coercitiva.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Civil; obrigação de dar coisa – certa, incerta; tutela específica; descumprimento; astreinte.

* O presente artigo surgiu após estudos para a elaboração de seminário para o Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial à aprovação na Disciplina Direito das Obrigações, sob a orientação do Professor Doutor Aduino de Almeida Tomaszewski.

*A vontade é verdadeiramente a matéria prima do Direito; e não há outra, nem mais nobre, nem mais misteriosa*¹.

1 INTRODUÇÃO

Nos primórdios da humanidade, os seres humanos tinham por hábito a vida errante e buscavam novas áreas a serem exploradas, cada vez que o local em que estavam fixados mostrava sinais de debilidade.

Num momento posterior, a necessidade de fixarem-se impôs-lhes o dever de aprenderem a explorar a terra por meio de atividades agropastoris. Dessarte, inicialmente, apenas consumiam aquilo que produziam ou o que podiam retirar da terra por meio da atividade extrativista.

Ato contínuo, surgiram as primeiras trocas e permutas, e, logo após, com o aparecimento da moeda, nasce a compra e venda e outras espécies de contratos, negócios jurídicos de importância ímpar para o tráfego das relações jurídicas da sociedade atual, fixada, no mais das vezes, nos centros urbanos, especialmente após o advento das Grandes Guerras.

Assim, muito embora as relações jurídicas tenham-se originado com o objetivo precípuo de serem cumpridas, por vezes ocorre que, pelas mais diversas razões, a prestação não pode ser entregue, restando ao credor atuar, por meio da atividade judiciária estatal, visando ao adimplemento forçado da obrigação assumida, excepcionadas aqui as hipóteses de incumprimento involuntário, ocasionado por fatos alheios à esfera de atuação do devedor, em razão de caso fortuito, força maior ou demais modalidades de excludentes de causalidade.

2 DEBITUM E OBLIGATIO

As obrigações, de um modo geral, somente são exigíveis no vencimento, sendo portanto subordinadas, no mais das vezes, a fatores externos caracterizados pela condição, termo ou encargo.

Saliente-se que, até o vencimento do termo, advento da condição ou cumprimento do encargo, o devedor não poderá ser compelido ao adimplemento, pois a eficácia obrigacional permanece suspensa, salvo hipóteses excepcionais, como as referentes ao estado de solvência daquele.

Por conseqüência, como regra, quem estiver obrigado à entrega da coisa possui, até o vencimento da obrigação, o direito de prestá-la, interpretando-se os prazos em seu benefício.

Dessa maneira, ao se decompor uma relação jurídico-obrigacional, afere-se que o direito creditório tem, de um lado, como fim imediato, uma prestação, e de outro, como fim remoto, a sujeição dos bens do devedor ao adimplemento da obrigação assumida², uma vez que a proteção jurídica do patrimônio foi o modo encontrado pelo Direito de resguardar a pessoa do seu titular.

*Si de la consideración del conjunto social descendemos a la contemplación de la persona individual, no es difícil establecer que la necesaria protección de la persona y la salvaguarda de su dignidad y de su libertad exigen el reconocimiento de un determinado ámbito de poder económico. La idea del patrimonio aparece así como una derivación necesaria de la idea misma de persona y se concibe como un conjunto unitario de relaciones jurídicas, a las cuales el ordenamiento dota de la necesaria unidad por estar sujetas a un régimen unitario de poder y de responsabilidad*³.

Ato contínuo, há de se destacar que o *debitum*, ou *Schuld*, como preferem os alemães, caracteriza-se no dever que possui o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional de *dare*, *facere* ou *non facere* alguma coisa e que, no mais das vezes, é executado voluntariamente.

Por sua vez, a *obligatio* ou a *Haftung*, na linguagem tedesca, caracteriza-se pela possibilidade dada pelo sistema ao credor de fazer funcionar a máquina estatal, a fim de compelir o devedor a cumprir o ajustado por meio da intervenção em seu patrimônio⁴ ou a indenizar os danos e interesses, já que as sanções corporais em regra não mais existem desde o advento da *Lex Poetelia Papiria*, no século IV a.C.

3 DAS OBRIGAÇÕES DE DAR COISA CERTA E INCERTA

Pothier lecionava há alguns séculos que aquele obrigado a entregar uma coisa há de observar o ajustado quanto ao tempo e lugar; dessarte, quando o objeto da obrigação é um corpo certo, ao devedor impõe-se cuidado especial na conservação da coisa até que o pagamento seja feito, sob pena de ser compeli-

do a indenizar o credor⁵; dever este que aliás deriva da cláusula geral da boa-fé inculpada inicialmente no § 242 do BGB germânico.

Mas o que seria coisa certa ?

E, por corolário lógico, como se define coisa incerta ?

Saliente-se inicialmente que o Código Civil brasileiro não se preocupou em definir o que seja obrigação de dar, limitando-se a afirmar que, em regra, os acessórios deverão acompanhá-la, caminho que não foi seguido, por exemplo, pelo Código Civil argentino, que a define, dispondo o art. 574: *la obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño*.

Há de ser enaltecido que, na tentativa de conceituar as obrigações de dar coisa certa, Arnaldo Rizzardo ensina: *por este tipo de dar, o devedor fica obrigado a entregar ou fornecer ao credor um bem determinado, especificado ou individuado*⁶, não sendo outra a posição de Álvaro Villaça Azevedo, ao afirmar que, por meio da obrigação de dar coisa certa, atribui-se ao devedor o dever jurídico de entregar ou restituir coisa específica, exata, determinada⁷.

Assim, pode-se afirmar que, por essa modalidade de obrigação, o devedor se desonera entregando ou restituindo a coisa especificada, não podendo, em princípio, cumprir a obrigação mediante entrega de outro objeto, ainda que mais valioso, em homenagem ao princípio da especificidade.

Outrossim, paralelamente às obrigações de dar coisa certa, o sistema consagra as obrigações de dar coisa incerta, caracterizadas pela prestação descrita de modo genérico, cuja escolha ou concentração far-se-á em momento oportuno, normalmente estipulado pelas partes quando da formação do contrato.

A incerteza não significa propriamente uma indeterminação, mas uma determinação genérica. São obrigações de dar coisa incerta: entregar uma tonelada de trigo, um milhão de reais ou cem grossas de lápis. Nessas situações, a coisa é indicada tão-somente pelos caracteres gerais, por seu gênero. O que a lei pretende ao referir-se a coisa incerta é indicar a coisa indeterminada, mas suscetível de oportuna determinação⁸. Desse modo, no momento apropriado, a parte que se reservou a esse direito fará

a escolha, e, sendo omissa o negócio jurídico ou a sentença, tal faculdade será dada ao devedor.

E, na hipótese não-remota de o direito potestativo de escolha não ser oportunamente desempenhado, ele se reverterá em proveito do outro sujeito da relação jurídico-obrigacional.

Como se observa, a concentração do objeto transforma a coisa genérica em específica, e o obrigado passa a dever somente a coisa determinada em vez de qualquer outra incluída no gênero⁹.

Destaque-se que tal modalidade de obrigação traz consigo vantagens e ônus, especialmente para o devedor, pois, ao lhe absorver a responsabilidade pela entrega de uma coisa específica, mitiga as consequências pelo perecimento ou deterioração de um bem determinado; ao mesmo tempo, aumenta sua responsabilidade quanto aos riscos, uma vez que gênero não perece¹⁰, não lhe cabendo invocar eventual incumprimento fortuito como excludente de responsabilidade.

É da maior simplicidade a teoria dos riscos, na obrigação de dar coisa incerta, já que a indeterminação é incompatível com a deterioração ou o perecimento: *genus nuquam perit*.

Dai ser vedada ao devedor a alegação de perda ou danificação da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito, seja para eximir-se da prestação, seja para compelir o credor a receber espécimes danificados.

Também descabe a escusativa da impossibilidade da prestação enquanto subsiste a possibilidade de ser encontrado um só exemplar da coisa devida, pois só por exceção desaparecerá completamente todo um gênero¹¹.

Em hipóteses remotas, outrossim, como relatou Caio Mário da Silva Pereira na passagem transcrita, não se pode esquecer que o gênero poderá desaparecer, e, nesses casos, deverá observar-se a conduta do devedor, repondo-se a situação ao *status quo ante*, caso não haja culpa de sua parte, e condenando-o ao equivalente, acrescido das perdas e danos, quando tiver ele agido culposa ou dolosamente.

Exemplos típicos de tal situação encontram-se na suspensão da produção de determinado bem ou na proibição de importação e comercialização de objeto que até então existia no mercado.

Ademais, a questão em princípio não apresenta maiores dúvidas, pois feita a escolha do objeto, as re-

A incerteza não significa propriamente uma indeterminação, mas uma determinação genérica. São obrigações de dar coisa incerta: entregar uma tonelada de trigo, um milhão de reais ou cem grosas de lápis. Nessas situações, a coisa é indicada tão-somente pelos caracteres gerais, por seu gênero. O que a lei pretende ao referir-se a coisa incerta é indicar a coisa indeterminada, mas suscetível de oportuna determinação.

gras aplicáveis serão as mesmas para a entrega de coisa certa.

Saliente-se oportunamente que o termo "gênero" contido no art. 243 do Código Civil¹², bem como em outros dispositivos do mesmo *Codex* e do Código de Processo Civil, há de ser interpretado à luz de sua origem romana, como alusão a um elemento dentre os existentes em um conjunto de iguais, e não sob a orientação das ciências biológicas, como grupo de espécies com características semelhantes.

Destaque-se encontrar-se em trâmite, no Congresso Nacional, projeto de lei que busca mudar a redação do artigo citado, alterando-se o termo "gênero" por "espécie". De fato, observa-se pertinência na alteração terminológica, pois hodiernamente, gênero, no enfoque das ciências em geral, é classificação bem mais ampla que espécie, e, como exposto nas justificativas do citado projeto¹³, nunca seria definido, muito embora se possa extrair do vocábulo contido no atual Código Civil, bem como no sistema anterior, a idéia de prestação genérica¹⁴.

4 O INCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E A TUTELA ESPECÍFICA

Na hipótese de adimplemento voluntário, pouca é a importância da classificação acima esposada, uma vez que não se observa a denomina-

da "crise no incumprimento da obrigação".

Dessarte, a celeuma surge quando do descumprimento da *obligatio*, indagando-se desde logo se há ou não possibilidade de execução forçada visando à entrega da coisa devida, ante a inexistência, em muitas hipóteses, de direito real a ser atribuído ao credor; pois, nesse caso, a resposta certamente será positiva, permitindo-se até mesmo que a coisa seja retirada da esfera de domínio de terceiros.

Assim, por exemplo, pelo contrato de compra e venda relativo a coisa certa, o vendedor não transfere desde logo o domínio; obriga-se apenas a transmiti-lo. Em tais condições, se o alienante não torna efetiva a obrigação assumida, deixando de entregar a *res* certa avençada, não pode o adquirente requerer-lhe a reivindicação. Falta-lhe o domínio, e sem esse requisito substancial não pode vingar a ação para a entrega da coisa vendida. Assiste-lhe tão-somente o direito de mover ação de indenização, a fim de ser ressarcido dos prejuízos que sofreu com a inexecução da obrigação¹⁵.

No mesmo sentido, destaque-se que a primeira impressão, obtida mediante processo de exegese exclusivamente literal, levaria a compactuar com tal solução, ante o teor do art. 1056 do Código Civil de 1916, cuja essência se manteve na redação do art. 389¹⁶ do atual diploma civil. Outrossim, com o passar do tempo, as correntes negativistas sofreram acentuado abalo.

Quando a execução é feita para satisfazer obrigação de entregar coisas devidas, em espécie ou genéricas, mas diferentes do dinheiro (...), o problema é resolvido mediante a busca da coisa devida no patrimônio do executado: se a coisa é encontrada, deve-se apreendê-la e entregá-la ao exequente; em caso contrário, esse meio executivo torna-se de realização impossível e, em seu lugar, proceder-se-á à execução pela obrigação subsidiária, que terá por objeto o valor da coisa e as perdas e danos, representados todos por quantia em dinheiro¹⁷.

Hodiernamente não se questiona que o melhor raciocínio a ser extraído do sistema leve a crer que a execução *in natura* só deverá ser substituída pelo equivalente pecuniário quando restar impossível seu adimplemento¹⁸, ou seja, entre outras hipóteses, haverá a obrigação de entregar o equivalente no caso de pere-

cimento culposo da coisa, ou ainda, na hipótese de alienação do bem a terceiro, desde que este esteja de boa-fé, a ser aferida no plano subjetivo.

Quando a coisa devida for coisa certa, e o devedor condenado por sentença a dar a coisa a tiver em seu poder, mediante o requerimento do credor, o juiz deve permitir-lhe que se apodere da mencionada coisa e dela tome posse. Nesse caso, não basta ao devedor oferecer o pagamento por perdas e danos que resultem do não-cumprimento de sua obrigação¹⁹.

Noutro prisma, defende-se que o portador de título executivo dotado da devida liquidez e certeza poderá, obedecendo ao comando insculpido nos arts. 621²⁰ e seguintes do Código de Processo Civil, executar judicialmente a prestação, compelindo o devedor ao pagamento; sendo lícito ao juiz cominar astreintes no próprio mandato citatório que faculta ao devedor o adimplemento da obrigação, mediante a entrega do objeto²¹, ou o depósito da coisa, caso pretenda opor embargos²²; hipótese que não permite o levantamento do objeto depositado até julgamento final dos embargos²³.

Saliente-se além disso que, no processo executivo, em caso de inércia do devedor, o juiz está autorizado²⁴ a emitir mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme a natureza do objeto; mesmo que a coisa esteja em poder de terceiro²⁵, sendo certo ainda que, em caso de perecimento do bem ou se houver ele sido validamente alienado e, por conseqüência, a prestação não possa ser adimplida *in natura*, far-se-á a conversão da obrigação em perdas e danos²⁶.

Qualquer execução específica pressupõe que a prestação a realizar coativamente é ainda possível, não se tendo extinto, conseqüentemente, a obrigação respectiva. Assim sendo, o Estado vai efetuar, à custa do devedor inadimplente e pelo prisma da responsabilidade patrimonial, a própria prestação em falta²⁷.

Já na execução para a entrega de coisa incerta, superada a crítica do termo "gênero", que há de ser lido como "espécie", interpretação esta iluminada pelas ciências naturais, deve-se analisar inicialmente a quem cabe a escolha²⁸ e, não constando do título que esta pertence ao credor, como já frisado, a norma prevê que tal direito potestativo será atribuído ao devedor. Num ou noutro caso, o juiz intimará a parte adversa para que impugne a eleição²⁹, após o que, se

não dispuser de meios para solucionar o conflito, deverá nomear perito.

A impugnação poderá versar, em princípio, acerca da inobservância da impossibilidade de escolha do pior elemento do conjunto, se realizada a escolha pelo devedor, e do melhor, caso o ônus seja do credor. Poder-se-á alegar ainda que a coisa não é objeto da obrigação.

Superada eventual crise na concentração, as regras a serem aplicadas são as mesmas que regem a entrega de coisa certa³⁰, raciocínio que não necessita de maior análise ante sua clareza. Por sua vez, a jurisprudência pátria não destoia do entendimento doutrinário majoritário que concorda com a possibilidade de concessão de tutela específica, merecendo destaque acórdão relatado pelo Desembargador Sérgio Cavaliere Filho:

*Obrigação de fazer [sic]. Tutela específica. Direito impostergável do consorciado de receber o veículo uma vez pago o preço. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer [sic], o juiz concederá a tutela específica da obrigação, determinando as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Assim, pago o valor do bem, é direito impostergável do consorciado de receber o veículo. A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de resultado prático correspondente. Reforma da sentença*³¹.

Há de considerar-se, por outro lado, que muitas vezes o credor não dispõe de título executivo, e, ao esperar-se do sistema que o processo substitua a vontade do devedor visando à entrega ao credor de tudo aquilo e tão-somente daquilo que lhe é de direito³², resta evidente que a tutela que confere ao autor o bem em si, ao invés [sic] do seu equivalente em pecúnia, deve merecer prioridade³³.

Buscando, então, uma maior eficácia do sistema, o legislador inseriu em maio de 2002, por meio da Lei n. 10.444, o art. 461-A³⁴ no texto do diploma processual civil, dispositivo este que compactua com a idéia do processo civil de resultados.

A tarefa principal do ordenamento jurídico é a de estabelecer uma eficaz tutela de direitos, no sentido de não apenas assegurá-los, mas também garantir sua satisfação.

O ordenamento será efetivo quando, vigente a lei, for ela espontaneamente acatada pelo destinatário, por encontrar correspondência na

realidade social; ou quando a atuação se der, coercitivamente, por medidas que substituam a atuação espontânea³⁵.

Importante inovação está na possibilidade dada ao magistrado de, não cumprida a obrigação pelo devedor no prazo fixado, determinar a busca e apreensão da coisa, nos casos de bens móveis, ou a imissão na posse, quando a prestação em litígio for bem imóvel.

Observa-se que, com o novo texto, não só o portador de título executivo extrajudicial poderá utilizar o aparato judiciário, seguindo o rito previsto no art. 621 e seguintes do Código de Processo Civil, mas também todo aquele que fizer jus a receber coisa certa, na medida em que será lícita eventual concessão antecipada dos efeitos da tutela jurisdicional postulada e sua execução dentro dos mesmos autos.

Questiona-se se seria cabível, neste último caso, o ajuizamento de embargos pelo devedor, uma vez que não se pode falar em processo de execução propriamente dito. Aparentemente, a solução mais coerente parece ser a que conduz a eventual defesa exclusivamente dentro dos próprios autos, em regra por meio de agravo de instrumento.

Analisando o art. 461 do Código de Processo Civil, na aplicação de cujos parágrafos se incluem as obrigações de dar coisa certa, leciona Kazuo Watanabe que dito artigo incorpora em si decisões de natureza mandamental e executiva *lato sensu*, ou mesmo as duas ao mesmo tempo, na medida em que, por meio de provimento mandamental, impõe-se uma ordem ao demandado sob pena de determinação de medidas coercitivas, sem prejuízo da execução específica, cujos atos executórios serão praticados dentro do mesmo processo, sem necessidade de execução autônoma³⁶, já que a sanção mandamental, por si só, não se encontra apta à realização do direito e, por isso, é denominada indireta³⁷.

No mesmo sentido discorre Eduardo Talamini, para quem foi eliminado o binômio "condenação-execução", devendo o juiz determinar a prática de todos os atos destinados à satisfação do direito dentro do mesmo processo³⁸.

Tal procedimento elimina, em princípio, a possibilidade de defesa por meio de embargos, e nesse sentido merece destaque ainda expressa previsão da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela

jurisdicional, mais uma vez negada a defesa tradicional por meio da via autônoma.

Destaque-se haver divergências quanto ao entendimento defendido, porquanto existe quem sustente que, *havendo compatibilidade e não se fazendo presente qualquer risco de ineficácia, a sentença terá natureza condenatória, sujeita, portanto, à execução ex intervallo e em ação autônoma*³⁹.

Não bastasse a simplificação da ritualística, o novo texto autoriza a adoção de medidas que visem forçar o devedor a adimplir sua obrigação, não se limitando ao clássico procedimento sub-rogatório adotado no processo executivo, uma vez que *cabe à técnica processual excogitar medidas substitutivas capazes de, prescindindo da vontade do obrigado, produzir a mesma situação jurídica final que ao credor era lícito esperar deste*⁴⁰.

Tem-se, por exemplo, que a intervenção judicial é medida atípica que também pode vir a ser adotada com base no art. 461, § 5º. Nos casos em que o bem imóvel abriga uma estrutura organizacional com amplitude e complexidade tais, que não é possível sua entrega imediata (é preciso retirar equipamentos de difícil desmonte e remoção ou matérias-primas que envolvam riscos, remanejar pessoal etc), o prazo para entrega voluntária do bem precisará obviamente ser amplo. No entanto, há o risco de o réu aproveitar-se disso para apenas ganhar tempo, não cumprindo o mandado de entrega. Nessa hipótese, seria razoável que o juiz incumbisse alguém de fiscalizar a atuação do réu, atribuindo à tal longa *manus* seus poderes suficientes para que possa verificar se o réu tem efetivamente adotado medidas para a desocupação do imóvel. Não é de descartar que, uma vez constatado que o réu não está tomando tais providências, o juiz nomeie um interventor apto a diretamente interferir na administração da estrutura interna do réu de modo que a ocupação ocorra⁴¹.

A possibilidade de cominação de astreintes, como previsto no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, é de grande valia, como na hipótese de obrigação de fazer impura, que traz consigo o dever de entregar ou ainda de impor à parte o cumprimento dos deveres laterais ou acessórios do contrato, como o ato de indicar a localização do bem que deva ser entregue.

Questiona-se aqui o que ocorrerá no caso de o valor da multa ultra-

(...) no processo executivo, em caso de inércia do devedor, o juiz está autorizado a emitir mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme a natureza do objeto; mesmo que a coisa esteja em poder de terceiro, sendo certo ainda que, em caso de perecimento do bem ou se houver ele sido validamente alienado e, por consequência, a prestação não possa ser adimplida *in natura*, far-se-á a conversão da obrigação em perdas e danos.

passar o valor da prestação, já que o sistema repudia o enriquecimento sem causa. Haveria o dever de entregar a coisa e ainda o de pagar a pena pecuniária ou converter-se-ia a obrigação automaticamente em perdas e danos, à luz do art. 389 do Código Civil?

Parece mais razoável pensar que o valor das astreintes seja visto num prisma autônomo, sob pena de descaracterizá-las; e, em consequência, a prestação, ou o equivalente, bem como as perdas e danos serão devidos com o acréscimo da multa⁴², porque *a pena pecuniária não é forma de reparar o prejuízo do credor, de sorte que não representa as perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação*⁴³, devendo-se considerar 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*⁴⁴.

*La condena no se calcula por el daño causado al acreedor por el retraso; no tiene carácter de indemnización. En general, será mucho mayor que el daño causado. Luego, jurídicamente, las constricciones no son daños y perjuicios, aun cuando en su mayoría las sentencias emplean esos términos (...) La condena tiene un carácter conminatorio. Es esencialmente una amenaza y no se incurre en ella sino cuando el deudor persiste en su negativa de cumplir*⁴⁵.

Indaga-se ainda se o limite da sanção prevista no art. 412 do Código Civil⁴⁶ poderia ser utilizado para restringir o valor da multa cominatória autorizada pelo sistema, pois, aparentemente, em razão dos distintos fundamentos que informam os institutos da cláusula penal e das astreintes, não poderia aquela ser invocada como parâmetro para a limitação desta.

Destaque-se que o valor pactuado a título de cláusula penal tem como fundamento precípua a liquidação a *forfait*, ou seja, a quantificação antecipada dos danos para a hipótese de inadimplemento, enquanto o *quantum* fixado como multa cominatória tem por escopo, pela via indireta, coagir o devedor ao adimplemento.

5 CONCLUSÕES

As obrigações são divididas em débito e responsabilidade; o primeiro consiste no dever imposto ao devedor de honrar seu compromisso jurídico e a segunda, na possibilidade conferida pelo sistema de garantir o pagamento por meio da invasão de seu patrimônio.

Merece ainda consideração a divisão das obrigações em coisa certa e incerta, sendo as últimas caracterizadas pela possibilidade de escolha de um ou mais bens dentre um conjunto de coisas semelhantes. Aliás, o termo “gênero” há de ser lido desse modo, e não à luz do seu conceito fixado pelas ciências naturais.

Uma vez feita a concentração, ou sendo o caso de obrigação de dar coisa certa, o devedor pode ser compelido à entrega desta, em espécie, e apenas excepcionalmente dever-se-á realizar a conversão em pecúnia.

A natureza jurídica da decisão que concede a tutela específica é executiva *lato sensu*, e os atos que impõem sanção na hipótese de não-cumprimento da ordem judicial possuem natureza mandamental.

O juiz está autorizado a tomar todas as medidas que entender necessárias para garantir o fiel cumprimento da obrigação, visto que não mais se aceita um processo civil que não propicie à parte tudo aquilo a que ela tem direito.

Dentre as medidas possíveis destaca-se a cominação de multa diária, visando constranger o devedor ao pagamento, a qual não se limita ao valor da prestação, dela se distinguindo por sua natureza coercitiva.

REFERÊNCIAS

- 1 CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Trad. de Frederico A. Paschoal. Campinas: Bookseller, 2002. p. 38.
- 2 GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 12.
- 3 DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*: introducción teoría del contrato. Madrid: Civitas, 1996. p. 39.
- 4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2. p. 16-17.
- 5 POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Trad. de Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001. p. 127-129.
- 6 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 78.
- 7 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 56.
- 8 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 96.
- 9 COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 618.
- 10 VENOSA, *op. cit.*, p. 96.
- 11 PEREIRA, *op. cit.*, p. 39.
- 12 Art. 243. A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.
- 13 Justificativa extraída do Projeto de Lei do Deputado Ricardo Fiúza: *À luz do Código Civil de 1916, o Professor Álvaro Villaça Azevedo já criticava a redação desses artigos, por utilizarem a palavra "gênero", observando que: melhor seria, entretanto, que tivesse dito o legislador: espécie e quantidade, não gênero e quantidade, pois a palavra gênero tem um sentido muito amplo. Considerando a terminologia do Código, por exemplo, cereal é gênero e feijão é espécie. Se, entretanto, alguém se obrigasse a entregar uma saca de cereal (quantidade: uma saca; gênero: cereal), essa obrigação seria impossível de cumprir-se, pois não se poderia saber qual dos cereais deveria ser o objeto da prestação jurídica. Nestes termos, é melhor dizer-se: espécie e quantidade. No exemplo supra, teríamos: quantidade (uma saca); espécie (de feijão). Dessa maneira que, aí, o objeto se torna determinável, desde que a qualidade seja posteriormente mostrada.*
- 14 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 28-30.
- 15 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*, 1ª parte: das modalidades, das obrigações, dos efeitos das obrigações, do inadimplemento das obrigações. Atual. Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58-59.
- 16 Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários do advogado.
- 17 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Araras: Bestbook, 2001. p. 271.
- 18 VENOSA, *op. cit.*, p. 91; RODRIGUES, *op. cit.*, p. 27.
- 19 POTHIER, *op. cit.*, p. 138.
- 20 Art. 621. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de dez dias, satisfazer a obrigação, ou, seguro o juízo, (art. 737, II), apresentar embargos. *Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo.*
- 21 Art. 624. Se o devedor entregar a coisa, lavar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta, de acordo com a sentença, tiver de prosseguir para o pagamento de frutos e ressarcimento de perdas e danos.
- 22 Art. 622. O devedor poderá depositar a coisa, em vez de entregá-la, quando quiser opor embargos.
- 23 Art. 623. Depositada a coisa, o exequente não poderá levantá-la antes do julgamento dos embargos.
- 24 Art. 625. Não sendo a coisa entregue ou depositada, nem admitidos embargos suspensivos da execução, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou de móvel.
- 25 Art. 626. Alienada a coisa quando já litigiosa, expedir-se-á mandado contra o terceiro adquirente, que somente será ouvido depois de depositá-la.
- 26 Art. 627. O credor tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando esta não lhe for entregue, se deteriorou, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente
- 27 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. v. 2. p. 463-464.
- 28 Art. 629. Quando a execução recair sobre coisas determinadas pelo gênero e quantidade, o devedor será citado para entregá-las individualizadas, se lhe couber a escolha; mas se essa couber ao credor, este a indicará na petição inicial.
- 29 Art. 630. Qualquer das partes poderá, em 48 (quarenta e oito) horas, impugnar a escolha feita pela outra, e o juiz decidirá de plano, ou, se necessário, ouvindo perito de sua nomeação.
- 30 Art. 631. Aplicar-se-á à execução para entrega de coisa incerta o estatuído na seção anterior.
- 31 TJRJ. 2ª Câmara Cível. AC 728/95. Cód. 95.001.00728. Rel. Des. Sérgio Cavaliere Filho. J. 4.4.1995. Com a devida vênia nos parece que o caso examinado não trata de obrigação de fazer, mas sim de obrigação que visa à entrega de coisa incerta na qual a escolha do bem pertence ao devedor, uma vez que a escolha do bem a ser entregue não pode ser classificada como um *facere*, mas sim como um dever acessório, sem o qual não haveria a possibilidade de existência dessa modalidade de *obligatio*.
- 32 Giuseppe Chiovenda é sempre lembrado pela doutrina não tanto por esse conceito, mas pela sua preocupação com um processo de resultados efetivos e práticos. É dele a máxima o *processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*.
- 33 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 14.
- 34 Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1.º *Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.* § 2.º *Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.* § 3.º *Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1.º a 6.º do artigo 461.*
- 35 BEDAQUE, José Roberto dos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 16.
- 36 WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. *Apud* Reforma do Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 43-44.
- 37 MARINONI, *op. cit.*, p. 42.
- 38 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer a não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 469.
- 39 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 151.
- 40 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 151.
- 41 TALAMINI, *op. cit.*, p. 472.
- 42 MARINONI, *op. cit.*, p. 190-191. Confira ainda o § 2º do art. 461 do Código de Processo Civil.
- 43 ALVIM, Arruda. Preceito cominatório. In: *I. São Paulo: RT, 2002, v. 1. p. 146.*
- 44 DINAMARCO, *op. cit.*, p. 151.
- 45 GAUDEMET, Eugene. *Teoría general de las obligaciones*. Trad. de Pablo Macedo. México: Porrúa, 1974. p. 376.
- 46 Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Artigo recebido em 30/12/2004.

ABSTRACT

The author refers to obligations and their classification into obligations to give both certain and uncertain thing, that, besides being inserted into a specific rule of the Civil Code, they are also systematized by the procedural area, as the text of the article 461-A of the Civil Procedure Code, introduced by Law n. 10,444/02.

He understands that debt and liability are part of the obligations; the former consisting of the duty imposed to the debtor to pay his juridical commitment, and the latter consisting of the possibility, offered by the system, to compel the debtor to fulfill the agreement, by taking over his assets, or even to repair damages.

At last, he concludes that the judge is truly authorized to take all necessary proceedings viewing at a due fulfillment of the obligation, among them the punitive daily penalty, which does not limit itself to the value of the installments, but rather differs from them in its coercive nature.

KEYWORDS – Civil Law; obligation to give thing – certain, uncertain; specific guardianship; disregard; civil penalty.

Marcos Jorge Catalan é Professor de Direito Civil da Universidade Paranaense, Advogado e Presidente da Associação de Defesa do Consumidor e do Meio Ambiente de Paranavai-PR.