

REFLEXÕES SOBRE A NOVA TUTELA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE ENTREGAR COISA CERTA OU INCERTA

Revista dos Tribunais | vol. 811 | p. 78 | Mai / 2003
Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 1 | p. 835 | Jun / 2011
DTR\2003\283

Marcelo José Magalhães Bonício

Mestre e doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo.

Área do Direito: Geral Sumário:

1.Introdução - 2.Características da tutela jurisdicional específica - 3.As ações para entrega de coisa certa - 4.Bibliografia

1. Introdução

A tutela jurisdicional prestada aos credores de obrigação de entregar coisa certa, ou coisa incerta, nunca mereceu grande atenção no sistema processual brasileiro. Tanto é assim que, até a entrada em vigor da Lei 8.953/94 (LGL\1994\80), o CPC, no art. 621, determinava que apenas o título executivo judicial é que poderia dar início à execução das obrigações de entregar, embora a jurisprudência admitisse, timidamente, que também através de um título executivo extrajudicial fosse possível iniciar este tipo de execução.¹

Com a redação dada ao art. 621 do CPC pela Lei 8.953/94 (LGL\1994\80), ficou ainda mais fácil para a jurisprudência passar a considerar que também o credor munido de título executivo extrajudicial pudesse iniciar imediatamente a execução, mas tanto este credor como aquele que obteve um título executivo judicial continuavam, de certa maneira, desamparados pelo sistema.

Este desamparo ocorria da seguinte forma: se o devedor, mesmo citado, não cumprisse a obrigação, seria expedido um mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, nos termos do disposto no art. 625 do CPC e, se mesmo assim não fosse possível a obtenção da coisa, cabia ao credor apenas a reparação em dinheiro, pelo equivalente, mais perdas e danos, conforme dispõe o art. 627 do mesmo diploma legal, exceto, obviamente, no caso de bens imóveis, pois o proprietário não perdia sua propriedade pelo simples fato de o possuidor se recusar a sair do imóvel.

O sistema era, então, bastante favorável ao devedor, que, se quisesse ficar com a coisa, ignorando a obrigação assumida, poderia se limitar a indenizar os prejuízos causados, frustrando totalmente a expectativa do credor. A reforma ocorrida no Código de Processo Civil, em maio de 2002, promovida pela Lei 10.444/2002 (LGL\2002\431), mudou radicalmente este cenário.

Em primeiro lugar, deu nova e esclarecedora redação ao disposto no art. 621 do CPC, que passou a disciplinar apenas as execuções amparadas em título executivo extrajudicial.

Depois, introduziu as regras constantes no art. 461-A, que passaram a cuidar das ações de conhecimento em que o autor pede a condenação do réu a entregar alguma coisa. Nesta nova configuração, a ação em que o autor pleiteia a entrega de determinada coisa foi transformada numa ação executiva *lato sensu*,² ou seja, uma ação em que a instauração de um processo de execução se afigura totalmente desnecessária, tal como ocorre com a ação de despejo, com as possessórias ou com o mandado de segurança. Nestes casos, não se fala em processo de execução, pois a satisfação da obrigação terá lugar na mesma relação jurídica instaurada inicialmente, ou seja, no mesmo processo de conhecimento.

Mas não é só, as obrigações de dar coisa certa agora são tratadas pelo sistema processual da mesma forma que as obrigações de fazer ou de não fazer, ou, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco, agora estão inseridas no "estatuto da execução específica", mas, como adverte o ilustre doutrinador, "somente no que há de útil e racional" neste estatuto.³

A possibilidade de antecipação de tutela exerce um papel importantíssimo neste quadro, não só para

REFLEXÕES SOBRE A NOVA TUTELA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE ENTREGAR COISA CERTA OU INCERTA

confirmar a desnecessidade de se instaurar um processo de execução mas, principalmente, para conferir efetividade às decisões judiciais, atribuindo, rapidamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem direito, conforme ensinou Chiovenda em clássica lição.⁴

Todas estas alterações, e as implicações decorrentes, serão tratadas pormenorizadamente nos itens seguintes.

2. Características da tutela jurisdicional específica

Tutela, em termos genéricos, é o amparo que se presta a alguém, e, quando prestada em juízo, chama-se tutela jurisdicional. Em certa medida é passível de crítica o costume de se falar em tutela de direitos, melhor seria falar em tutela de pessoas.⁵

O termo "tutela específica", no atual estágio da ciência processual, não significa apenas uma particularidade da tutela prestada, nem tampouco uma situação especial, mas sim um novo complexo de mecanismos legais que devem ser guiados por uma mentalidade igualmente nova, diferente daquela que costumamos observar no sistema processual clássico. Quando estes mecanismos são, de fato, guiados por uma mentalidade moderna, conseguem fornecer ao tutelado exatamente aquilo que ele busca, otimizando assim a prestação do serviço jurisdicional.⁶

Superando o longo período de influência que o disposto no art. 1.142 do CC francês exerceu, segundo o qual a vontade humana seria intangível, isto é, toda a obrigação de fazer ou de não fazer, se descumprida, poderia apenas gerar direito a uma indenização, o sistema brasileiro passou a dar maior atenção às situações em que o credor é melhor tutelado obtendo aquilo que ele deseja, aquele bem móvel ou imóvel ou aquela conduta, positiva ou negativa, acreditando, com razão, que a tutela específica é melhor do que as outras.⁷

Mas os sistemas legais, por si só, não bastam para oferecer um resultado eficaz. Antes de tudo, talvez até mesmo na ausência de regras, é preciso que aqueles que lidam com os mecanismos da justiça estejam conscientes dos papéis que assumiram e da necessidade de oferecer uma tutela justa aos que dela precisam, sem apego a velhos dogmas.

Provavelmente, o mais difícil problema a ser superado, no caso da tutela específica, é o do distanciamento que o juiz mantém das pretensões (do autor e do réu) postas em discussão, em nome da imparcialidade que o sistema lhe impõe.

O distanciamento, em si, não é um problema. A dificuldade está no exagero com que ele é utilizado.

Enrico Tullio Liebman ensina que o princípio dispositivo é uma das garantias de imparcialidade do juiz, pois deixa a cargo dos interessados toda a produção probatória, enquanto no sistema inquisitório, onde o juiz tem um maior poder na produção das provas, o risco de comprometimento da imparcialidade é muito maior.⁸ Mas a imparcialidade, ainda segundo Liebman, concordando com a opinião de Mauro Cappelletti, não está relacionada com o modo de exercer a função jurisdicional, ou, melhor explicando, a imparcialidade diz respeito à ação e ao direito afirmado pela parte, não, porém, ao processo e à justiça da decisão.⁹

Esta é uma análise bastante interessante do problema. No que diz respeito ao processo, o juiz não é e nem precisa ser imparcial; assim, ele está livre para exercer a sua função sem se preocupar em ser imparcial. Quanto à justiça da decisão, não é preciso lembrar que o juiz não pode ser imparcial no momento de proferir a sentença, pois neste momento ele mesmo já se convenceu de que alguma das partes tem razão e será legitimamente parcial em seu julgamento.

Portanto, a exigência de imparcialidade, que é o argumento normalmente usado para justificar o excessivo distanciamento do juiz, não pode tornar tímida a atuação deste, principalmente quando o autor pleiteia uma tutela específica. A necessidade de que o réu pratique uma determinada conduta ou entregue um determinado bem exige do juiz muito mais do que a simples concessão de uma liminar, em tutela antecipada ou em alguma medida cautelar. Ele deverá estar atento para determinar a remoção de pessoas ou coisas que porventura impeçam o cumprimento da ordem (art. 461, § 6.º), ou então para impor multa diária que seja adequada para compelir o réu a cumprir a obrigação (art. 461, § 4.º), entre outras possibilidades que a lei lhe faculta.

3. As ações para entrega de coisa certa

3.1 Ação de execução por título executivo extrajudicial

A primeira delas, e talvez a mais comum, é a ação daquele que possui título executivo extrajudicial e que poderá se valer das novas regras inseridas no art. 621 do CPC.

O devedor terá dez dias para opor embargos, após a citação, desde que apresente a coisa que deve ser entregue e a deixe em depósito, como garantia do juízo, tal como exige o disposto no art. 737, II, do CPC, mas, como se sabe, neste tipo de execução a possibilidade de embargos é muito restrita. Não há valores a serem discutidos e, assim, a hipótese de embargos fica mesmo restrita ao disposto no art. 744 do CPC, segundo o qual, "na execução para entrega de coisa (art. 621), é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias".

Fiel ao espírito das reformas, o legislador deixou claro que somente na execução por título executivo extrajudicial para entrega de coisa é que será possível a apresentação de embargos, isso porque, nas ações de conhecimento que tenham o mesmo objetivo, simplesmente não há processo de execução; logo, não há campo para embargos, muito menos os de retenção por benfeitorias.

No par. ún. do art. 621 o legislador possibilitou ao juiz que, mesmo no caso de execução por título extrajudicial, fixe multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação. O valor da multa, ainda segundo a lei, poderá ser aumentada ou diminuída, caso se revele insuficiente ou excessivo.

Este foi, sem dúvida, um grande avanço no sentido da efetividade da tutela jurisdicional, mas o legislador não concedeu ao juiz nenhum outro poder neste caso, preferindo deixar a tutela daquele que possui um título extrajudicial mais tímida do que a tutela oferecida nas hipóteses em que o credor não possui um título executivo judicial.

Assim, por exemplo, no caso de execução por título extrajudicial, o juiz pode aplicar multa, mas não pode ordenar a remoção de pessoas ou coisas na forma prevista no § 5.º do art. 461.

Em certa medida, é justo pensar que a tutela jurisdicional, no caso da ação de conhecimento em que o autor pede a condenação do réu a entregar coisa certa, é melhor do que a tutela daquele que possui título executivo extrajudicial, assim como, sem sombra de dúvida, é melhor a tutela prestada ao autor na ação em que este pede a condenação do réu a fazer alguma coisa do que a tutela prestada ao credor de uma obrigação de fazer que possui título executivo extrajudicial. Neste caso, caberá ao credor resignar-se com a conversão em pecúnia, caso o devedor não queira cumprir a obrigação, conforme dispõe o art. 633 do CPC, enquanto, se se tratar da ação de conhecimento prevista no art. 461 do mesmo código, o credor contará com um poderoso conjunto de medidas que estão ao alcance do juiz para o efetivo cumprimento da obrigação.

Se é melhor a tutela jurisdicional prestada àquele que não tem título extrajudicial, então é o caso de indagarmos se, mesmo com o título extrajudicial em mãos, o credor não poderia utilizar a via da ação de conhecimento. Seria interessante a discussão que surgiria neste caso, pois o réu teria dificuldades em argüir a falta de interesse de agir do credor que, portando um título executivo extrajudicial, preferisse a ação de conhecimento, sendo esta, evidentemente, mais efetiva do que a outra. Enquanto no caso da execução por título extrajudicial o sistema logo se conforma com a conversão em pecúnia, na tutela prevista no art. 461 esta conversão dificilmente ocorrerá.

3.2 Ação de conhecimento condenatória

Nas novas regras que estão no art. 461-A do CPC o legislador inovou verdadeiramente, ao tratar da tutela que deve ser dada àqueles que buscam a condenação do devedor a entregar determinada coisa.

Adotando a terminologia usual na doutrina, chamou de tutela específica aquela prestada nestes casos (art. 461-A, *caput*) e tratou, logo no § 1.º do dispositivo mencionado, de determinar que o credor deve individualizar a coisa pretendida na petição inicial, se lhe couber a escolha, mas, se tal escolha couber ao devedor, esta a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

O mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se trate, respectivamente, de coisa móvel ou imóvel, será expedido imediatamente após o prazo fixado pelo juiz para o adimplemento da obrigação (§ 2.º do art. 461-A). Convém lembrar que o juiz pode conceder a tutela antecipada neste caso, de maneira que o prazo para cumprimento da obrigação de entregar coisa

REFLEXÕES SOBRE A NOVA TUTELA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE ENTREGAR COISA CERTA OU INCERTA

certa pode ser fixado logo no início do processo.

Mas a verdadeira e radical mudança está mesmo na nova regra inserida no § 3.º do mencionado art. 461-A, segundo a qual todas as disposições aplicáveis à tutela das obrigações de fazer ou de não fazer devem ser utilizadas, também, na tutela relativa às obrigações de entregar coisa certa.

Com isso o sistema abandonou o antigo apego que tinha ao dogma da intangibilidade da vontade humana, tal como já havia feito na tutela das obrigações de fazer e de não fazer, conferindo, assim, mais efetividade ao processo.

3.2.1 Sentença mandamental

Outra mudança importante não está expressa na lei, mas decorre naturalmente da opção feita pelo legislador. A sentença, no caso de ação de conhecimento que tenha a finalidade de condenar o réu a entregar alguma coisa (ou de fazer ou não fazer), agora é portadora de uma ordem que deve ser cumprida no prazo fixado nesta sentença.

Não há necessidade de o credor, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, instaurar um processo de execução, tal como era exigido pelo sistema antes da reforma (v. a redação antiga do art. 621 do CPC).

É essa a grande vantagem da sentença de cunho mandamental, a "imediatidade entre seu momento de eficácia e a execução".¹⁰ Esta imediatidade existe porque não será preciso instaurar um novo processo de execução e, em decorrência, a satisfação do direito do credor será buscada na mesma relação jurídica do processo de conhecimento, tal como ocorre na ação de despejo, no mandando de segurança ou na ação de reintegração de posse.¹¹

3.2.2 Providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento

No *caput* do art. 461 do CPC o legislador inseriu uma regra extremamente proveitosa, segundo a qual, se procedente o pedido de condenação do réu a fazer ou não fazer, caso persista o inadimplemento, o juiz poderá adotar um resultado prático que seja equivalente ao adimplemento.

Cândido Rangel Dinamarco apresenta o seguinte exemplo: se uma casa noturna é condenada a reduzir o volume do som, mas insiste em manter o mesmo nível considerado incomodativo, o juiz pode e deve agir, emitindo outros comandos que assegurem a efetivação do primeiro, mesmo que não tenham sido pedidos na inicial ou que simplesmente não constem na sentença (duas transgressões ao clássico sistema processual, mas que são perfeitamente legítimas, nos termos da lição do mesmo doutrinador). Assim, no primeiro momento o juiz pode determinar que o oficial de justiça vá ao local e diminua o volume do aparelho. Se o volume for aumentado posteriormente, o juiz pode ordenar a retirada do aparelho de som e, finalmente, se persistir o barulho, a casa noturna pode ser fechada.¹²

Todavia, esta regra não pode ser aplicada na tutela das obrigações de entrega de coisa. Em primeiro lugar, a reforma permitiu a aplicação do estatuto da execução específica apenas quanto ao disposto nos §§ 1.º ao 6.º do art. 461. Portanto, considerando que a regra que permite a adoção de resultado prático equivalente está no *caput* do dispositivo legal, é óbvio que ela não pode ser aplicada.

Além disso, tendo em vista que a tutela específica, como o próprio nome já diz, busca alcançar um determinado resultado, o qual, aliás, está previsto na lei (o adimplemento da obrigação), seria uma contradição oferecer ao autor que pleiteou a entrega de uma determinada coisa uma outra coisa qualquer que fosse praticamente a mesma coisa. Ora, essa possibilidade apenas faz sentido quando se trata de uma obrigação de fazer, mas não pode ser aplicada na tutela das obrigações de entregar coisa certa, mesmo porque não se trataria, então, de tutela específica, pois não estaria voltada para a obtenção daquela coisa que o autor mencionou na petição inicial.

3.2.3 As medidas necessárias para obtenção do resultado

Com exceção da regra que permite a adoção de um resultado prático equivalente, como já foi visto, todas as demais regras do estatuto da execução específica podem e devem ser utilizadas no caso da tutela das obrigações de entrega de coisa certa.

**REFLEXÕES SOBRE A NOVA TUTELA RELATIVA ÀS
OBRIGAÇÕES DE ENTREGAR COISA CERTA OU
INCERTA**

A possibilidade de concessão de tutela antecipada, no estatuto da execução específica, é mais fácil do que no processo convencional. Enquanto no art. 461, § 3.º, as exigências para a concessão de tutela antecipada são apenas duas (relevância do fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final), no art. 273 as exigências são bem maiores (prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou caracterização do abuso de direito de defesa).¹³

Portanto, preenchidos os requisitos do art. 461, § 3.º, nada impede que, no caso das obrigações de entrega de coisa certa, o juiz possa conceder a tutela específica e antecipada para fazer com que o réu entregue, imediatamente, a coisa pretendida pelo autor. Imaginemos que alguém compra um eletrodoméstico em uma loja, a qual fica de entregar-lhe o produto em cinco dias. Escoado este prazo, se não ocorrer a entrega, o consumidor pode exigir, até mesmo nos juizados especiais, a imediata entrega da coisa pretendida, com fundamento nas regras do estatuto da execução específica.

As multas periódicas constituem, por seu turno, ferramenta importante para influir psicologicamente na vontade do réu, fazendo com que ele ache mais interessante cumprir a ordem judicial do que insistir em não cumprir a obrigação assumida, seja ela de fazer, de não fazer ou de entregar uma determinada coisa.

Nos termos do disposto no art. 287 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.444/2002 (LGL\2002\431), o autor pode pedir a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da ordem fixada em decisão interlocutória (tutela antecipada) ou na sentença. Em resumo, as regras previstas no art. 287 e nos §§ 2.º, 4.º, 5.º e 6.º do art. 461 determinam que a multa é independente da obrigação de reparar as perdas e danos porventura existentes, pode ser pedida pelo autor ou concedida de ofício pelo juiz, o qual terá ampla liberdade para modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.¹⁴

A regra prevista no § 5.º do art. 461 encerra as mais drásticas medidas que podem ser adotadas pelo juiz para o cumprimento da ordem fixada em decisão interlocutória (tutela antecipada) ou na sentença. Segundo a regra mencionada, o juiz pode, de ofício ou a requerimento, determinar a busca e apreensão ou a remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. Está claro que o rol fixado na lei não é taxativo, mas exemplificativo, permitindo-se ao juiz, no caso concreto, adotar uma outra medida qualquer, desde que condizente com a ordem jurídica e social, para o efetivo cumprimento de sua decisão.

Assim, as regras previstas no art. 461 do CPC (o "estatuto da execução específica") estenderam-se agora às obrigações de entrega de coisa, mas, no futuro, nada impede que possam servir para atender outras necessidades, constituindo, portanto, um núcleo de regras perfeitamente permeável a futuras novas aplicações.

4. Bibliografia

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. Segunda série.

_____. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. Sétima série.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale*. reimpressão. Milano: Giuffrè, 1993. 3 vols.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 3 vols.

_____. "Tutela jurisdicional". São Paulo, RePro 81/54 (DTR\1996\75).

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998. t. I e II.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

**REFLEXÕES SOBRE A NOVA TUTELA RELATIVA ÀS
OBRIGAÇÕES DE ENTREGAR COISA CERTA OU
INCERTA**

- _____. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Torino: Giappichelli, 2000. 3 vols.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil (LGL1973\5) e legislação processual em vigor*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1999. 3 vols.
- SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: Cedam, 2000.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação de imissão de posse*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil (LGL1973\5)*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

(1) NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. p. 700. O Código de Processo Civil de 1939 era explícito ao disciplinar, no art. 381, as hipóteses em que os credores de obrigação de entrega de coisa seriam tutelados. Antes desta regra, que não foi repetida no código atual, constava, nas Ordenações Filipinas, autorização para tomada de posse "extrajudicial" quando não houvesse oposição (Liv. 4.º, Tít. 58, §§ 3.º e 4.º). Há notícia de institutos similares na Roma antiga, chamados *adipiscendae possessionis*, conforme observa Ovídio A. Baptista da Silva, *Ação de imissão de posse*, p. 90 e 135. Conforme dispõe o art. 612 do Código de Processo Civil italiano, somente através de sentença é que é possível a execução das obrigações de fazer ou de não fazer (nesse sentido, Enrico Redenti, *Diritto processuale civile*, vol. 3, p. 385). No direito espanhol, segundo ensina Jaime Guasp, mesmo que a lei não trate explicitamente deste tema, admite-se a execução por título extrajudicial (*Derecho procesal civil*, t. I, p. 735). No direito português admite-se o título extrajudicial, segundo consta no art. 928 do Código de Processo Civil daquele país.

(2) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. 2, p. 146; vol. 3, p. 242. Ensina Andrea Proto Pisani que, nas execuções específicas, o objeto da execução coincide com o objeto da obrigação fixada no direito material (*Lezioni di diritto processuale civile*. p. 807) e, esta observação será bastante útil para a compreensão do tema ora tratado.

(3) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. p. 245.

(4) CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. vol. 2, p. 101.

(5) DINAMARCO, Cândido Rangel. "Tutela jurisdicional", p. 61.

(6) "De fato, o próprio conceito de tutela específica (...) é praticamente coincidente com a idéia de utilidade das decisões, dado que naquela primeira a atividade tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento" (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. p. 59). Ensina Enrico Redenti, no mesmo sentido da opinião de Flávio Luiz Yarshell, que, na execução específica, ao contrário do que ocorre na execução por expropriação, "non si ravvisa o non emerge quella distinzione fra attività strumentali

REFLEXÕES SOBRE A NOVA TUTELA RELATIVA ÀS
OBRIGAÇÕES DE ENTREGAR COISA CERTA OU
INCERTA

e atti o provvedimenti soddisfattivi" (*Diritto processuale civile*. vol. 3, p. 386). Acertadamente, Andrea Proto Pisani define a tutela específica como sendo "quella tutela diretta a fare conseguire al titolare del diritto quelle stesse utilità garantitegli dalla legge (o dal contratto) e non utilità equivalenti (*Lezioni di diritto processuale civile*. p. 814).

(7) "Não há dúvida de que a tutela específica é superior e deve ser preferida, sempre que possível, a qualquer outra forma. O que o ordenamento quer é que os deveres e obrigações se cumpram tais quais são" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. Segunda série, p. 31-32). Para uma análise mais profunda das diferenças existentes entre a tutela meramente indenizatória e a tutela específica, v. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 813. Todavia, no direito espanhol, tanto as obrigações de fazer e de não fazer (chamadas *ejecución satisfactiva*) como as de entregar determinada coisa (chamadas *ejecución transformativa*), se descumpridas, geram apenas direito à indenização, conforme ensina Jaime Guasp (*Derecho procesal civil*. t. I, p. 736 e 742). Assim também ocorre no direito português, segundo consta nos arts. 931 e 934 do Código de Processo Civil daquele país. No Uruguai, Eduardo J. Couture já criticava, em sua clássica obra, o sistema legal daquele país, que, ao menos naquela época, se contentava com a imediata conversão em perdas e danos, caso a obrigação de fazer, não fazer ou de entregar fosse descumprida (*Fundamentos del derecho procesal civil*. p. 460).

(8) LIEBMAN, Enrico Tullio. "Fundamento del principio dispositivo". *Problemi del processo civile*. esp. p. 13. Sobre o tema, mais amplamente, v. José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*; Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil*; e Pedro Ferreira Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*.

(9) Enrico Tullio Liebman, op. cit. p. 13-14.

(10) São palavras de Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 230. A existência de uma sentença de cunho mandamental, defendida por Pontes de Miranda, é um tema "sempre sujeito a muitas divergências e oposições" (idem, *ibidem*). Para um exame crítico e atual da opinião de Pontes de Miranda, v. José Carlos Barbosa Moreira, "A sentença mandamental - Da Alemanha ao Brasil", *Temas de direito processual civil*, sétima série, p. 53.

(11) Cândido Rangel Dinamarco entende que "há boas razões para mitigar ainda mais a clássica dualidade representada pelos dois processos destinados a dirimir um só conflito, fazendo crescer o número das chamadas ações executivas *lato sensu* ou mesmo invertendo todo o sistema para que passe a ser regra geral a unidade do processo, com meras fases de conhecimento e de execução", *Instituições de direito processual civil*, vol. 3, p. 246. Mais amplamente, sobre a distinção entre ação de conhecimento e ação de execução, v. Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, esp. p. 37.

(12) *A reforma da reforma*. p. 227-228. Curiosamente, no direito italiano, segundo dispõe o art. 2.933 do CC, a única limitação na execução das obrigações de não fazer é que a destruição daquilo que foi feito não pode ocorrer quando prejudicar a economia nacional (Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*. p. 714).

(13) Mas, como observa Cândido Rangel Dinamarco, "as diferenças de redação entre o art. 461 e o art. 273 não infirmam a integração da tutela específica antecipada na categoria mais ampla da tutela jurisdicional antecipada" (*A reforma da reforma*, p. 234). Sobre o tema, v. a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, p. 75.

(14) "Já se vinha entendendo, no âmbito da jurisprudência e da doutrina, que o juiz poderia, de ofício, alterar o valor da multa. A regra é a de que, desempenhando a multa o papel de levar o réu a cumprir a obrigação, esta não deve ser ínfima, sob pena de não representar pressão alguma, nem exagerada, a ponto de, somadas as parcelas devidas, ter-se um *quantum* superior ao patrimônio do devedor, o que faz com que a pena pecuniária também deixe de significar uma ameaça, levando o réu a cumprir espontaneamente a obrigação tal como anteriormente avençada. O valor da obrigação, portanto, não desempenha papel de parâmetro (= limite máximo) para a fixação do valor da multa" (Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 112-113).