

IMPOSSIBILIDADE DE TUTELA PELO EQUIVALENTE EM PECÚNIA QUANDO A OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DE ENTREGA DE COISA PODE SER TUTELADA NA FORMA ESPECÍFICA

Soluções Práticas - Marinoni | vol. 1 | p. 89 | Out / 2011
DTR\2012\146

Luiz Guilherme Marinoni

Pós-Doutorado pela Universidade Estatal de Milão, Itália e pela Columbia University Law of School, EUA. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Ex-Procurador da República. Advogado e parecerista.

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: Recurso especial não admitido. Interposição de agravo de instrumento. Cabimento de cautelar para suspender os efeitos da decisão exequenda. Competência do STJ. Obrigação de entregar coisa certa. Exigência do equivalente em dinheiro. Devedor que não foi obrigado judicialmente a entregar a coisa. Novação objetiva unilateral. Impossibilidade de prestação de tutela pelo equivalente em pecúnia.

Palavras-chave: Recurso especial - Agravo de instrumento - Ação cautelar - Suspensão da execução - Tutela pelo equivalente - Tutela específica da obrigação de entregar coisa.

Abstract: Special appeal not admitted. Filing of interlocutory appeal. Place for preliminary injunction to suspend the effects of the executed decision. Jurisdiction of the Superior Court of Justice. Obligation to deliver the right thing. Equivalent in cash requirement. Debtor was not legally obliged to deliver the thing. Unilateral lens novation. Inability to provide custody by the pecuniary equivalent.

Keywords: Special appeal - Interlocutory appeal - Preventive action - Stay of execution - Trusteeship for the equivalent - Specific protection of the obligation to deliver something.

Sumário:

1.Da consulta - 2.Do cabimento da cautelar e da competência do STJ - 3.Da impossibilidade de se exigir prestação pelo equivalente monetário quando o devedor não foi instado judicialmente a entregar a coisa - 4.Conclusões

1. Da consulta

A Isdralit, mediante os seus ilustres advogados, consulta-nos acerca do caso que se passa a expor.

A Isdralit e o Gboex firmaram contrato de promessa de compra e venda, no qual o segundo se comprometeu a vender terreno situado na Rua dos Andradas (Porto Alegre), com projeto já aprovado, para a construção do Edifício Gboex, com a área de 32.921,74 m², e a primeira se obrigou à prestação de entregar 25% da área edificada (coisa certa e determinada). O acórdão recorrido reconheceu que o Gboex admite que recebeu 25% da área projetada, nada tendo a reclamar quanto a isto. O que gerou a ação, segundo o Gboex, foi o fato de a consulente ter alterado o projeto inicial de construção, aumentando a área do prédio, sem entregar ao Gboex 25% da área edificada a mais. Com a alteração do projeto, a requerente teria passado a ser devedora da obrigação de entregar coisa certa consistente em 25% da área acrescida ao edifício, e o Gboex, conseqüentemente, seu credor.

A despeito da evidente natureza da obrigação pactuada, a 17.ª Câm. Civ. do TJRS, ao julgar a ApCiv 599.350.733, autorizou a cobrança de perdas e danos em substituição à obrigação específica (de entrega de coisa certa) da requerente.

Inconformada, a requerente interpôs recurso especial, que não foi admitido. Tornou-se, então, imperiosa a necessidade de agravo de instrumento, o qual ainda tramita no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apesar de ter sido interposto há quatro meses.

A consulente pretende propor ação cautelar para evitar iminente execução, e, assim, faz as seguintes indagações:

ESPECÍFICA

- a) Cabe ação cautelar quando o recurso especial não foi admitido e pende agravo de instrumento?
- b) Quem tem competência para conhecê-la?
- c) É possível exigir tutela específica pelo equivalente em dinheiro quando a prestação obrigacional na forma específica não chegou a ser negada diante da decisão final proferida no processo de conhecimento?

2. Do cabimento da cautelar e da competência do STJ

O Gboex, credor de uma obrigação de entregar coisa certa (existente e possível de ser entregue), está a exigir da consulente, mediante execução provisória, o equivalente em dinheiro ao valor da obrigação. Frise-se que a consulente negou, desde a apresentação da sua contestação, a possibilidade de se transformar obrigação de entregar coisa certa em obrigação de pagar quantia.

Contudo, o acórdão impugnado por meio do recurso especial entendeu que o credor tem a opção de exigir pagamento de soma em dinheiro no caso em que possui crédito de obrigação de entrega de coisa certa. Eis a sua ementa:

“II – Não se declara a carência, seja por impropriedade da ação, seja por exigência de prestação contratual diversa, se a inicial, descrevendo inadimplemento de obrigação de entrega proporcional de área construída como preço integrante de negócio comercial mais amplo, pede o equivalente em dinheiro, pois a opção é do credor, na forma do art. 867 do CCB” (acórdão, TJRS, ApCiv 599.350.733).

O Gboex deu preferência ao pedido de pagamento de soma em dinheiro apenas para “superfaturar” o valor da obrigação. Com efeito, o Gboex está executando provisoriamente a quantia de aproximadamente R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), ao passo que a coisa devida não passa do valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais). Em termos mais claros: o Gboex pretende ganhar, em virtude da propositura da ação, perto de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais), impondo à consulente um aberrante e inacreditável prejuízo.

Na referida execução provisória, o Gboex já penhorou inúmeros imóveis de propriedade da consulente. Acontece que, diante das recentes alterações no regime da execução provisória, tais imóveis poderão ser objeto de alienação.

Como o recurso especial não possui efeito suspensivo, não há alternativa, para impedir a alienação dos imóveis de propriedade da consulente a não ser o uso da ação cautelar. O uso desta ação é permitido pelo Regimento Interno do STJ (art. 288) e é considerado totalmente viável nos casos em que dano grave pode ocorrer durante o tempo de processamento do especial.

O STJ, aliás, tem ressaltado a imprescindibilidade da tutela cautelar nos casos em que se teme indevida invasão do patrimônio do recorrente:

“(…) 2. A adoção de medidas cautelares (inclusive as *liminares inaudita altera pars*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. Portanto, o poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida.

3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora e fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

4. Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no tribunal *a quo* e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância.

5. Há, em favor da requerente/agravada, a fumaça do bom direito (reiteradas decisões desta Corte confirmam a tese abraçada em tal situação) e é evidente o perigo da demora (a imediata execução

**IMPOSSIBILIDADE DE TUTELA PELO EQUIVALENTE EM
PECÚNIA QUANDO A OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DE
ENTREGA DE COISA PODE SER TUTELADA NA FORMA**

do *decisum a quo*, determinando-se a penhora na empresa, com prejuízos incalculáveis à mesma).

6. Tais elementos, por si sós, dentro de uma análise superficial da matéria, no juízo de apreciação de medidas cautelares, caracterizam a aparência do bom direito.

7. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

8. Agravo regimental improvido". (STJ, AgRg em MC 4205/MG (JRP\2002\2128), rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* 04.03.2002, p. 271)

É evidente que o fato de o recurso especial não ter sido admitido não retira da consulente o direito à tutela cautelar destinada a impedir a produção de dano grave durante o tempo do processo. É que contra a decisão que não admitiu o especial foi interposto agravo de instrumento e esse, como é curial, tem por objetivo justamente viabilizar o seu conhecimento e julgamento, o qual, caso não deferido o efeito suspensivo, poderá reconhecer o direito da recorrente, mas jamais impedir que grave dano lhe seja imposto.

Supor que a cautelar não é admissível no caso de juízo negativo de admissibilidade, e que assim a cautelar não pode ser usada quando interposto agravo de instrumento, é o mesmo que concluir que o juízo de inadmissibilidade não pode ser modificado em sede de cautelar, ou que o *fumus boni iuris* da cautelar não pode ser objeto de juízo diverso ao do que foi feito quando se decidiu pela inadmissibilidade do recurso. Entretanto, assim como o STJ pode, dando provimento ao agravo de instrumento, modificar a decisão de inadmissibilidade, ele pode entender estar presente o *fumus boni iuris*.¹

De modo que a única dúvida que poderia existir seria relativa ao tema da competência. Acontece que o STJ não só vem entendendo ser competente para suspender a execução de acórdão que sequer foi ainda publicado, como também ter competência para dar efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido.

Eis o entendimento da Corte:

"Cautelar – Recurso Especial. Possibilidade, em tese, de ser concedida a suspensão da execução de ato judicial, mesmo não interposto ainda o especial, uma vez não publicado o acórdão. A ser de modo diverso não haveria tribunal competente para tutelar o direito ameaçado". (STJ, MC 488/PB, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 19.08.1996)

(...)

"1. É possível a concessão de medida cautelar, para suspender execução de decisão judicial sem trânsito em julgado. Verificados o perigo de lesão irreversível e a aparência do bom direito, é irrelevante a circunstância de o recurso especial ainda não ter sido interposto ou estar à espera do juízo de admissibilidade.

2. Já se fez tradição, na jurisprudência brasileira, a concessão de medida cautelar, para que estudantes envolvidos em processos judiciais não tenham seus cursos interrompidos". (STJ, MC 444/PR, rel. Min. Gomes de Barros, *DJU* 30.09.1996)

(...)

"Medida cautelar – Efeito suspensivo a recurso especial – Perigo de intervenção estadual nos negócios de município – Recurso ainda não submetido ao juízo de admissibilidade. 1. Constatado o perigo de intervenção estadual imediata nos negócios do Município e arguida a incompetência do Tribunal, para apreciar questões relacionadas com o pagamento de precatório, justifica-se a adoção de medida cautelar, para emprestar efeito suspensivo a recurso especial. 2. A circunstância de o recurso especial ainda não haver passado pelo juízo de admissibilidade não torna impossível a medida cautelar". (STJ, MC 311/SP, 1.ª T., j. 08.11.1995, rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

Aliás, em decisão proferida na Medida Cautelar 5211, o STJ decidiu ser possível conceder efeito suspensivo em face de agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de recurso

ESPECÍFICA

especial. Eis o teor de despacho do Ministro-Presidente:

“(...) defiro em parte a liminar, *ad referendum* da turma julgadora, para impedir o afastamento do prefeito até apreciação nesta corte do agravo de instrumento interposto, mantidas as determinações de quebra de sigilo bancário e fiscal, bem como da indisponibilidade de bens do requerente aguardando publicação” (STJ, MC 5211, decisão de 03.07.2002)

Em relação à decisão que acaba de ser mencionada, o *Informativo* do STJ, devidamente publicado na *internet* no site www.stj.gov.br, esclarece o seguinte:

“O Juízo de primeiro grau acolheu liminarmente o pedido do MP-PR determinando a quebra dos sigilos bancário e fiscal e a indisponibilidade dos bens de todos os acusados. O Juízo também determinou o afastamento temporário do prefeito do cargo. Djalma Santos recorreu ao Tribunal de Justiça estadual com um agravo de instrumento (tipo de recurso) para suspender seu afastamento da Prefeitura e a quebra dos sigilos, bem como a indisponibilidade de seus bens. O Tribunal de Justiça do Paraná manteve a decisão de primeiro grau. Com isso, o prefeito interpôs um recurso especial para levar a questão a julgamento pelo STJ. O Tribunal de Justiça do Paraná não autorizou a subida do recurso especial para o STJ. Por isso, o prefeito entrou com outro agravo tentando a subida do recurso especial. O agravo ainda não foi processado pelo Tribunal de Justiça do Paraná por causa das férias forenses. Com a previsão da demora do julgamento do agravo, que será remetido pelo Tribunal de Justiça do Paraná para o STJ, Djalma Santos também entrou com uma medida cautelar com um pedido de liminar afirmando que ‘a natural demora na apreciação e julgamento do agravo causará dano irreparável ao autor consistente no seu indevido afastamento da função de prefeito’”. (*Informativo STJ*).

A consulente não pode se dar ao luxo de esperar por uma decisão no agravo, sendo absolutamente necessária a tutela cautelar, única capaz de impedir a prática de atos mais agressivos na execução provisória já iniciada pelo Gboex. Notadamente quando estes atos poderão levar a que sejam alienados imóveis de grande valor situados em região central, e extremamente valorizada, de Porto Alegre.

3. Da impossibilidade de se exigir prestação pelo equivalente monetário quando o devedor não foi instado judicialmente a entregar a coisa

Negou-se seguimento ao recurso especial interposto sob o fundamento de que a pretensão recursal centrava-se na reapreciação de elementos fáticos. Não obstante, o recurso especial não exige a reapreciação de fatos. Ao contrário, busca-se tão somente adequar a prestação jurisdicional ao verdadeiro sentido da norma federal aplicável. Trata-se de matéria exclusivamente de direito.

Como dito no recurso especial, ocorreu violação (entre outros) dos arts. 863 e 867 do CC/1916 e 621 do CPC. A questão a ser dirimida pelo STJ, assim, cinge-se à correta interpretação destes dispositivos. Com a adequada exegese de tais artigos, torna-se incontestado o direito da requerente.

O acórdão objeto do recurso especial, ao admitir a possibilidade de o Gboex pleitear soma em dinheiro em vez de entrega de coisa certa, disse o seguinte:

“Não percebo qualquer óbice juridicamente válido a pretensão do autor em converter obrigação específica em perdas e danos, à medida que, em tese, foi deduzido o descumprimento da avença por culpa da demandada, pois esta deveria ter denunciado àquele a alteração do projeto e o aumento de área verificado para a partilha na forma do ajuste. Assim, admitida a possível demonstração dos fatos, incide o disposto pelo art. 867 do CC/1916 que remete ao credor optar pela coisa ou pelo seu equivalente, pois na ordem econômica, tudo é redutível ao padrão monetário”. (TJRS, ApCiv 599.350.733)

Como se vê, a questão é bastante simples. Tudo gira em torno de se saber se o credor pode exigir dinheiro, no lugar da coisa certa devida, quando esta não foi negada pelo devedor em processo jurisdicional (em virtude de citação para entrega da coisa). Ou se o simples inadimplemento contratual, fora do processo jurisdicional e no plano apenas das relações de direito substancial, configura a “culpa” prevista no art. 867 do CC/1916, que segundo o acórdão recorrido permitiria ao “credor optar pela coisa ou pelo seu equivalente”.

O presente negócio jurídico consiste em relação jurídica obrigacional, que tem como conteúdo

**IMPOSSIBILIDADE DE TUTELA PELO EQUIVALENTE EM
PECÚNIA QUANDO A OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DE
ENTREGA DE COISA PODE SER TUTELADA NA FORMA**

prestação de dar coisa certa, vez que seu objeto é específico e individualizado. Isto significa que, ao firmar o contrato com a consulente, o Gboex tornou-se credor de um percentual sobre a área construída (direito material adquirido mediante o contrato). Destarte, no momento em que a consulente não entregou o percentual sobre o acréscimo decorrente da alteração do projeto inicial, nasceu a pretensão do Gboex: a possibilidade de buscar em juízo a satisfação do direito adquirido no contrato, qual seja, o de receber a coisa certa consistente no percentual da área construída.

A relevância em se caracterizar o objeto da prestação como coisa certa reside na determinação da natureza da tutela que pode ser buscada. Se o Gboex é titular de direito de receber coisa determinada, a ação de que dispõe é, evidentemente, apenas para postular a entrega de coisa.

Isto significa que se existe a possibilidade de o credor obter a coisa certa, não poderá ser exigida quantia em dinheiro ou qualquer outra coisa diversa. Admitir o inverso é o mesmo que conferir direito ao credor de, unilateralmente, alterar o conteúdo do contrato, o que é absurdo.

O fundamento utilizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para autorizar a substituição da obrigação de entregar coisa certa pela obrigação de pagar quantia foi encontrado no art. 867 do CC/1916. Não obstante, a culpa a que se refere este artigo não é aquela que significa, pura e simplesmente, inadimplemento culposos de uma obrigação. O dispositivo em questão trata apenas de uma das modalidades de inadimplemento culposos, referindo-se expressamente à culpa pela deterioração da coisa.

Para que tudo fique mais claro, é importante transcrever as regras dos arts. 866 e 867 do CC/1916:

“Art. 866. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu.

“Art. 867. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos”.

Ou seja, no caso da deterioração da coisa a ser entregue, não havendo culpa do devedor, aplica-se o art. 866 do CC/1916; sendo culpado o devedor, incidirá o art. 867 do CC/1916. Este é o sentido da norma contida no art. 867 do CC/1916. É o que explica a doutrina.

De acordo com Carvalho Santos, “sendo culpado o devedor (...) Agora neste artigo passa o Código a cogitar da hipótese da deterioração da coisa, cuja entrega se obrigara o devedor, se se deteriorar antes da tradição ou na dependência de condição suspensiva por culpa do próprio devedor. A culpa a que alude o texto legal deve se entender como sendo a omissão do cuidado e zelo que a lei exige, de acordo com a natureza da espécie do contrato”.²

Clóvis Bevilacqua, também comentando o art. 867 do CC/1916, igualmente deixa claro que o dispositivo refere-se à hipótese de culpa por deterioração da coisa: “A má-fé, com que o devedor procede, deteriorando a coisa para colher proveito ou causar dano ao credor, cria-lhe a obrigação de pagar perdas e danos, sem exonerá-lo da anteriormente contraída de dar. Como, porém, a coisa devida se acha danificada, cabe ao credor o direito de escolher entre o equivalente ou a coisa no estado em que se acha”.³

É fácil perceber que o art. 867 do CC/1916 não tem aplicação no presente caso, eis que a coisa certa que a consulente se comprometeu a entregar não se encontra deteriorada e pode ser perfeitamente entregue para o Gboex.

Se a coisa não está deteriorada, mas o Tribunal entendeu que o credor pode exigir o seu valor, partiu-se – evidentemente que de forma equivocada – do pressuposto de que qualquer inadimplemento culposos, no plano das relações substanciais, é o bastante para conferir ao credor o direito de transformar a prestação específica em prestação de pagar soma em dinheiro.

Se o simples descumprimento da obrigação de entrega de coisa bastasse para o credor poder optar por postular dinheiro em troca da coisa na forma específica, o contrato de obrigação de entrega de coisa sempre ensejaria, em caso de mero inadimplemento, a cobrança de valor equivalente ao da coisa, de modo que o credor estaria livre para modificar unilateralmente a natureza da prestação devida, o que agrediria a estrutura dos contratos, o princípio da autonomia de vontades e o próprio

ESPECÍFICA

Código Civil.

Se no contrato o devedor se obriga a entregar coisa, é evidente que, no caso de inadimplemento, a natureza da prestação devida não pode ser modificada unilateralmente pelo credor. Isto significaria uma novação objetiva unilateral, o que não é possível.

Como escreve Arnaldo Wald, “a lei esclarece que o credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa (art. 863 do CC/1916) e não pode exigir, do devedor, outra coisa, mesmo sendo de valor inferior. É o princípio romano que encontramos em Paulo, de acordo com o qual *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*. A entrega de objeto diverso do prometido importa em modificação objetiva (do objeto) que só ocorre havendo consentimento de ambas as partes”.⁴

Consoante adverte Orlando Gomes, “nova-se uma obrigação pela mudança do seu objeto, quando a prestação passa a ser outra, como, por exemplo, se em vez de entregar certa coisa devida, o devedor se obriga a prestar determinado serviço”.

Ora, o acórdão recorrido admitiu expressamente que o credor pode optar, unilateralmente, por exigir dinheiro em vez da entrega da coisa. Contudo, como frisa Orlando Gomes, “a novação exige acordo das partes sobre a extinção da dívida e constituição da nova que a substitua”.⁵

O acórdão recorrido, ao entender que o Gboex pode optar pelo valor da coisa, admitiu algo totalmente indevido, ou seja, uma novação objetiva sem o consentimento do devedor. O recorrido, objetivando maior vantagem patrimonial, alterou o conteúdo da relação obrigacional, transformando a prestação pactuada mediante o livre consentimento de ambas as partes em outra prestação, escolhida a seu mero talante.

O Judiciário não pode ser conivente com esta arbitrariedade. Se o contrato firmado originou uma obrigação de entregar coisa certa, o credor não pode exigir pagamento em dinheiro. Admitir a mera transformação da obrigação de entrega de coisa em obrigação de pagamento de soma em dinheiro significa romper com a igualdade da relação jurídica contratual. Aniquila-se o princípio da autonomia da vontade, pois se confere ao credor o poder de, sozinho, ditar as regras do jogo, ou a possibilidade deste escolher a prestação que quiser.

O acórdão recorrido violou o art. 863 do CC/1916, embora este, em uma primeira leitura, afirme apenas que “o credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa”. Contudo, o próprio Arnaldo Wald (antes citado), ao fazer referência à impossibilidade de novação objetiva unilateral, deixa claro que o art. 863 do CC/1916 deve ser interpretado como uma regra dirigida não só à proteção do credor, mas também do devedor. Isto quer dizer, como já foi dito, que o credor também “não pode exigir do devedor outra coisa, mesmo sendo de valor inferior”.⁶

É certo que o art. 627 do CPC afirma que o credor tem o direito de receber o valor da coisa quando esta não foi lhe entregue, se deteriorou, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente.

Porém, esta norma, como todos sabem, integra a parte do Código de Processo Civil referente ao processo de execução. Isto quer dizer que se a coisa não for entregue pelo devedor, em virtude de determinação judicial, o credor poderá exigir o seu valor em pecúnia. Em outras palavras: quando o art. 627 do CPC fala em coisa não entregue ao devedor, e na possibilidade deste exigir o seu valor em dinheiro, ele está aludindo ao não cumprimento da determinação judicial de entrega de coisa, e não simplesmente ao inadimplemento da obrigação da sua entrega.

O Gboex, ao firmar o contrato, tornou-se credor de coisa certa. Portanto, a pretensão que dispõe para recorrer ao Judiciário é a de buscá-la em juízo. Na eventualidade de, após ter procurado realizar seu direito material de obter a coisa, tal prestação ter se tornado inviável por uma das razões apontadas no referido art. 627 do CPC, aparecer-lhe-á uma nova pretensão: a de obter equivalente em pecúnia. Apenas nesta hipótese seria cabível exigir quantia em dinheiro. *Caso o credor pudesse optar pela forma de prestação que deseja, sem antes ter que ir a Juízo para obter a coisa, permitir-se-ia a novação objetiva unilateral.*

O art. 627 do CPC, inserido no processo de execução, pressupõe a aplicação do art. 621 do CPC. Em outros termos: o credor somente pode exigir dinheiro, quando o devedor não cumpriu sua

**IMPOSSIBILIDADE DE TUTELA PELO EQUIVALENTE EM
PECÚNIA QUANDO A OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DE
ENTREGA DE COISA PODE SER TUTELADA NA FORMA**

obrigação, após ter sido ele obrigado judicialmente a entregar a coisa. Enquanto isto não acontecer, o credor não pode pleitear soma em dinheiro equivalente ao valor da coisa não entregue.

É neste sentido o entendimento do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

“Execução para a entrega de coisa – Transformação em execução por quantia certa: descabimento. Na execução para a entrega de coisa, por ter procedimento próprio e que não se confunde com o de outra execução, é inadmissível a transformação, seja de início, seja no decurso do processo, em execução por quantia certa, a não ser no momento processual do art. 627 do CPC, após sentença decidindo a entrega”. (TARS, ApCiv 188097745, 2.ª Câ. Civ., rel. Juiz Waldemar Luiz de Freitas Filho)

Perceba-se que as próprias perdas e danos, referidas pelo art. 627 do CPC, dizem respeito a não entrega da coisa no prazo de dez dias contado da citação (do art. 621 do CPC) para a sua entrega.

É exatamente nesta linha o pensamento dos tribunais, como é fácil perceber por meio deste acórdão relatado pelo Min. Athos Gusmão Carneiro:

“As perdas e danos, referidas no art. 627 do CPC para a hipótese da entrega de coisa, abrange os casos de injustificado retardamento na entrega, mas tal retardamento somente pode ser contado após o decurso do decêndio do art. 621 do mesmo Código”. (TJRS, Ag 586.029.704, 1.ª Câ. Civ., rel. Des. Athos Gusmão Carneiro; *RJTJRS* 119/292)

Ou seja, o credor de coisa certa apenas pode exigir quantia em dinheiro após o devedor ter sido judicialmente obrigado a entregá-la e nada ter feito; a não ser que a coisa se encontre deteriorada, não tenha sido encontrada, ou esteja em poder de terceiro. Melhor dizendo: o entendimento do acórdão recorrido somente seria legítimo se o devedor, após judicialmente instado, tivesse deixado de entregar a coisa. É que apenas nesta hipótese, conforme foi demonstrado, seria possível ao Gboex exigir pagamento em dinheiro.

Ora, se o acórdão recorrido entendeu que o Gboex pode deixar de lado a prestação de entrega de coisa certa para exigir soma em dinheiro, sem que antes a prestação obrigacional tenha sido exigida judicialmente, ele não só violou os arts. 863 e 867 do CC/1916, admitindo uma novação objetiva unilateral, como também desconsiderou o art. 621 do CPC, que somente abre oportunidade para a postulação de valor equivalente ao da coisa após o devedor ter sido citado para entregá-la e nada ter feito no prazo legal.

4. Conclusões

a) Cabe ação cautelar quando o recurso especial não foi admitido e pende agravo de instrumento?

Sim. O fato de o recurso especial não ter sido admitido não retira da consulente o direito à tutela cautelar destinada a impedir a produção de dano grave durante o tempo do processo. Supor que a cautelar não é admissível no caso de juízo negativo de admissibilidade do especial, e que assim a cautelar não pode ser usada quando interposto agravo de instrumento, é o mesmo que concluir que o juízo de inadmissibilidade não pode ser modificado em sede de cautelar, ou que o *fumus boni iuris* da cautelar não pode ser objeto de juízo diverso ao do que foi feito quando se decidiu pela inadmissibilidade do recurso. Entretanto, assim como o STJ pode, dando provimento ao agravo de instrumento, modificar a decisão de inadmissibilidade, ele pode entender estar presente o *fumus boni iuris*.

b) Quem tem competência para conhecê-la?

Com a interposição do agravo de instrumento, a competência para a apreciação da admissibilidade do especial foi transferida ao STJ, que, como se sabe, pode realizar juízo diverso do realizado pelo tribunal de origem. De modo que não há dúvida de que o STJ tem competência para conhecer e processar a cautelar destinada a suspender os efeitos da decisão objeto do recurso inadmitido.

c) É possível exigir tutela específica pelo equivalente em dinheiro quando a prestação obrigacional na forma específica não chegou a ser negada diante da decisão final proferida no processo de conhecimento. A tese do acórdão recorrido pode prevalecer?

ESPECÍFICA

O acórdão recorrido, ao entender que o credor pode optar pelo valor da coisa, admitiu algo totalmente indevido, ou seja, uma novação objetiva sem o consentimento do devedor. O credor de coisa certa apenas pode exigir quantia em dinheiro após o devedor ter sido judicialmente obrigado a entregá-la e nada ter feito; a não ser que a coisa se encontre deteriorada, não tenha sido encontrada, ou esteja em poder de terceiro. O entendimento do acórdão recorrido somente seria legítimo se o devedor, após judicialmente instado, tivesse deixado de entregar a coisa. É que apenas nesta hipótese, conforme foi demonstrado, seria possível ao credor exigir pagamento em dinheiro.

É o parecer.

1 Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart. *Curso de processo civil – Processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 2, p. 324 e ss.

2 J. M. Carvalho Santos. *Código Civil brasileiro interpretado*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1953. p. 46.

3 Clóvis Bevilacqua. *Código Civil*. São Paulo: Ed. Paulo de Azevedo, 1955. vol. 4, p. 11.

4 Arnoldo Wald. *Curso de direito civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 40.

5 Orlando Gomes. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 138-139.

6 Arnoldo Wald, op. cit., p. 40.