

**CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**

**FUNDAMENTOS  
DO PROCESSO CIVIL  
MODERNO**

Tomo I

6ª edição

 **MALHEIROS  
EDITORES**

quando a coerência exige que o pronunciamento sobre um deles seja tomado como precedente para o pronunciamento sobre o outro; e a prejudicialidade torna-se relevante para o direito quando a isso se acresce a *prejudicialidade jurídica*, representada pela igual natureza do juízo relativo a esses dois pontos, questões ou causas.<sup>18</sup>

Nessa relação entre causas, o caráter dominante do julgamento de uma delas sobre o da outra revela-se, entre outros aspectos, pela projeção da coisa julgada lá formada, que se impõe no segundo julgamento. Se a garantia constitucional da coisa julgada visa a assegurar “o resultado prático e concreto do processo” (Liebman); não se saberia qual segurança seria essa, se depois de decidido que o crédito existe, pudesse o juiz, em ulteriores processos, voltar a examinar se ele existe ou não. Na já referida monografia de Barbosa Moreira está demonstrado com clareza que a coisa julgada incidente sobre o julgamento de uma causa prejudicial vincula o julgamento das possíveis causas ligadas a ela como *prejudicadas* – e não no sentido de obrigar o juiz a decidir de modo conforme ao do primeiro julgamento (o que violaria sua independência funcional) mas de mandar que simplesmente esse ponto não seja apreciado nos processos ulteriores, onde somente se examinarão outras eventuais questões, não essa.<sup>19</sup> Disse a propósito Barbosa Moreira, em uma oportuna figuração:

“suponhamos que, por *sentença declaratória trânsita em julgado*, haja sido reconhecida a existência de servidão sobre o prédio de Tício, em favor do prédio de Caio; se mais tarde Caio demanda perdas-e-danos por descumprimento do ônus e Tício volta a alegar a inexistência da servidão, semelhante defesa, de índole prejudicial, não pode ser acolhida pelo juiz, qualquer que seja, a respeito, a convicção formada em seu espírito, sob pena de negar-se a Caio um *bem da vida* cuja atribuição ao autor já recebera o selo da intangibilidade”.<sup>20</sup>

18. Cfr. Menestrina, *op. loc. cit.*, p. 103. Cfr. ainda Barbosa Moreira, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 32, esp. pp. 51-52; Adroaldo Furtado Fabrício, *Ação declaratória incidental*, n. 29, esp. p. 68.

19. Cfr. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 42, p. 64, e n. 44, esp. p. 70.  
20. *Op. loc. cit.*

## ***XLVI – SENTENÇA SUBSTITUTIVA DA VONTADE DO DEVEDOR E EXECUÇÃO POR OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS***

543. o caso examinado – 544. obrigações de fazer – 545. sobre a execução específica – 546. as obrigações específicas a cargo da ré – 547. sentença substitutiva da vontade do obrigado – 548. os resultados práticos pertinentes

### ***543. o caso examinado***

O presente estudo tem origem no mesmo caso que, a propósito de outras questões, foi examinado em outro capítulo da presente obra. Tratava-se de duas companhias integrantes do mesmo grupo, que me consultaram, em litígio com uma outra à qual atribuíam o descumprimento de certas obrigações de fazer. Todas as três eram empresas dedicadas ao segmento da indústria farmacêutica e, no contrato celebrado entre elas, constava a cessação da relação contratual na hipótese de se alterar o controle societário de uma delas (a adversária das então consulentes), com sua obrigação de diligenciar uma série de providências administrativas perante a agência reguladora competente, a Anvisa (Agência Nacional da Vigilância Sanitária). Eram claras obrigações de fazer.

### ***544. obrigações de fazer***

Como é do conhecimento geral, obrigação de fazer e obrigação de não-fazer são *obrigações de conduta*. Não têm por objeto uma coisa mas *um ato* e implica para uma pessoa o dever de prestar esse ato ou de abster-se dele (Clóvis Bevilacqua).<sup>1</sup> Todas elas com-

1. Cfr. *Código Civil comentado*, I, nota 1 ao art. 878, esp. p. 23; v. também, por todos, Caio Mário, *Instituições de direito civil*, II, n. 135, p. 43.

portam uma dupla apreciação, conforme sejam encaradas pelo modo como atuam na esfera de direitos do obrigado ou do credor. Para aquele elas se resolvem em *deveres de conduta*, que, quando não cumpridos, caracteriza o *inadimplemento* legitimador das sanções inerentes à execução forçada;<sup>2</sup> no processo civil moderno essas sanções incidem sobre o patrimônio do obrigado ou sobre sua vontade, pressionando-a para que ele se disponha a cumprir o dever até então descumprido – medidas sub-rogatórias no primeiro caso, coercitivas no segundo. Do ponto-de-vista do credor as obrigações de fazer ou de não-fazer têm como contraponto um direito aos resultados esperados das condutas devidas, não às condutas em si mesmas, embora ordinariamente esses resultados sejam produzidos pelas condutas devidas. O regular cumprimento do dever de fazer ou de abster-se é, para o titular do direito, apenas um dos modos pelos quais ele pode obter a satisfação, o mais comum e ordinário entre esses modos, mas não necessariamente o único; não sendo obtida a satisfação pelo adimplemento (o qual por definição é *voluntário*, ou seja, fruto da vontade de quem adimple), restam os caminhos do processo, pelos quais ele poderá chegar aos mesmos resultados não produzidos voluntariamente pelo obrigado. Em sua feição moderna o sistema brasileiro privilegia os atos com que o juiz provoca o cumprimento dos deveres pelo obrigado (atos de *pressão psicológica* – Piero Calamandrei), desencadeando medidas de constrição sobre bens quando essas tentativas se frustrarem e sempre que o resultado possa ser obtido por outro modo (art. 461 *etc.*). O limite extremo das dificuldades para a execução em espécie é representado pelas obrigações de fazer estritamente pessoais, as quais ou são cumpridas pelo próprio obrigado (espontaneamente ou sob pressão), ou precisam ser convertidas em outras, suscetíveis de imposição de medidas sobre o patrimônio deste (sub-rogação).<sup>3</sup> No caso das *obrigações*

2. *Deveres* são, por definição conceitual, *imperativos de conduta no interesse alheio* e ordinariamente o descumprimento de algum deles pode conduzir a essa consequência.

3. *Cfr.* minhas *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.645, pp. 551-552.

de prestar declaração de vontade, o resultado devido obtém-se mediante um ato judicial que substitui a declaração omitida.

As obrigações de fazer são às vezes *obrigações de meio* (p.ex., a do cirurgião que se comprometeu a realizar uma operação mas não garantiu, nem podia, o restabelecimento da saúde do paciente) e, às vezes, *de resultado* – como a da empresa de engenharia que se comprometeu a entregar a estrada pronta (Andrea Torrente).<sup>4</sup>

#### 545. sobre a execução específica

O Código de Processo Civil manifesta grande empenho em promover o resultado específico das obrigações de conduta, alinhando-se a uma jurisprudência que já se estava formando no Superior Tribunal de Justiça e a veementes reclamos da doutrina pelo aprimoramento e aceleração da execução específica das obrigações de fazer (CPC, arts. 461, *caput* e §§, e 461-A). Essa jurisprudência, que foi capaz de superar a interpretação literal do art. 880 do então vigente Código Civil (atual art. 247), foi e é um explícito repúdio ao comodismo consistente em converter obrigações específicas em pecúnia sempre que não cumpridas pelo obrigado, para que em juízo só se pudesse obter deste a compensação pecuniária pelos prejuízos advindos do inadimplemento.

Com essa evolução, proclama-se hoje a excepcionalidade da solução pecuniária, a ser evitada sempre que seja possível a execução específica das obrigações de fazer, de não-fazer ou de entregar coisa certa. Essa revelação serve para afastar vários equívocos que de certa forma estão arraigados na mentalidade dos juristas de formação privatista tradicional e especialmente daqueles ligados às premissas pandectistas dos franceses do século passado: “*toute obligation de faire, ou de ne pas faire, se résout en dommages et intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur*” (art. 1.142 do Código Civil francês).<sup>5</sup> Em tempos presentes, no sistema brasileiro só se cogita da execução pecuniária pelo direito derivado da inobservância do preceito de fazer ou de não-fazer, renunciando

4. *Cfr.* Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, § 225, esp. p. 413.

5. *Cfr.* Vidigal, “Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade”, n. 52, pp. 152-153.

do-se a obter executivamente a satisfação do direito originário, quando isso se tiver tornado impossível ou assim preferir o credor (CPC, art. 461, § 1º). Repudia-se pois aquela *meia-justiça* que modernamente já se sabe ser, no fundo, uma *injustiça*.

Com orgulho, apraz-me sempre consignar que a evolução processada na jurisprudência brasileira a propósito desse tema teve origem nas propostas de meu Mestre Luís Eulálio de Bueno Vidigal, contidas no clássico “Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade”. O preconceito que combateu como autêntico pioneiro era o do culto irracional e obcecado à soberania da vontade e intangibilidade do ser humano, em nome do qual no passado tiveram sucesso as restrições à possibilidade de execução específica das obrigações de fazer, de não-fazer e de dar coisa certa. Pôs em destaque o confronto entre *infungibilidade natural*, que impede a realização forçada de uma conduta esperada, e a *infungibilidade jurídica*, que permite a produção do mesmo resultado da conduta omitida, independentemente da conduta.<sup>6</sup>

Seja no tocante às declarações de vontade, de que cuida diretamente Vidigal, seja em qualquer caso onde uma conduta é esperada (obrigação de fazer ou de abster-se, obrigação de dar coisa certa), tem oportunidade o que ele diz: “é um pouco exagerado esse religioso respeito à vontade individual. A vontade humana em si não merece proteção apenas por ser vontade humana. Protege-a o Estado quando ela é conforme o direito” e especialmente quando se trata da constituição de direitos. “Muito mais restrita é a sua aplicação no domínio do cumprimento das obrigações”.<sup>7</sup> Também o conceituado monografista Crisanto Mandrioli fala em “direitos originariamente absolutos”, os quais só em situações extraordinárias dão origem ao que se chama direitos derivados.<sup>8</sup> Remonta a Giuseppe Chiovenda essa idéia de *direito derivado*, ou seja, “diritto nascente dalla lesione”.<sup>9</sup>

6. Cfr. Vidigal, *op. cit.*, esp. nn. 60-67, pp. 163 ss.

7. Vidigal, *op. cit.*, n. 64, p. 156.

8. Cfr. *L'esecuzione forzata in forma specifica*, n. 6, esp. p. 35.

9. Cfr. *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, n. 5, pp. 14-17; n. 55, pp. 186-187.

E, como que para rematar a idéia fundamental e especificar o dístico que constitui verdadeiro *slogan* do sistema processual (proporcionar tudo aquilo e *precisamente aquilo* que o credor tem o direito de receber), diz Chiovenda: “deve-se ter por admissível todo modo de atuação da lei (e todo meio executivo) que seja praticamente possível e não seja contrário a uma norma geral ou especial do direito”.<sup>10</sup>

#### 546. as obrigações específicas a cargo da ré

São de duas ordens as obrigações de fazer da parte demandada nesse processo que examinei, cuja satisfação vinham as autoras (consulentes) buscar mediante a demanda que propuseram em juízo. Ambas incluem autênticas obrigações específicas e, como procuro demonstrar, todas elas comportam a chamada *execução específica*, ou seja: para sua satisfação oferece o Código de Processo Civil o caminho da condenação específica, seguida, se persistir a renitência do obrigado, das providências processuais determinadas no art. 461 do Código de Processo Civil (providências essas qualificadas pela lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, como *cumprimento de sentença*).

A primeira dessas obrigações a cargo da ré é a de informar à Anvisa que durante o tempo que passar até que venham as autoras a obter o registro de dados produtos farmacêuticos em seu próprio nome, comercializarão elas esses produtos valendo-se dos registros atualmente em nome daquela. O que pretendem as autoras nesse tópico é, conceitualmente, a emissão de uma típica *declaração de vontade*, consistente, em última análise, na manifestação de anuência ao uso dos atuais registros. Como toda declaração de vontade, a informação à Anvisa, devida pela ré, será “um ato jurídico destinado a produzir efeitos jurídicos de acordo com a lei” (Chiovenda).<sup>11</sup> O efeito jurídico dessa declaração de vontade con-

10. Cfr. ainda *Istituzioni di diritto processuale civile*, n. 12, esp. p. 43.

11. Cfr. *Lezioni di diritto amministrativo*, cap. II, n. 2-bis, esp. p. 105. Esse pequeno livro, pouco conhecido no Brasil até porque causa surpresa o fato de um famoso processualista haver tratado de outra matéria, é a compilação de au-

sistiria na remoção de eventuais óbices que poderiam ser opostos à utilização, pelas consulentes, de registros constantes em nome da ré. Assim conceituada, tal obrigação de fazer situa-se entre as *obrigações de meio* e não de resultado, porque seu cumprimento se exauriria com a emissão da declaração pela ré: a ela cumpria somente emití-la, cabendo depois à Anvisa examinar os efeitos que tivesse.

Diferentemente, é *obrigação de resultado* aquela consistente em diligenciar, até obter, o cancelamento dos atuais registros. Seu cumprimento, como a do empreiteiro que se comprometeu a construir uma estrada ou uma casa, só se consumará quando esses registros estiverem efetivamente cancelados. Estamos também aqui diante de uma obrigação que envolve deveres de prestar declarações de vontade mas a mera emissão dessas declarações não será suficiente para que a obrigação se repute cumprida. Essa obrigação está expressamente consignada em contrato, no qual se comprometeu a ré, quando da terminação do contrato (normal ou anômala), a “transferir para [uma das autoras] ou seu designado todos os registros” *etc.* Muito razoavelmente, pedem as ora consulentes que a ré somente promova e obtenha o cancelamento dos registros que existem em seu nome, sem chegar ao ponto de transferi-los, porque as transferências são em tese proibidas pela legislação – mas, com isso, acabam pedindo até menos do que literalmente está na cláusula, porque o *cancelar* não implica a automática obtenção do registro por elas, consulentes. Reconfirma-se pois que a obrigação de que aqui se trata se consumará se e quando os cancelamentos estiverem consumados, sendo dever daquela que era seu titular, a ré, a produção desse efeito jurídico (cancelamento) – mas também se enfatiza que ela tem o dever de levar à exaustão as providências destinadas à obtenção dos cancelamentos, até obtê-los efetivamente, porque esse é o resultado inerente à obrigação de fazer assumida. Só na hipótese de não ser

las que o Mestre proferiu na Universidade de Roma no ano letivo 1909-1910, cuja composição litográfica foi encontrada pelo prof. Franco Cipriani e depois publicada por iniciativa sua. *Cfr.* ainda Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial*, seção 4<sup>a</sup>, p. 25.

atingindo esse resultado, apesar de exauridos pelo Poder Judiciário todos os meios destinados a pressionar a ré ao cumprimento, responderá ela por perdas-e-danos (CPC, art. 461, § 1<sup>o</sup>).

#### 547. *sentença substitutiva da vontade do obrigado*

Como vem da melhor doutrina privatista, toda obrigação de prestar declaração de vontade é obrigação de fazer, sendo esta o gênero próximo ao qual remonta aquela.<sup>12</sup> Aplicam-se-lhe as disposições do Código de Processo Civil referentes às obrigações específicas (art. 461, *caput* e par.) mas com um adendo de suma importância, que é o constante de seu art. 466-A: “condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”. A propósito do tema já ensinara Giuseppe Chiovenda:

“não é que o juiz *contrate* no lugar do obrigado e como representante deste – velha concepção ultraprivatista que a doutrina moderna banuiu do processo. Mas o juiz, como encarregado da atuação da vontade concreta da lei, tem o pleno poder de realizar o efeito jurídico que as partes se obrigaram a produzir, independentemente do contrato”.<sup>13</sup>

Como substitutiva que é, e destinada à criação do mesmo direito que o obrigado tinha o dever de criar, essa é uma sentença *constitutiva*, não condenatória. Na linha dessa respeitável lição de Chiovenda<sup>14</sup> tem-se o que também disse Vidigal;<sup>15</sup> e, mais recentemente, entre tantos outros, o prestigioso Flávio Luiz Yarshell: “o provimento em exame tem caráter inegavelmente constitutivo”.<sup>16</sup> Eu mesmo venho assim me manifestando há algumas décadas:

12. *Cfr.* Caio Mário, *Instituições de direito civil*, II, n. 135, p. 43.

13. *Cfr.* *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, n. 55, esp. p. 187.

14. *Op. loc. cit.*

15. Ele o disse esclarecendo o conceito de sentença constitutiva que levava em conta (*cfr.* “Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade”, n. 74, pp. 172-173).

16. *Cfr.* *Tutela jurisdiccional específica nas obrigações de declaração de vontade*, n. 2.6, esp. p. 52.

“é inegável a natureza constitutiva da vontade do devedor, que certos segmentos da doutrina negam: trata-se de provimento que, a par de declarar o direito do autor à declaração de vontade omitida, prestar-se-á ele próprio a operar as alterações jurídico-substanciais que a declaração teria operado (e nisso reside a feição constitutiva de uma sentença)”.<sup>17</sup>

Tenha-se pois por rigorosamente seguro que o art. 644-A do Código de Processo Civil comete uma impropriedade ao falar, logo no início, em uma suposta *condenação* do devedor. Nem é preciso, ou adequado, recorrer ao polêmico conceito de sentença mandamental ou executiva *lato sensu* (Yarshell).<sup>18</sup> Como toda sentença constitutiva, essa produzirá efeitos no momento em que passar em julgado (disposição expressa do art. 641), mesmo porque nenhuma sentença constitutiva os produz enquanto suscetível de cassação em via de recurso (*supra*, n. 536). Passando em julgado, não irá o credor à execução forçada ou sequer à fase de *cumprimento de sentença*: também como toda sentença constitutiva, a substitutiva da vontade do credor exaure por si própria a tutela jurisdicional concedida ao autor, independentemente de qualquer conduta ou providência ulterior. “Sentença constitutiva é a decisão judiciária de mérito que reconhece o direito do autor à alteração pedida e realiza ela própria a alteração”.<sup>19</sup>

#### 548. os resultados práticos pertinentes

Em seus pedidos relativos a obrigações de fazer, as autoras vieram a juízo postular a “condenação” da ré (a) a proceder ao cancelamento de registros e (b) a dar certos informes à Anvisa.

Quanto a essa segunda obrigação, que é pura *obrigação de meio* a ser satisfeita mediante a simples expedição de um comunicado

17. Cfr. *Execução civil*, n. 56, esp. p. 112; v. ainda *Instituições de direito processual civil*, III, n. 925, p. 257.

18. *Id.*, *ib.*, esp. p. 51.

19. Cfr. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, III, n. 924, pp. 256-257.

escrito, a sentença que “condenasse” a ré produziria desde logo o mesmo efeito que o comunicado haveria de produzir. Bastaria que o Poder Judiciário expedisse um ofício àquela agência sanitária e o que se esperava do comunicado omitido já estaria consumado (CPC, art. 641).

A primeira obrigação, que era mais complexa porque de resultado e não de meio, dependia de algo mais que mero comunicado. Mas também tudo haveria de começar com um ofício judicial à Anvisa, certamente acompanhado dos requisitos, documentos *etc.* que a legislação exige. Iniciado assim o processo de cancelamento dos registros, do mesmo modo como se iniciaria se dele tomasse iniciativa a ré (CPC, art. 641), se alguma exigência viesse a ser formulada pela agência deveria essa empresa cumpri-la e prosseguir em busca do cancelamento. Não o fazendo, incidiria a multa periódica imposta pelo MM. Juízo (CPC, art. 461, § 5º).

Devo dizer ainda, à guisa de conclusão, que não me impressiona sequer um pouco o fato de as autoras não terem fundamentado seus pedidos no art. 466-A do Código de Processo Civil, mas exclusivamente no art. 461. Pediram uma sentença contendo dois capítulos condenatórios por obrigações de fazer e, quando uma sentença com esse conteúdo viesse a ser proferida, essa falsa condenação teria, por força de lei expressa, a eficácia constitutiva consistente em substituir os atos omitidos pela ré. O próprio art. 466-A fala em *condenação* e todos reconhecem natureza constitutiva a essa sentença – o que significa com absoluta segurança que o emprego do verbo *condenar*, na demanda ou mesmo na sentença, não impedirá que se produzam os efeitos ditados nesse dispositivo.

Além de tudo, isso que preconizo com total aderência ao sistema do Código e portanto inteira razoabilidade, constitui imposição da garantia constitucional do *acesso à justiça* (Const. art. 5º, inc. XXXV). Sabido que o processo deve sempre produzir o máximo proveito útil possível, não nos deixemos impressionar com requintes de minúcia e aceitemos a plena aplicação da solução prática

ditada no art. 641 do Código de Processo Civil, que traz a plena capacidade de pôr fim definitivamente ao litígio. "O processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais".<sup>20</sup>

20: Cfr. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, n. 36, p. 319.